

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

Краевский Арсений Александрович

**Чистое учение о праве Ганса Кельзена
и современный юридический позитивизм**

Специальность 12.00.01 – Теория и история права и государства; история
учений о праве и государстве

Диссертация на соискание учёной степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, доцент
Тимошина Елена Владимировна

Санкт-Петербург-2014

Оглавление

Введение	4
Глава 1. Юридический позитивизм: понятие и история формирования	14
§ 1. Признаки юридического позитивизма	14
§ 2. История формирования юридического позитивизма	25
Глава 2. Ганс Кельзен и школа чистого учения о праве	44
§ 1. Источники чистого учения о праве	44
§ 1.1. Философские источники	44
§ 1.1.1. И. Кант и неокантианство	44
§ 1.1.2. Философия Э. Гуссерля	53
§ 1.1.3. Неопозитивизм	56
§ 1.2. Источники в правоведении	60
§ 1.2.1. Немецкое государственное право	60
§ 1.2.2. Р. фон Иеринг	62
§ 2. Школа чистого учения о праве: общая характеристика идей	64
§ 3. Влияние чистого учения о праве на теорию и философию права XX века.....	70
§ 4. Основные тенденции развития юридического позитивизма после чистого учения о праве	83
§ 4.1. Концепция А. Росса	84
§ 4.2. Оксфордская школа философии права	89
§ 4.2.1. Правовая концепция Г. Харта.....	89
§ 4.2.2. Концепция Г. Харта и чистое учение о праве	92
§ 4.2.3. Правовая концепция Дж. Раза	96
§ 4.3. Институциональный юридический позитивизм	97
§ 4.4. Правовая концепция Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона	100
§ 4.5. Эксклюзивный и инклюзивный юридический позитивизм	101
Глава 3. Понятие права в юридическом позитивизме XX века	106
§ 1. Признаки понятия права	105
§ 2. Право и мораль	116
§ 3. Право и государство	122
§ 3.1. Право и государство в чистом учении о праве	122
§ 3.2. Право и государство в позитивистских концепциях	

второй половины XX века	127
Глава 4. Общая теория норм в юридическом позитивизме XX века	134
§ 1. Понятие правовой нормы	134
§ 1.1. Логико-лингвистический аспект нормы	134
§ 1.1.1. Понятие нормы	134
Понятие нормы у Г. Кельзена	134
Понятие нормы у А. Расса и Г. Харта.....	137
Понятие нормы в институциональном юридическом позитивизме	138
§ 1.1.2. Применимость логических принципов к нормам.....	140
§ 1.2. Социально-психологический аспект нормы	145
§ 1.2.1. Концепция Г. Кельзена	145
§ 1.2.2. Концепции А. Расса, Г. Харта и институционального юридического позитивизма.....	150
§ 2. Классификация норм	152
§ 2.1. Подходы к классификации норм	152
§ 2.1.1. Классификация норм у Г. Кельзена	152
§ 2.1.2. Классификация норм у А. Расса	154
§ 2.1.3. Классификация норм у Г. Харта и Дж. Раза	156
§ 2.1.4. Классификация норм в институциональном юридическом позитивизме	157
§ 2.2. Проблема разрешающих норм	158
§ 2.3. Проблема уполномочивающих норм	160
§ 2.4. Проблема дерогационных норм	163
§ 2.5. Самостоятельные и несамостоятельные нормы	167
§ 3. Система норм	173
§ 3.1. Структура системы норм	173
§ 3.2. Основание системы норм	182
§ 3.3. Конфликт норм	193
§ 4. Познание и интерпретация права	199
Заключение	207
Библиографический список	210

Введение

Актуальность темы исследования. Выбор темы исследования обусловлен недостаточной изученностью влияния чистого учения о праве Ганса Кельзена на концепции современного юридического позитивизма.

Чистое учение о праве занимает особое место среди юридических концепций XX века. Прежде всего его отличает большое разнообразие рассматриваемых проблем. Помимо традиционных вопросов общей теории права, в него входят проблемы теории государства и теории международного права, которые зачастую выпадают из поля зрения теории и философии права.

Чистое учение о праве оказало влияние не только на развитие юридической науки, но и на развитие позитивного права, в первую очередь, конституционного права и международного права. Гансу Кельзену принадлежит авторство проекта Конституции Австрии 1920 г., продолжающей действовать в настоящее время, в которой он впервые сформулировал австрийскую (европейскую) модель конституционного контроля законодательства, предполагающую учреждение специального юрисдикционного органа – Конституционного суда. Данная модель конституционного контроля впоследствии была реализована и в Конституции Российской Федерации.¹ Как полагают австрийские правоведы, в Конституции Австрии, в том числе в модели конституционного контроля, были реализованы теоретические идеи чистого учения о праве.²

Юридический позитивизм – одно из ведущих направлений современной теории права, в рамках которого исследуется широкий круг теоретико-правовых проблем. Представители данного направления участвуют в большинстве наиболее значимых теоретико-правовых дискуссий, самой острой из которых является полемика с естественно-правовой философией.

¹ Краевский А. А. Ганс Кельзен и теория судебного контроля законодательства // Правоведение. 2012. № 2. С. 186–189.

² См., напр.: Voegelin E. The Collected Works of Eric Voegelin. V. 4. The Authoritarian State: An Essay on the Problem of the Austrian State. Columbia: University of Missouri Press, 1999. P. 163–212. — О политических и культурных факторах, способствовавших закреплению в Конституции Австрии этой модели см.: Öhlinger T. The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation // Ratio Juris. 2003. V. 16. № 2. P. 206–222.

Для понимания доктрин современного юридического позитивизма важно проследить историю его происхождения и связь с классическими юридическими теориями. Во многом данное направление является продолжением и развитием чистого учения о праве Ганса Кельзена.³

В России чистое учение о праве и в ещё большей степени последующие позитивистские доктрины по-прежнему недостаточно известны и слабо вовлечены в научное обсуждение. Это обстоятельство существенно обедняет российский теоретико-правовой дискурс. Восполнение данного пробела может способствовать предоставлению отечественной юридической науке новых инструментов исследования действующего российского права.

Степень разработанности темы. Научная литература, посвящённая чистому учению о праве, обширна и включает в себя труды многих поколений как зарубежных, так и российских исследователей. Дискуссии, связанные с ранним периодом развития чистого учения о праве (до 1930-х годов), включают в себя работы в первую очередь работы учеников и единомышленников Кельзена; некоторые из них впоследствии перешли на критические по отношению к его теории позиции. В работах А. Меркля, Ф. Вейра, Э. Фёгелина и Ф. Зандера исследовались в первую очередь проблемы теории государства, в то время как А. Фердросс и Дж. Кунц сосредоточились на соотношении теории права и теории международного права. Ф. Шрайер и Ф. Кауфман рассматривали методологические проблемы «чистой» юриспруденции. В то же время теория Кельзена привлекла широкое внимание со стороны конкурирующих научных школ, критически рассматривавших в первую очередь общую методологию теории Кельзена (А. Хагерстрём, К. Оливекрона), а также его теорию государства (К. Шмитт, Г. Геллер). В российской правовой науке проблемы методологии теории Кельзена и его теории государства рассматривались в работах Б. А. Кистяковского, Н. И. Палиенко, Н. Н. Алексеева, М. Я. Лазерсона.

³ Е. В. Булыгин называет Г. Кельзена основателем современного юридического позитивизма (*Bulygin E. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. V. 3. № 1. P. 30*).

Среди многочисленных исследований проблемы основной нормы (а также тесно связанных с ней проблем действительности права и системы права в чистом учении о праве) следует особенно отметить работы скандинавских правоведов А. Росса и У. Биндрайтера, стремившихся раскрыть эвристический потенциал теории Кельзена, критический анализ оксфордских правоведов Г. Л. А. Харта и Дж. Раза, исследования К. Хайдемана, Е. В. Булыгина, Р. Алекси, С. Делакруа, Л. Винкса, С. Хаммера, Г. Эделя, К. С. Нино, К. Клетцера, М. Грина. Общая теория норм Кельзена рассматривается в работах У. Ключа, Дж. Раза, Г. Х. Фон Вригта, О. Вайнбергера, К. Опалека, А. Г. Конте, Б. Челано, Й. Паувелина, М. Хартни, Н. Даксберри. Проблемы теории государства у Кельзена нашли своё отражение в работах А. Росса, Н. МакКормика, Д. Дузенхауса, Р. Вальтера, К. Яблонера. Вопросам связи теории права и международного права в чистом учении о праве посвящены монографии Й. Фон Бернсторфа и Й. Каммерхофера. Особенно важный вклад в исследование теории Кельзена внёс американский правовед С. Полсон, в многочисленных работах которого затронуты практически все аспекты чистого учения о праве.

В советской правовой науке преобладала резко критическая оценка учения Г. Кельзена, которое, за редким исключением, не исследовалось достаточно глубоко. В настоящее время отечественная юриспруденция всё чаще обращается к чистому учению о праве, появляются новые исследования, касающиеся отдельных аспектов данной теории, однако, как представляется, отечественное правоведение по-прежнему уделяет недостаточное внимание данной проблематике.

Проблема соотношения теории Кельзена с иными направлениями юридического позитивизма рассматривалась в работах В. Д. Зоркина, В. А. Туманова, С. С. Алексеева, В. С. Нерсисянца. Отдельные аспекты теории Кельзена и отдельные концепции современного юридического позитивизма рассматривались в работах М. В. Антонова, В. В. Архипова, Н. В. Варламовой, Г. А. Гаджиева, Ю. И. Гревцова, А. Б. Дидикина,

С. А. Дробышевского, А. Г. Карапетова, С. Н. Касаткина, И. Ю. Козлихина, В. В. Лапаевой, Н. В. Разуваева, А. В. Полякова, В. В. Оглезнева, Е. В. Тимошиной, И. Л. Честнова, В. А. Четвернина и др. авторов.

Следует отметить, что работы всех названных исследователей сосредоточены на чистом учении о праве в целом, либо на отдельных его положениях. Вместе с тем, как в отечественной, так и в зарубежной научной литературе отсутствуют комплексные исследования связи чистого учения о праве с современным юридическим позитивизмом.

Цель и задачи исследования. Целью диссертационного исследования является реконструкция и исследование чистого учения о праве и установление влияния идей Г. Кельзена на современный юридический позитивизм. Для достижения данной цели в работе ставятся следующие задачи:

- проанализировать основные подходы к определению понятия юридического позитивизма и предложить собственное определение данного понятия;
- исследовать происхождение юридического позитивизма;
- исследовать источники чистого учения о праве в философии и правоведении;
- реконструировать основные положения чистого учения о праве;
- проанализировать основные направления современного юридического позитивизма;
- исследовать влияние чистого учения о праве на правоведение первой половины XX века;
- выявить влияние чистого учения о праве на концепции современного юридического позитивизма.

Объект и предмет исследования. Объектами диссертационного исследования являются чистое учение о праве Ганса Кельзена и концепции современного юридического позитивизма. Предметом исследования являются генезис и развитие чистого учения о праве и последующих концепций

современного юридического позитивизма, их историческая и систематическая взаимосвязь.

Методологическую основу диссертационного исследования составляют общенаучные и специальные методы познания, в частности, описательный и сравнительно-правовой методы, биографический метод, метод интерпретации, включающий метод проблемно-теоретической реконструкции,⁴ методы анализа и синтеза.

Теоретическую базу диссертационного исследования составляют положения и выводы, сформулированные в трудах отечественных учёных – специалистов в области теории и философии права, истории правовых и политических учений: М. В. Антонова, В. В. Архипова, В. Г. Графского, В. Д. Зорькина, С. Н. Касаткина, И. Ю. Козлихина, В. В. Лапаевой, Д. И. Луковской, В. С. Нерсисянца, А. Н. Остроух, А. В. Полякова, Е. В. Тимошиной, В. А. Туманова и др.; зарубежных правоведов и мыслителей: Р. Алекси, К. Э. Альчуррона, И. Бентама, Е. В. Булыгина, О. Вайнбергера, Г. Еллинека, Р. фон Иеринга, К. Клетцера, Н. МакКормика, К. Оливекроны, Дж. Остина, С. Полсона, Дж. Раза, А. Росса, Г. Л. А. Харта, К. Шмитта, К. Яблонера и др.; для реконструкции генезиса юридического позитивизма используются работы русских дореволюционных правоведов, а также правоведов «русского зарубежья»: Е. В. Васьковского, И. А. Ильина, Н. М. Коркунова, П. И. Новгородцева, Л. И. Петражицкого, Б. Н. Чичерина, Г. Ф. Шершеневича и др.

Источниковую базу диссертационного исследования составляют опубликованные работы Г. Кельзена на английском и немецком языках, переводы его работ на русский язык, в том числе выполненные автором диссертационного исследования.

Научная новизна исследования заключается в следующем:

⁴ Луковская Д. И. Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект. Л., 1985. С. 154.

– в результате изучения основных подходов к определению понятия юридического позитивизма предложено авторское определение, содержащее признаки данного понятия;

– проведена реконструкция генезиса юридического позитивизма, исследованы факторы его генезиса;

– реконструированы источники чистого учения о праве в философии и правоведении: показано влияние соответствующих философских и теоретико-правовых концепций как на отдельные положения чистого учения о праве, так и на правовую концепцию Кельзена в целом;

– исследован вопрос о влиянии чистого учения о праве на философию права первой половины XX века как с точки зрения принятия представителями иных научных школ отдельных положений теории Кельзена, так и с точки зрения развития ими оригинальных научных концепций, отталкивающихся от критики данной теории;

– установлена историческая и систематическая связь чистого учения о праве и последующих концепций современного юридического позитивизма: показана преемственность развития юридического позитивизма второй половины XX в. по отношению к классическому чистому учению о праве и его параллелизм относительно позднего периода развития теории Кельзена.

Основные положения, выносимые на защиту.

1. Анализ употребления термина «юридический позитивизм» в философско-правовой литературе указывает на целесообразность выделения четырёх признаков данного направления: (1) концептуальное разграничение права и морали, (2) характеристика права как социального факта, (3) критика этического объективизма и (4) эмпирическое методологическое основание. На основании указанных признаков в порядке экспликации можно сформулировать следующее определение понятия юридического позитивизма: юридический позитивизм – направление философии права, которое (1) отрицает необходимую концептуальную связь между правом и моралью, а также целесообразность её установления, (2) считает вопрос о том, что

является правом и что им не является, вопросом социального факта, (3) исходит из того, что методология юридической науки не позволяет познать объективно правильное естественное право или мораль, поскольку (4) основывается на анализе фактов и не обращается к метафизическим вопросам.

2. Формирование юридического позитивизма происходило в конце XVIII – первой половине XIX века параллельно в Великобритании и Германии. Важнейшим фактором его формирования была критика попыток применить естественно-правовые идеи в законодательстве США и Франции. В Великобритании идеи юридического позитивизма впервые были сформулированы И. Бентамом и были впоследствии систематизированы Дж. Остином. В Германии почва для юридического позитивизма была подготовлена исторической школой права, которая, однако, не обладала всеми признаками юридического позитивизма. После критики Р. фон Иеринга метафизическая концепция народного духа была устранена из доминирующей правовой доктрины, что позволило ей обрести все необходимые признаки юридического позитивизма.

3. Основными философскими источниками чистого учения о праве являются философское учение И. Канта, логическое учение Э. Гуссерля. Вопреки высказываемому в научной литературе мнению неопозитивизм не оказал значительного влияния на чистое учение о праве. Основными источниками чистого учения о праве в правоведении являются так называемая юридическая школа в германском государствоведении и философско-правовые работы Р. фон Иеринга.

4. Позитивисты второй половины XX в. стремились построить свою методологию на основе аналитической философии, причём различных её направлений:

а) А. Росс, Е. В. Булыгин и К. Э. Альчуррон обращаются к логическому направлению аналитической философии, связанному, в частности, с именами таких философов и логиков, как Г. Фреге, Б. Рассел, Р. Карнап, А. Тарский, Г. Х. фон Вригт, У. В. О. Куайн;

б) правоведы Оксфордской школы, вслед за Г. Л. А. Хартом, обращаются к лингвистическому направлению аналитической философии, представленному «поздним» Л. Витгенштейном, Дж. Л. Остином, Г. Райлом и Ф. Вайсманом;

в) представители институционального юридического позитивизма обращаются к концепции институциональных фактов аналитических философов Дж. Анскомб и Дж. Сёрла.

5. Тенденцией современного юридического позитивизма является включение в теоретический анализ социологических проблем действительности правовых норм, а также проблем восприятия нормы индивидуальной психикой. Данную тенденцию можно проследить в поздних работах Г. Кельзена, а также в работах А. Росса, представителей институционального юридического позитивизма, а также оксфордской школы.

6. Чистое учение о праве оказало существенное влияние на все без исключения основные более поздние направления юридического позитивизма.

(1) Для современного юридического позитивизма важнейшими признаками понятия права остаются системность права и его принудительность. При этом одни правоведы вслед за Г. Кельзенем делают акцент на принудительности права, а другие, вслед за Г. Хартом, отказываются от признака принудительности в пользу уточнения и развития признака системности (в первую очередь в части признания первичных и вторичных правил).

(2) Теория Г. Кельзена произвела переворот в позитивистском представлении о соотношении права и государства. Одни позитивисты приняли её полностью (Г. Харт, Е. В. Булыгин и др.), другие стремились развить её в деталях (А. Росс). Единственная альтернативная концепция, институциональная (Н. МакКормик), также испытала на себе сильное влияние теории Г. Кельзена.

(3) На основании анализа общей теории норм в юридическом позитивизме XX в. можно сделать вывод об определяющем влиянии на неё чистого учения о праве. Практически все основные принципы, заложенные в доктрины системы права и теорию интерпретации были восприняты и развиты А.

Россом, Г. Хартом, Е. В. Булыгиным, О. Вайнбергером. Классификации норм, предложенные Г. Кельзеном, хотя и не были приняты полностью, однако задали соответствующие направления научных дискуссий. Концепция правовой нормы Г. Кельзена, сформировавшаяся в окончательном виде относительно поздно, обнаруживает чёткий параллелизм с концепциями более поздних авторов, что позволяет сделать вывод о формировании в позитивистской философии права консенсуса относительно основных признаков данного понятия.

Теоретическая и практическая значимость работы заключается в том, что материалы диссертационного исследования, содержащиеся в нём выводы, а также введённые в научный оборот диссертантом переводы работ Г. Кельзена и представителей современного юридического позитивизма могут быть использованы для научных разработок в области правоведения, философии и логики. Выводы, сделанные диссертантом, могут быть использованы при написании учебных пособий и программ таких учебных дисциплин, как теория права и государства, философия права, история правовых и политических учений, история и методология юридической науки, проблемы теории права и государства. Исследования структуры права в чистом учении о праве могут быть учтены при разработке нормативно-правовых актов. Проведённый анализ теорий толкования и правоприменения в современном юридическом позитивизме может быть использован практикующими юристами при решении проблем, возникающих в правоприменительной деятельности.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена на кафедре теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета. Её основные положения нашли отражение в публикациях автора, а также в магистерской диссертации, защищённой ранее на юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного университета. Результаты диссертационного исследования получили апробацию в выступлениях автора на следующих международных научных

конференциях:

– Международный симпозиум «Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике» (Санкт-Петербург, СПбГУ, 9–10 сентября 2011 г.);

– Международный научный коллоквиум «Право и глобальное мировое сообщество» (Санкт-Петербург, Санкт-Петербургский филиал НИУ «Высшая школа экономики», 27–28 января 2012 г.);

– Международный научный коллоквиум «Конституционное толкование» (Санкт-Петербург, Санкт-Петербургский филиал НИУ «Высшая школа экономики», 28–29 марта 2012 г.);

– Международный симпозиум «Философия и современное международное право» (Санкт-Петербург, 13–14 мая 2013 г.);

– Международная научная конференция «Нормативная теория Ганса Кельзена и развитие юриспруденции в Европе и США (к 40-летию со дня смерти Г. Кельзена)» (Иваново, 8–12 октября 2013 г.).

Структура диссертационного исследования включает в себя введение, четыре главы, объединяющие одиннадцать параграфов, заключение и список литературы.

.

Глава 1. Юридический позитивизм: понятие и история формирования

§ 1. Признаки юридического позитивизма

Исследование, посвящённое тем или иным формам юридического позитивизма, не может оставить без внимания вопрос о признаках понятия юридического позитивизма. Без ответа на него нельзя отличить юридический позитивизм от других направлений юридической мысли, а значит, невозможно его корректное описание. Разумеется, любой такой исследователь некоторым образом отличает юридический позитивизм. Но отсутствие явного определения понятия создаёт риски его неопределённости и даже противоречивости. Поэтому в начале нашего исследования мы считаем необходимым эксплицировать⁵ понятие юридического позитивизма.

В научной литературе встречается много разных определений и характеристик юридического позитивизма. Провести полный обзор всех мнений не представляется возможным, поэтому мы ограничимся указанием на те из них, которые оказали наибольшее влияние на дискуссии о юридическом позитивизме.⁶

1. Немецкий правовед Роберт Алекси приводит следующие два понятия юридического позитивизма.

1.1. Юридический позитивизм предполагает, что понятию права должно быть дано определение, не включающее в себя моральных элементов. Разделительный тезис предполагает отсутствие терминологически необходимой связи между правом и моралью, между тем, что право предписывает, и тем, что требует справедливость, или, иными словами, между правом как оно есть и тем, каким оно должно быть (далее – А1).⁷

⁵ Об экспликации см.: *Карнап Р.* Значение и необходимость: Исследования по семантике и модальной логике: пер. с англ. / общ. ред. Д. А. Бочвара. М., 2007. С. 36-37.

⁶ Мы полагаем, что перечень признаков юридического позитивизма, содержащихся в приведённых ниже определениях и характеристиках, исчерпывает все существенные указания, присутствующие в научной литературе. В число этих признаков не входит довольно распространённое (и абсолютно ложное) мнение, в соответствии с которым юридический позитивизм требует неукоснительного соблюдения всех требований позитивного права.

⁷ *Алекси Р.* Понятие и действительность права. М., 2011. С. 3.

1.2. Юридический позитивизм предполагает, что то, что есть право, зависит исключительно от того, что соответствующим образом установлено и/или является действенным. При этом правильность содержания не играет роли (далее – А2).⁸

2. Британский философ права Герберт Харт определяет право как требование отделения права, какое оно есть, от права, каким оно должно быть (далее – Х1).⁹

3. Аргентинский правовед Е. В. Булыгин приводит три различных определения.

3.1. Юридический позитивизм исходит из двух тезисов – 1) тезиса социальных источников права, согласно которому право есть человеческое творение, имеющее свой исток в социальных фактах (далее – Б1.1) и 2) разделительного тезиса: не существует необходимой (то есть понятийной или логической) связи между правом и моралью (далее – Б1.2).¹⁰

3.2. Позитивистско-правовое мировоззрение, отрицает существование предшествующего позитивному праву и независимого от него права естественного (далее – Б2).¹¹

3.3. Этический скептицизм – определяющая черта правового позитивизма (далее – Б3).¹²

4. Финский философ Г. Х. фон Вригт полагает, что юридический позитивизм сводится к трём тезисам.

4.1. Все право является позитивным (т.е. созданным людьми) правом (далее – ф.В1);

4.2. Строгое различие между бытием и долженствованием (т.е. дескриптивными и прескриптивными предложениями) (далее – ф.В2);

⁸ Алексин Р. Понятие и действительность права. М., 2011. С. 4.

⁹ Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.

¹⁰ Булыгин Е. В. К проблеме объективности права // Проблемы философии права. 2005. Том III. № 1-2. С. 7.

¹¹ Булыгин Е. В. К проблеме обоснования прав человека // Проблемы философии права. 2006-2007. Том IV-V. С. 149.

¹² Булыгин Е. В. К проблеме обоснования прав человека // Проблемы философии права. 2006-2007. Том IV-V. С. 151.

4.3. Анти–когнитивная точка зрения на норму, состоящая в том, что норма не может быть ни истинной, ни ложной (далее – ф.В3).¹³

5. Ученик Г. Харта, британско-израильский философ права Джозеф Раз даёт следующее определение. Юридический позитивизм выражается тремя тезисами: социальным тезисом, моральным тезисом и семантическим тезисом. Социальный тезис (далее – P1.1) состоит в том, что то, что является правом и что им не является – это вопрос социального факта (то есть многообразие социальных тезисов, поддерживаемых позитивистами, это многообразные улучшения и уточнения этой грубой формулировки). Их моральный тезис (далее – P1.2) состоит в том, что моральная ценность права (как отдельного закона, так и правовой системы в целом) или моральные достоинства, которые оно имеет, случайны и зависят от содержания права и условий того общества, в котором оно применяется. Из общих для юридического позитивизма только семантический тезис (далее – P1.3) является негативным, а именно: термины, такие как «права» и «обязанности» не могут использоваться в одном и том же смысле в юридических и моральных контекстах.¹⁴

6. Датский правовед Альф Росс, ученик Г. Кельзена и А. Хагерстрёма, предлагает два определения.

6.1. «Если данному термину [юридический позитивизм] ставится задача служить противовесом естественно-правовой философии, то он должен стать не некоей особой доктриной, а широкой мировоззренческой установкой в вопросах философии и теории права... С учетом того, как термин «позитивизм» используется в общей философии, мне кажется разумным использовать термин «правовой позитивизм» в широком смысле — как научную установку или подход к проблемам философии и теории

¹³ Wright G. H., von. Is and Ought // Normativity and Norms. P. 380.

¹⁴ Raz J. The Authority of Law. P. 37.

права, основанные на принципах эмпирической, антиметафизической философии»¹⁵ (далее – Рс1).

6.2. «Туманный термин «принципы эмпиризма» может быть истолкован по-разному. Под такими принципами я понимаю те, которые ведут к двум фундаментальным тезисам, которые составляют для меня смысловое ядро правового позитивизма.

Первый тезис состоит в том, что вера в естественное право является заблуждением — никакого естественного права не существует, все право позитивно» (далее – Рс2.1).

«Вторым основополагающим тезисом правового позитивизма является доктрина, связанная с теорией или методологией правоведения. Этот тезис исходит из возможности установить существование и описать содержание права определенной страны в определенный период в чисто фактических, эмпирических терминах, основанных на наблюдении и истолковании социальных фактов (человеческого поведения и мысленных установок). А из этого, в частности, следует, что нет никакой пользы в обращении к идеям или принципам, взятым из естественного права или естественной нравственности»¹⁶ (далее – Рс2.2).

7. Определения, предлагаемые основоположником либертарно-юридической теории права В. С. Нерсесянцем существенно отличаются от всех вышеуказанных определений.

7.1. Согласно легистскому подходу, под правом имеется в виду продукт государства (его власти, воли, усмотрения, произвола): право – приказ (принудительное установление, правило, норма, акт) официальной (государственной) власти, и только это есть право (далее – Н1).¹⁷

7.2. Здесь право сводится к принудительно-властным установлениям, к формальным источникам так называемого позитивного права (законам, указам, постановлениям, обычному праву, судебному прецеденту и т.д.), т.е.

¹⁵ Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 459.

¹⁶ Там же. С. 459-460.

¹⁷ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М, 1999. С. 29.

к закону (в собирательном смысле) – к тому, что официально наделено в данное время и в данном месте законной (властно-принудительной) силой (далее – Н2).¹⁸

8. В соответствии с определением В. Д. Зорькина, позитивистское направление буржуазной юриспруденции включает в себя все доктрины, ориентирующиеся на философию позитивизма и позитивистскую социологию (далее – З1).¹⁹

9. Ганс Кельзен приводит два характеристики юридического позитивизма, содержащие указания на их существенные признаки.

9.1. Право больше не предполагается вечной и абсолютной категорией; его содержание признаётся исторически изменчивым, а само право, как позитивное право, признаётся явлением, обусловленным временными и пространственными факторами (далее – К1).²⁰

9.2. В то время как юридический позитивизм отвергает какую-либо естественно-правовую спекуляцию, любую попытку познать «право само по себе», он ограничивает себя теорией позитивного права. Таким образом, позитивное право берётся исключительно как человеческий продукт, а естественный порядок никоим образом не рассматривается как необходимый для его оправдания (далее – К2).²¹

На основании указанных определений можно сделать вывод, что юридический позитивизм (как научный термин) является так называемым понятием, основанном на «семейном сходстве» в смысле Л. Витгенштейна,²² то есть не представляет собой логически единого понятия. Такое положение дел нормально, если ставится вопрос о семантическом тождестве слова

¹⁸ Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 29.

¹⁹ Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 13.

²⁰ Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford, 1992. P. 21.

²¹ Kelsen H. General Theory of Law and State. New Brunswick, 2005. P. 435-436.

²² Л. Витгенштейн характеризует эти сходства следующим образом: «Я не могу охарактеризовать эти подобию лучше, чем назвав их «семейными сходствами», ибо так же накладываются и переплетаются сходства, существующие у членов одной семьи: рост, черты лица, цвет глаз, походка, темперамент и т. д. и т. п.» (Витгенштейн Л. Философские исследования // Витгенштейн Л. Философские работы. Часть 1. М., 1994. С. 111).

разговорного языка,²³ но его нельзя считать удовлетворительным, когда предметом рассмотрения становится научная терминология. Поэтому на основании приведённых определений мы попробуем эксплицировать понятие юридического позитивизма, то есть заменить существующее понятие новым, близким к нему по смыслу, но логически ясным понятием. Анализ определений юридического позитивизма позволяет выделить одиннадцать тезисов, которые рассматриваются различными авторами как существенные для юридического позитивизма и различными комбинациями которых являются приведённые определения:

- 1) разделительный тезис, сильная версия (A1): между правом и моралью необходимо отсутствует концептуальная связь (далее – T1);
- 2) разделительный тезис, слабая версия (X1, B1.2, P1.2): между правом и моралью отсутствует необходимая концептуальная связь и связывать их нецелесообразно (далее – T2);
- 3) тезис этатизма (H1): право представляет собой продукт государства (далее – T3);
- 4) тезис источников права (B1.1, ф.В1, H2): всё право сводится к источникам права, либо соответствует им (далее – T4);
- 5) социальный тезис (A2, P1.1, K2): то, что является правом и что им не является – вопрос социального факта (далее – T5);
- 6) тезис этического скептицизма (Б2, Б3, Рс2.1): не существует никакого объективно правильного естественного права или морали (далее – T6);
- 7) тезис (методологического) этического агностицизма (ф.В3): методология юридической науки исходит из непознаваемости объективно правильного естественного права или морали (далее – T7);
- 8) тезис методологического позитивизма (31): юридическая наука основывается на методологии философского позитивизма (далее – T8);

²³ Шмелёв Д. И. Проблемы семантического анализа лексики. М., 2008. С. 64-102.

- 9) тезис методологического эмпиризма (Pc1, Pc2.2, K1): юридическая наука основывается на анализе фактов и не обращается к метафизическим вопросам (далее – T9);
- 10) семантический тезис (P1.3): термины, такие как «права» и «обязанности», не могут использоваться в одном и том же смысле в юридических и моральных контекстах (далее – T10);
- 11) тезис логического разделения бытия и долженствования, известный также как принцип Юма (ф.В2): Долженствование логически невыводимо из бытия и наоборот (далее – T11).

Необходимо отметить, что некоторые из приведённых тезисов составляют группы, в которых тезисы можно расположить по логической силе.²⁴ Такие группы составляют пары тезисов T1 и T2, T6 и T7, T8 и T9, а также три тезиса T3, T4 и T5.

Если проанализировать взгляды важнейших представителей юридического позитивизма²⁵ и сравнить их, то в результате будет ясно видна тенденция к отрицанию более логически сильных форм приведённых тезисов (T1, T4, T5, T7, T8) и поддержке более слабых форм (T2, T4, T6, T9). При этом не имеющие пар тезисы T10 и T11 также пользуются поддержкой.

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
И. Бентам ²⁶	–	+	+	+	+	–	+	–	+	+	+
Дж. Остин ²⁷	–	+	+	+	+	–	+	–	+	+	+

²⁴ Одно утверждение логически сильнее другого, если из первого следует второе, в то время как обратное не верно.

²⁵ В список включены два общепризнанных основоположника юридического позитивизма, И. Бентам и Дж. Остин, а также авторы, сами относившие себя к юридическому позитивизму и стремившиеся обосновать его (Г. Кельзен, Г. Л. А. Харт, О. Вайнбергер, Е. В. Булыгин, Н. МакКормик, Дж. Раз). Отнесение к юридическому позитивизму Р. фон Иеринга, Н. М. Коркунова, Л. И. Петражицкого и А. Росса обусловлено их общей эмпирической ориентацией, хотя и менее очевидно. Как правило их относят, соответственно, к юриспруденции интересов, психологической теории права и скандинавскому правовому реализму соответственно. Однако соотношение этих научных направлений с юридическим позитивизмом тоже нуждается в прояснении. Существование специального термина, обозначающего научное направление, само по себе указывает только на наличие (претензию на наличие) определённой научной новизны в трудах его представителей. Отдельные научные направления, несомненно, могут существовать и в рамках юридического позитивизма: аналитическая юриспруденция (Бентам, Остин), чистое учение о праве (Кельзен), институциональный юридический позитивизм (Вайнбергер, МакКормик) и т. д.

²⁶ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 387-407.

²⁷ Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Jersey City, 1874. P. 3-209.

Р. ф. Иеринг ²⁸	—	+	+	+	+	—	+	—	+	+	(?)
Н. М. Коркунов ²⁹	—	+	—	+	+	(?)	+	+	+	+	(?)
Л. И. Петражицкий ³⁰	—	+	—	—	+	— (?)	+	—	+	—	+
Г. Кельзен ³¹	—	+	—	+	+	+	+	—	+	+	+
				(?)							
А. Росс ³²	—	+	—	—	+	+	+	—	+	+	+
				(?)							
Г. Л. А. Харт ³³	—	+	—	+	+	+	+	—	+	+	+
Е. В. Булыгин ³⁴	—	+	—	+	+	+	+	—	+	+	+
О. Вайнбергер и Н. МакКормик ³⁵	—	+	—	+	+	+	+	—	+	+	+
Дж. Раз ³⁶	—	+	—	+	+	— (?)	+	—	+	+	+

Группировка тезисов показывает, что в научной литературе существует тенденция к выявлению четырёх направлений³⁷ поиска существенных признаков юридического позитивизма:

1) Концептуальное разграничение права и морали (T1, T2);

²⁸ Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. I. СПб., 2006. С. 25, 240-436.

²⁹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1914. С. 4-121, 281-361.

³⁰ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб, 2001. С. 21-276, 377-490. Вопрос об отношении Л. И. Петражицкого к позитивистской научной традиции вызывал споры ещё у его современников, которые разделились на тех, кто полагал, что русско-польский правовед следовал той или иной версии научного позитивизма и тех, кто считал его методологию оригинальной, либо следующей феноменологической традиции (см.: Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. М., 2012. С. 239-258.). Исходя из предлагаемых нами признаков юридического позитивизма мы полагаем, что Л. И. Петражицкого, во всяком случае, нельзя отнести к этому направлению философии права, поскольку его концепция интуитивного права отрицает тезис источников права (T4).

³¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 432-453.

³² Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959. P. 1-157.

³³ Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 7-212.

³⁴ Булыгин Е. В. К проблеме объективности права // Проблемы философии права. 2005. Том III. № 1-2. С. 7-13.

³⁵ MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht, 1986. P. 1-188.

³⁶ Raz J. The Authority of Law. P. 37-52.

³⁷ Мы не будем подробнее останавливаться на «непарных» тезисах T10 и T11, потому что T10 не вполне ясен, и в том смысле, в котором пользуется всеобщей поддержкой, является отражением T2, а T11 относится к области логической, а не юридической науки.

- 2) Характеристика права как социального факта (Т3, Т4, Т5);
- 3) Критика этического объективизма (Т6, Т7);
- 4) Эмпирическое методологическое основание (Т8, Т9).

Выделение таких направлений нам представляется перспективным, потому что позволяет рассмотреть юридический позитивизм как комплексное научное движение, характеризующееся как определённым общим идейным содержанием, так и общими философско-методологическими основаниями. Поэтому нам представляется целесообразным определить юридический позитивизм как совокупность юридических теорий, в которых признаются верными тезисы Т2, Т5, Т7 и Т9:

Юридический позитивизм – *направление философии права, которое (1) отрицает необходимую концептуальную связь между правом и моралью, а также целесообразность её установления, (2) считает вопрос о том, что является правом и что им не является, вопросом социального факта, (3) исходит из того, что методология юридической науки не позволяет познать объективно правильное естественное право или мораль, поскольку (4) основывается на анализе фактов и не обращается к метафизическим вопросам.*

Образованное нами понятие обладает следующими преимуществами:

- 1) является достаточно ясным для наших целей;
- 2) в значительной степени соответствует существующему словоупотреблению;
- 3) позволяет охватить концепции всех правоведов, признаваемых важнейшими представителями юридического позитивизма.

Поскольку, как и всякое другое определение, оно не является истинным или ложным,³⁸ мы полагаем, что приведённых выше причин достаточно для принятия такого определения для целей настоящего исследования.

³⁸ Выражение типа «А есть Б», претендующее на истинность является не определением, а суждением. Подробнее наша позиция по проблеме номинальных и так называемых «реальных» определений изложена в: Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 796-803.

Вместе с тем, очевидно, что между теориями, относящимися к юридическому позитивизму, есть важные различия. Задача дальнейшей классификации сложна, поскольку потенциальных критериев различения очень много. Вместе с тем, мы полагаем, что в основу классификации могут быть положены три вопроса, вызвавших важнейшие дискуссии среди юридических позитивистов:

- 1) что первично, государство или право?
- 2) является ли принуждение существенным признаком права?
- 3) что является основным предметом изучения юридической науки?

По отношению к первому вопросу можно выделить правовой этатизм (государство первично по отношению к праву), институционализм (государство и право являются двумя сторонами одной монеты и постановка вопроса о первичности того или другого неправомерна) и антиэтатизм (право первично по отношению к государству). Типичными представителями первой точки зрения, являются Дж. Остин и Г. Ф. Шершеневич.³⁹ Вторая точка зрения представлена главным образом институциональным юридическим позитивизмом О. Вайнбергера и Н. МакКормика,⁴⁰ к похожей точке зрения склонялись Г. Еллинек и Н. М. Коркунов.⁴¹ Среди представителей последней позиции можно отметить Л. И. Петражицкого, Г. Кельзена и А. Росса.⁴²

По отношению ко второму вопросу можно выделить четыре позиции. Представители первой позиции отрицают принудительность как общий

³⁹ Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law / Ed. by R. Campbell. Jersey City, 1875. P. 1-12, 116-209; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910. С. 199-214, 300-315.

⁴⁰ Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Legal Politics. Dordrecht, 1991. P. 111-132; MacCormick N. Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth. New York, 2002. P. 17-26.

⁴¹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 47-59, 84-85, 192-194, 331-365; Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Изд. 9-е. СПб., 1914. С. 246-260, 265-269; Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. Изд. 6-е. / под ред. и с доп. М. Б. Горенберга. СПб., 1909. С. 24-48.

⁴² Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 165-184; Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959. P. 57-58.

признак права (Н. М. Коркунов, Л. И. Петражицкий, Г. Л. А. Харт).⁴³ Представители второй позиции считают, что право характеризуется принудительностью, но не считают данный признак существенным (И. Бентам, О. Вайнбергер).⁴⁴ Представители третьей позиции считают принуждение существенным признаком права (Г. Ф. Шершеневич, Дж. Остин).⁴⁵ Представители четвёртой позиции идут ещё дальше и полагают, что все правовые нормы могут быть сформулированы (переформулированы) как императивы, адресованные органам, осуществляющим принуждение (Р. фон Иеринг, Г. Кельзен, А. Росс).⁴⁶

По отношению к третьему вопросу можно выделить юридический социологизм (функционирование права в обществе, взаимосвязь права с иными социальными явлениями) и юридический нормативизм (правовые нормы). В известном смысле данная классификация отражает разделение труда между социологией права и аналитической юриспруденцией.⁴⁷ Важно отметить, что исследованиями в рамках той или иной научной дисциплины могут заниматься учёные, не относящиеся к соответствующему направлению юридического позитивизма (так, например, нормативисту Гансу Кельзену принадлежит социолого-правовое исследование «Общество и природа»),⁴⁸ и даже не относящиеся к юридическому позитивизму вообще.

⁴³ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. С. 70-77; Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 218-232; Харт Г. Л. А. Понятие права: пер. с англ. / под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 28-33.

⁴⁴ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 393-400; Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics. P. 18-29, 147-148; MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht, 1986. P. 61, 160.

⁴⁵ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. С. 282-290; Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. P. 1-12, 278.

⁴⁶ Иеринг Р., фон. Избранные труды. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006. С. 302; Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987 / сборник переводов. Выпуск 1 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович / пер. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. М., 1987. С. 50-81; Ross A. On Law and Justice. P. 52-58.

⁴⁷ О соотношении социологии, юридической науки и социологии права см.: Гревцов Ю. И. Социология: Курс лекций. СПб., 2003. С. 32-33.

⁴⁸ Kelsen H. Society and Nature: a Sociological Inquiry. Chicago, 1943. 391 p.

§ 2. История формирования юридического позитивизма

Временем появления юридического позитивизма как специфического направления философии права считается рубеж XVIII-XIX веков. Вместе с тем, в литературе высказывается и иная позиция. В. С. Нерсисянц придерживается точки зрения, в соответствии с которой у истоков позитивистской (легистской) философии права стоит английский философ Т. Гоббс,⁴⁹ и полагает, что позитивистская позиция точно выражена английским философом в главе XXVI «Левиафана» в словах: «Правовая же сила закона состоит только в том, что он является приказанием суверена».⁵⁰ В этой же главе Гоббс высказывает своё мнение по принципиальному для юридического позитивизма вопросу о природе естественного права: «Естественный и гражданский законы совпадают по содержанию и имеют одинаковый объем. Ибо естественные законы, заключающиеся в беспристрастии, справедливости, признательности и других вытекающих отсюда моральных качествах, в естественном состоянии... являются не законами в собственном смысле слова, а лишь качествами, располагающими людей к миру и повиновению. Лишь по установлении государства, не раньше, они становятся действительно законами, ибо тогда они - приказания государства, а потому также и гражданские законы, в силу того что верховная власть обязывает людей повиноваться им. Дело в том, что при различиях, имеющихся между отдельными людьми, только приказания государства могут установить, что есть беспристрастие, справедливость и добродетель, и сделать все эти правила поведения обязательными, и только государство может установить наказание за их нарушение, и поэтому такие приказания являются гражданскими законами. Поэтому во всех государствах мира естественный закон есть часть гражданского закона. В свою очередь гражданский закон также является частью предписаний природы, ибо справедливость, т. е. соблюдение договоров и воздание каждому того, что

⁴⁹ Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсисянца (автор главы — В. С. Нерсисянц. М., 2002. С. 142-143.

⁵⁰ Гоббс Т. Левиафан. М., 2001. С. 188.

принадлежит ему, есть предписание естественного закона. Но каждый подданный государства обязался договором повиноваться гражданскому закону (договором граждан между собой, когда они собрались, чтобы выбрать общего представителя, или договором между каждым подданным и самим представителем, когда, покоренные мечом, они обещают повиновение, чтобы сохранить свою жизнь), и поэтому повиновение гражданскому закону является также частью естественного закона».⁵¹ Приведённый фрагмент может по-разному толковаться в контексте споров о естественном праве. С одной стороны, Гоббс *expressis verbis* указывает, что естественные законы не являются законами в собственном смысле слова и обретают юридическую силу лишь с того момента, когда их содержание становится частью приказа суверена. Это утверждение вполне соответствует позитивистской философии права. Но, с другой стороны, Гоббс не менее ясно указывает, что само по себе повиновение суверену представляет собой исполнение естественного закона и, таким образом, воля суверена становится критерием «естественности» закона. Это утверждение уже не согласуется с юридическим позитивизмом и, используя терминологию Г. Кельзена, представляет собой вариант консервативной естественно-правовой теории⁵² (то есть доктрины, полагающей существующее право и государство совершенными и, таким образом, легитимирующей их). Поскольку фактически именно последняя естественно-правовая доктрина в либертарно-юридической теории права В. С. Нерсесянца и его последователей отождествляется с юридическим позитивизмом, утверждение В. С. Нерсесянца верно в рамках концептуального каркаса его теории, но не верно, если речь идёт о юридическом позитивизме в нашем смысле.⁵³

⁵¹ Там же. С. 183-184.

⁵² Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве / пер. с англ. А. А. Краевского // Правоведение. № 2. 2013. С. 235; Kelsen H. Natural Law Doctrine and Legal Positivism // General Theory of Law and State. P. 428-429.

⁵³ Стоит отметить, что В. С. Нерсесянц, рассуждая о «легизме», делает оговорку, что «в конкретно-историческом плане становление и развитие «юридического позитивизма» было связано с победой и укреплением буржуазного строя, с возвышением роли государства и увеличением в этих условиях удельного веса и значения государственных нормативных актов в системе источников права» (Проблемы

1. Теоретическое и философское осмысление права в XVIII веке происходило под влиянием философии рационализма, восходящей к Р. Декарту, важнейшими представителями которой также были Б. Спиноза и Г. В. Лейбниц. Образцом научного знания для рационализма была геометрия – наука, построенная на системе аксиом, развитие которой происходит путём выведения из аксиом логических следствий. Философия права эпохи Просвещения — это естественно-правовая философия. Её важнейшими представителями были С. Пуффендорф, Х. Вольф, Х. Томазий, Дж. Локк, Г. В. Лейбниц, Ф. Вольтер, И. Кант.⁵⁴ Под влиянием философии рационализма, а также успехов математического естествознания, представители этого идейного течения стремились построить аксиоматическую систему универсального и вечного естественного права. Своё практическое осуществление, пусть и далёкое от замыслов своих создателей, идеи философии естественного права получили в период образования США и во время Французской революции.⁵⁵ Кровавые события последней косвенно отразились и на отношении к лежащей в её основе философии, выразившееся в появлении различных идейных направлений, отталкивающихся от критики данной политической и правовой философии. Принципиальное политическое неприятие революции выразилось в консерватизме⁵⁶ и, отчасти, в утилитаризме,⁵⁷ а юридическая критика лежащей в её основе естественно-правовой философии легла в основу правовых концепций И. Бентама и исторической школы права, которые заложили основы, соответственно, британского и континентально-европейского юридического позитивизма.

общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсесянца (автор главы — В. С. Нерсесянц. М., 2002. С. 143.)

⁵⁴ Фигура И. Канта здесь представляет особый интерес, так как, по меткому замечанию Г. Кельзена, похоронив общую рационалистическую философию, И. Кант сам создал правовую концепцию, ставшую наиболее совершенным выражением классической естественно-правовой теории (*Kelsen H. Natural Law Doctrine and Legal Positivism // General Theory of Law and State. P. 444-446.*). Об отличии естественно-правовых концепций Нового Времени от предшествующих теорий см.: *Штраус Л. Естественное право и история. М., 2007. С. 158-240.*

⁵⁵ О влиянии естественно-правовых концепций на Французскую революцию см.: *Мишель А. Идея государства: критический опыт истории социальных и политических теорий во Франции со времени революции. М., 2008. С. 98-109.*

⁵⁶ *Тимошина Е. В. Политико-правовая идеология русского пореформенного консерватизма. СПб., 2000. С. 15-22.*

⁵⁷ *Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 2. СПб., 2008. 261-366.*

Очень интересным и важным для понимания истории формирования юридического позитивизма является тот факт, что юридический позитивизм во Франции – одной из трёх, наряду с Германией и Великобританией, наиболее научно и культурно развитых стран Западной Европы, появился относительно поздно и не возник самостоятельно. Как нам представляется, это связано с тем, что во Франции идейная оппозиция рационалистической естественно-правовой теории заключалась, с одной стороны, в концепции Ж.-Ж. Руссо и его последователей,⁵⁸ а также консерваторов — с другой стороны.⁵⁹ И те и другие критиковали соответствующие учения не с методологической позиции различения сущего и должного, а с альтернативной точки зрения должного (с позиций радикального демократического коллективизма, отождествляющего должное с общей волей).

Нам представляется, что из этого факта следует два важных вывода.

1. Решающее влияние на формирование юридического позитивизма оказала критика законодательства США и Франции, в котором авторы соответствующих проектов стремились реализовать естественно-правовые идеи.

2. Появление философского позитивизма Огюста Конта не повлияло на появление юридического позитивизма. В научной литературе юридический позитивизм часто связывается с философским позитивизмом.⁶⁰ Это неверно, по крайней мере, исторически. Сочинения И. Бентама и представителей немецкой исторической школы, излагавшие соответствующие идеи, появились раньше сочинений О. Конта (1798-1857), причём некоторые сочинения Бентама даже до рождения французского мыслителя.⁶¹

⁵⁸ О позиции Руссо как отражающей кризис естественно-правовой теории Нового Времени см.: *Штраус Л.* Естественное право и история. С. 240-281.

⁵⁹ *Мишель А.* Идея государства. М., 2008. С. 114-133.

⁶⁰ Обзор дискуссии о соотношении философского позитивизма и юридического позитивизма см. в: *Зорькин В. Д.* Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 11-30.

⁶¹ Публикация работ Конта началась с 1819 года (*Mazlish B.* Comte, Auguste (1798-1857) // *Encyclopedia of Philosophy*. 2nd ed. / Ed. by D. M. Berchert. V. 2. New York, 2006. P. 414.).

3. На появление юридического позитивизма не повлияли кодификационные работы в европейском законодательстве, стимулированные Гражданским кодексом Наполеона Бонапарта. И. Бентам действительно был активным сторонником кодификации законодательства, однако наполеоновская кодификация, с которой принято связывать начало соответствующего процесса в европейском законодательстве, произошло позже формулирования английским мыслителем своей юридической доктрины. Немецкая историческая школа, в свою очередь, выступала против кодификации.

2. Формирование юридического позитивизма, обусловленное указанными выше факторами, происходило параллельно в Великобритании и в Германии.

2.1. Своим появлением британский юридический позитивизм обязан английскому юристу, философу и государственному деятелю Иеремии Бентаму (1748-1832). Ему принадлежат многочисленные сочинения в области политики, этики, правоведения и других наук. Важнейшие юридические сочинения Бентама – «Введение в основания нравственности и законодательства» (впервые опубликовано в 1789 году),⁶² «О законах в общем»⁶³ (впервые опубликовано в 1768 году) и «Принципы законодательства»⁶⁴ (впервые опубликовано в 1802 году). Именно он соединил традиционную для Британии эмпирическую философию со вниманием к прикладным проблемам права и политики. Г. Л. А. Харт, очень высоко оценивавший наследие И. Бентама, писал: «Бентам, разумеется, не был первым, определившим право как команду, его, например, опередил Гоббс... Но Бентам отличался от Гоббса и всех остальных предшественников ему социальных теоретиков тем, что настаивал на том, что мы не должны определять наши термины в философии права и политической философии так, чтобы из них следовали те практические заключения, которые нам нравятся... Эта настойчивость... была самым центром, я бы даже сказал

⁶² Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. 415 с.

⁶³ Bentham J. Of Laws in General. London, 1770. 342 p.

⁶⁴ Bentham J. Principles of Legislation. Boston, 1830. 310 p.

разумным и здоровым центром юридического позитивизма, основателем которого можно признать Бентама».⁶⁵

Методологической основой философии права Бентама является британская философская традиция эмпиризма и, в первую очередь, философия Давида Юма.⁶⁶ Доктрина Юма, нередко именуемая скептической, исходила из ограниченности возможностей разума в исследовании истины и ставила во главу угла чувственный опыт. Важной составляющей данного философского направления была критика различных рационалистических доктрин, демонстрация ошибок, к которым приводит вера в возможность умозрительного познания.⁶⁷

Одним из важных направлений его философско-правовых и политических работ была критика представителей философии естественного права. Бентам считал неудовлетворительными как работы теоретиков этой доктрины, так и практические результаты законотворчества их последователей.

Работы теоретиков естественного права Бентам считал неясными и методологически непоследовательными: «Какого рода работы Гроция, Пуффендорфа и других? Являются ли они политическими или этическими, историческими или юридическими, объяснительными или критическими? Иногда – одним, иногда – другим: кажется, сами авторы не уяснили себе этого. Это – недостаток, которому подвержены все те книги, которые берут своим предметом поддельный «закон природы»: смутный фантом, который в воображении всех тех, кто начинает преследовать его, иногда указывает на манеры, иногда – на *законы*, порой – на то, каковы законы *есть*, порой – на то, какими они *должны быть*».⁶⁸

⁶⁵ Hart H. L. A. The Demystification of Law // Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Philosophy. New York, 2003. P. 27-28.

⁶⁶ Остроух А. Н. Учение Бентама о праве (автореферат диссертации на соискание учёной степени кандидата юридических наук). М., 2002. С. 11-13. – Б. Н. Чичерин усматривает настолько сильную связь между философией Юма и Бентама, что относит их к одному направлению политической философии (утилитаризму), считая его основателем Юма (Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 2. С. 261-366.).

⁶⁷ Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 2. С. 261-265; Рассел Б. История западной философии. Новосибирск, 2001. С. 1451-1485.

⁶⁸ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 392.

Само по себе понятие естественного права, по мнению Бентама, противоречиво, и представляет собой, строго говоря, фикцию или метафору. Слово закон (law) относится к акту воли законодателя. Выражение «закон природы» (law of nature) – фигуральное, оно выражает те природные предрасположенности природы, существующие вне и независимо от общества. Однако теоретики-сторонники концепции естественного права понимают это выражение иначе: «Они ссылаются на эти законы, цитируют их, буквально противопоставляют их законам законодателя, и они не понимают, что эти естественные законы есть их собственное изобретение; что этим воображаемым кодексом они противоречат сами себе; что они обязаны утверждать, не имея доказательств; что таких систем существует столько, сколько авторов [пишущих на эту тему]; и что рассуждая подобным образом они всегда обязаны начинать заново, потому что о воображаемых законах каждый может сказать всё, что захочет, и споры будут бесконечны».⁶⁹ В качестве примера Бентам разбирает приводимый У. Блэкстоном и Ш. Монтескье пример «естественной» обязанности родителей заботиться о своём потомстве. Бентам приводит четыре возражения против их позиции.

1. «Родители склонны заботиться о своих детях» и «родители обязаны заботиться о своих детях» это два разных суждения, ни одно из которых не предполагает другое.

2. Несомненно существуют серьёзные основания возложить на родителей такую обязанность, но, в таком случае, необходимо приводить их в качестве политико-правового основания для принятия соответствующего закона, а не ссылаться на уже существующий «естественный закон».

3. Если бы склонность родителей заботиться о своих детях была так сильна, что её можно было бы назвать законом природы, ни одному законодателю не пришлось бы в голову устанавливать такой закон.

⁶⁹ *Bentham J. Principles of Legislation. Boston, 1830. P. 304.*

4. Оставление своих детей, некогда распространённое у греков, а во времена Бентама – в Китае, показывает, что рассматриваемый «естественный закон» не очень эффективен.⁷⁰

Законодательная практика, основанная на естественно-правовой теории, в первую очередь, попытка законодательного закрепления естественных, прав также встретила резкую критику Бентама. Проанализировав такие известные акты, как французская «Декларация прав и свобод человека и гражданина» 1789 г., «Декларация независимости» США 1776 г., «декларации прав» штатов Северная Каролина, Виргиния, Массачусетс и Пенсильвания, Бентам пришёл к выводу, что эти попытки оказались крайне неудачными. Причины неудачи состоят в том, что вместо определённости конкретных законов здесь предлагаются тёмные и неясные положения, которые могут пониматься людьми очень по-разному, иными словами: «оставьте букву, и они [законы] выразили бы не что иное, как если бы каждый человек сказал: «Ваши законы сделаются пустыми *ipso facto*, как скоро они заключают в себе что-нибудь не по моему вкусу»». ⁷¹ Отдельное исследование Бентам посвятил «Декларации прав и свобод человека и гражданина». ⁷² Последовательно разбирая каждый её пункт, Бентам указывает на то, каким образом данное положение может привести к абсурдным анархическим последствиям при его буквальном понимании. В качестве примера можно привести анализ первой статьи «Декларации»:

«Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах. Общественные различия могут основываться только на соображениях общей пользы». ⁷³ Ни один человек, возражает Бентам, никогда не был рождён свободным и свободным не оставался на протяжении жизни: ни ребёнок, полностью зависящий от своих родителей, ни взрослый, живущий под

⁷⁰ Ibid. P. 305-306.

⁷¹ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. С. 404-407. См. также: Bentham J. Principles of Legislation. P. 306-309.

⁷² Bentham J. Anarchical Fallacies // 'Nonsense upon Stilts': Bentham, Burke and Marx on the Rights of Men / Ed. by J. Waldron. London, 1987. P. 46-76. См. также: Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 2. С. 340-343.

⁷³ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 2. Современное государство и право. М., 2004. С. 86.

властью правительства своей страны. Не рождаются люди и равными в правах: можно ли говорить о равенстве в правах наследника богатой и бедной семьи? Не существует равенства в правах и среди взрослых: нет равенства между опекуном и подопечным, между офицером и солдатом, между мужем и женой. Оговорка же о том, что различия могут быть основаны на общей пользе, означает то, что первая часть статьи не имеет вообще никакого значения: равенства в правах не существует.⁷⁴

Собственная позиция Бентама известна под именем командной теории права. Бентам различает два значения английского слова «law», абстрактное и конкретное. В других европейских языках этому различию соответствуют два термина: в латинском – «jus» и «lex», в немецком – «Recht» и «Gesetz», во французском – «droit» и «loi» и т.д.,⁷⁵ соответственно в русском языке они должны соответствовать терминам «право» и «закон». Право («law» в абстрактном смысле) понимается им как совокупность законов («law» в конкретном смысле),⁷⁶ при этом сами законы понимаются как содержание источника права (статута или обычая).⁷⁷ Бентам выделяет следующие признаки закона («law» в конкретном смысле).

1. Закон представляет собой содержание источника права: «под словом «закон» разумеется идеальный предмет».⁷⁸
2. Закон является принудительным либо непринудительным. Принудительный закон представляет собой поведение, а непринудительный

⁷⁴ *Bentham J.* Anarchical Fallacies. P. 53-55. – Указанные рассуждения Бентама о равенстве получили своё развитие в работе И. А. Ильина о равенстве и справедливости, пришедшего к выводу, что справедливость состоит не в равенстве, а напротив, в неравенстве, но в неравенстве предметно обоснованном (*Ильин И. А. Справедливость или равенство? // Ильин И.А. Собрание сочинений: Справедливость или равенство? М., 2006. С. 444-479*).

⁷⁵ *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. С. 388.

⁷⁶ Там же. С. 388. – Дословно Бентам пишет так: «Now law, or the law, taken indefinitely, is an abstract and collective term; which, when it means any thing, can mean neither more nor less than the sum total of a number of individual laws taken together» (*Bentham J.* Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Kitchener, 2000. P. 234). В терминологии современной логики можно сказать, что право («law» в абстрактном смысле) по Бентаму является собирательным понятием – понятием, в котором отражены признаки совокупности или группы однородных предметов (*Кондаков Н. И. Логический словарь. М., 1971. С. 484*).

⁷⁷ Бентам указывает на два возможных источника права (формы выражения закона («law» в конкретном смысле)): «относительно формы выражения законы могут существовать или в форму *статут*ов или в форме обычного закона» (*Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. С. 392).

⁷⁸ Там же. С. 394.

– полную или частичную отмену этого поведения. Так называемый «декларативный закон» (содержащий только извещение о некотором факте) не является законом.⁷⁹

3. «Всякий принудительный закон создаёт *преступление*, то есть превращает акт того или другого рода в преступление». При этом закон, создающий преступления, и закон, устанавливающий наказание за него, это два разных закона.⁸⁰

В научной литературе высказывается сомнение в том, что Бентама можно безусловно отнести к представителям юридического позитивизма. Так, по мнению А. Н. Остроух, «он не сводил право исключительно к его форме, к произвольным велениям законодателя, понимал, что право обладает своим особым содержанием, которое не всегда воплощается в позитивном праве, однако в своей творческой деятельности ограничился исследованием преимущественно позитивного права». Данный вывод делается исследователем из указанного выше концептуального разделения права и закона («law» в абстрактном и конкретном смысле), из различия контекста употребления данных понятий, а также из стремления Бентама «определить социальное назначение права и рассмотреть его как одну из высших общественных ценностей, из желания поставить правотворческий процесс под действие принципа «наибольшего счастья наибольшего числа» людей и указать цели законодательства (в частности, гражданского), признание законом велений только легитимного суверена».⁸¹ Указанный вывод представляется неясным с учётом того, что практически все позитивисты⁸² концептуально различали и различают понятия права и закона, понимая под законом законодательный акт (закон в формальном смысле) или

⁷⁹ Там же. С. 394-395.

⁸⁰ Там же. С. 395.

⁸¹ Остроух А. Н. Учение Бентама о праве. С. 14-17.

⁸² Исключение здесь, по-видимому, составляет только В. Д. Катков, считавший концептуальное разделение понятий права и закона недостатком языков стран континентальной Европы и источником философско-правовых заблуждений (Катков В. Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков, 1903. С. 247-332). Следует отметить, что В. Д. Катков находился под сильным влиянием английской юриспруденции, в том числе И. Бентама (Там же. С. 15-48).

общенормативный правовой акт (закон в материальном смысле),⁸³ а под правом в объективном смысле – определённую совокупность действующих норм. Само по себе рассмотрение вопросов политики права и исследование роли права в жизни общества не противоречит позиции юридического позитивизма. Точно так же не противоречит позиции юридического позитивизма (как такового) признание законом велений только легитимного суверена. В конечном счёте А. Н. Остроух всё же признаёт, что «юридический позитивизм воззрений данного учёного проявляется не в том, что он не различал право и закон, а в том, что он призывал юриспруденцию к изучению только позитивного права»⁸⁴ и «сам он, осознавая эту двойственность права, всё-таки остаётся в рамках юридико-позитивистского понимания и способа познания права».⁸⁵

Дальнейшее развитие и своё классическое воплощение британский юридический позитивизм получил в аналитической юриспруденции Джона Остина (1790-1859). Несмотря на то что сам Остин видел свою задачу только в распространении идей Бентама,⁸⁶ именно он впервые систематически изложил общую теорию права с позиций юридического позитивизма. Философия права Остина изложена в двух основных его работах: «Область определения юриспруденции»⁸⁷ (1832) и «Лекции по юриспруденции или философии позитивного права»⁸⁸ (впервые опубликованы посмертно, в 1869 году).

Право (позитивное право) определяется им как команда суверена политически независимого общества.⁸⁹ Остин проводит чёткую границу между правом и моралью.⁹⁰ Задачу юридической науки он видит в изучении

⁸³ О понятии закона в формальном и в материальном смысле см.: *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 200-205.

⁸⁴ *Остроух А. Н.* Учение Бентама о праве. С. 16.

⁸⁵ Там же. С. 17.

⁸⁶ *Lobban M.* A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. V. 8. A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900. Dordrecht, 2007. P. 173. – М. Лобан отмечает также влияние на Остина немецкого правоведения (*Ibid.* P. 174).

⁸⁷ *Austin J.* The Province of Jurisprudence Determined. London, 1832. 391 p.

⁸⁸ *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Jersey City, 1874. 364 p.

⁸⁹ *Ibid.* P. 116.; *Austin J.* The Province of Jurisprudence Determined. P. 5-6.

⁹⁰ *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. P. 84-85.

позитивного права, независимо от того, хорошее оно или плохое. По аналогии с юриспруденцией он считает необходимым и построение этической науки – она должна заниматься изучением позитивной морали.⁹¹ Отличием права от морали является происхождение правовых норм – команда суверена, поэтому в частности международному праву Остин отказывает в праве именоваться правом: с его точки зрения, в силу отсутствия международного суверена, правильнее говорить о международной морали.⁹² Именно суверен становится центральным элементом теории Остина. Сувереном может быть как отдельное лицо, так и совокупность лиц, ключевой же характеристикой суверена является привычка повиновения ему со стороны политически независимого общества.⁹³

Из изложенного можно сделать вывод о том, что концепции Бентама и Остина соответствуют всем четырём выделенным нами признакам юридического позитивизма: (1) *отрицает необходимую концептуальную связь между правом и моралью, а также целесообразность её установления,* (2) *считает вопрос о том, что является правом и что им не является, вопросом социального факта,* (3) *исходит из того, что методология юридической науки не позволяет познать объективно правильное естественное право или мораль, поскольку* (4) *основывается на анализе фактов и не обращается к метафизическим вопросам.*

2.2. Философско-правовые труды Бентама и Остина были известны в континентальной Европе, однако не оказали сильного влияния на развитие континентальной философии права, опиравшейся на собственные сильные традиции философии и юриспруденции. Ту критическую по отношению к естественно-правовой концепции роль, которую в Великобритании и,

⁹¹ Ibid. P. 85.

⁹² Ibid. P. 85.

⁹³ Ibid. P. 116. О соотношении «независимого политического общества» с государством у Остина см.: Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 447-449.

отчасти, в США сыграло учение Бентама и Остина, в континентальной Европе сыграла немецкая историческая школа права.

Немецкая историческая школа права⁹⁴ традиционно связывается в первую очередь с именами Фридриха Карла фон Савиньи (1779-1844) и Георга Пухты (1798-1846). Вместе с тем, в качестве их предшественников (или даже основателей школы) часто называются представители геттингенской юридической школы Пюттер⁹⁵ и его ученик Густав Гуго.⁹⁶

Вопрос о методологических основаниях исторической школы неоднозначен, по мнению Б. Н. Чичерина: «На ней [исторической школе] отразилось общее развитие немецкой философии. В общем итоге она представляет, в противоположность нравственному идеализму, одностороннее развитие юридической теории Канта в приложении к действительности».⁹⁷ П. И. Новгородцев связывает поворот к историческому рассмотрению юридических явлений влиянием Монтеスキё и Лейбница.⁹⁸ Так или иначе, важнейшим философским принципом новой школы стало философское рассмотрение права в его историческом развитии: «Точкою отправления для неё служат данные юридические отношения, в которых она усматривает присущий им закон развития. Её теория, по собственному её признанию, не что иное как философия положительного права».⁹⁹

Густав Гуго строил свою философию права на сочетании позитивного права с умозрительной философией. В основе его метод лежало взятое у Канта различие между временными и окончательными требованиями разума. Окончательные требования основаны на доводах чистого разума и безусловны, временные требования «соображаются с действительным

⁹⁴ См. Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. СПб, 2007. С. 240 (автор главы – Тимошина Е. В.).

⁹⁵ Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. СПб., 1999. С. 29. – Работы Пюттера относились, главным образом, к государственному праву, однако в них можно усмотреть программу критики рационалистических естественно-правовых концепций. По утверждению Г. Гуго никто больше Пюттера не способствовал разрушению догматов вальфианской философии права, в себе же Гуго видел только ученика Гуго, выполняющего его исследовательскую программу (Там же. С. 33-34).

⁹⁶ Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 3. СПб., 2010. С. 125.

⁹⁷ Там же. С. 124.

⁹⁸ Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. С. 30-33.

⁹⁹ Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 3. С. 124.

положением вещей», признаком чего является соответствующий обычай. Исходя из этого Гуго анализирует юридические учреждения с одной стороны, оценивая их разумность, с другой стороны – объясняя их историческое происхождение.¹⁰⁰ Необходимость права связана с неизбежностью споров в ситуации, когда цели и выбор средств их достижения у разных лиц расходятся. Разрешение споров третьим лицом является признаком юридического порядка.¹⁰¹ В конечном счёте это рассуждение приводит Гуго к выводу, что подчинение порядку (и власти) является требованием разума. Противоречие между правовыми и нравственными требованиями возможно, но власть требует от подчинённых безусловного повиновения.¹⁰²

Несмотря на всё значение работ Пюттера и Гуго, свою известность и признание историческая школа получила благодаря работам Ф. К. фон Савиньи. Программой его исследований стала брошюра «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции»¹⁰³ (1814), с публикации которой некоторые авторы начинают отсчёт собственно истории нового научного движения.¹⁰⁴ Работа появилась как ответ на брошюру немецкого юриста А. Ф. Ю. Тибо, выступившего с призывом произвести кодификацию гражданского права в Германии.¹⁰⁵

Савиньи начинает изложение своей позиции с указания на два характерных заблуждения, лежащих в основании рассуждений Тибо.

1. В эпоху Просвещения (начиная со второй половины XVIII века) Европа утратила «ощущение величия и своеобразия других эпох», что обусловило стремление к реальному достижению абсолютного совершенства, в противоположность естественному развитию народов и их

¹⁰⁰ Там же. С. 125-126.

¹⁰¹ Там же. С. 126.

¹⁰² Там же. С. 126-128; *Новгородцев П. И.* Историческая школа юристов. С. 41-42.

¹⁰³ *Савиньи Ф. К., фон.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. М., 2011. С. 128-207.

¹⁰⁴ *Гирке О., фон.* Историческая школа права и германисты // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 37-39.

¹⁰⁵ *Тибо А. Ф. Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 102-127.

устройств. По мнению Савиньи, эти ожидания были завышенными и нереалистичными, что привело к современному ему пробуждению исторического понимания.

2. Распространённое среди немецких юристов мнение, что всякое право возникает из законов.

Савиньи отмечает, что, как правило, эти два заблуждения хорошо уживаются вместе, благодаря такому посреднику, как теория естественного права, в соответствии с которой «существует практическое Естественное или Рациональное право – идеальное законодательство, имеющее силу во все времена и для всех случаев, которое нам необходимо обнаружить, чтобы сделать позитивное право совершенным навсегда».¹⁰⁶ Проследив историю развития права на примере римского права, Савиньи присоединяется к позиции, согласно которой всё право изначально возникает благодаря обычаю и народной вере, затем благодаря юриспруденции, то есть благодаря внутренним действующим силам общества, а не вследствие произвола законодателя.¹⁰⁷ Закон, конечно, тоже может влиять на развитие права, но для такого влияния не требуется создания новых общих сводов законов, напротив, при создании последних, как правило, законодатели поступают наиболее разумным образом, а именно – через запись уже существующего права.¹⁰⁸ Попытки установить полностью новое законодательство приводят к плачевным результатам, что Савиньи пытается показать на примере Гражданского кодекса Франции.¹⁰⁹ При этом Савиньи не исключает в принципе возможности создания свода законов, но полагает, что этому моменту должно предшествовать необходимое внутреннее органическое развитие права – в первую очередь, органическое единство юриспруденции, благодаря которому была бы возможна коллективная обработка

¹⁰⁶ Савиньи Ф. К., *фон*. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции. С. 130-131.

¹⁰⁷ Там же. С. 131-135.

¹⁰⁸ Там же. С. 135-137.

¹⁰⁹ Там же. С. 153-168.

существующего правового материала такого масштаба. По мнению Савиньи, современная ему немецкая юриспруденция не была к этому готова.¹¹⁰

Теория Савиньи получила своё развитие в последующих работах, важнейшей из которых является его «Система современного римского права»¹¹¹ (впервые издана в 1840 году). Как нам представляется, именно здесь, в учении об источниках права, заложена основа континентального юридического позитивизма.

Источники права Савиньи определяет как «основания возникновения общего права то есть как самих институтов права, так и отдельных правовых норм, образованных из них путём абстракции».¹¹² В ответ на вопрос о том, в чём заключаются источники права, Савиньи пишет: «повсюду, где какое-либо правоотношение вызывало вопрос или доходило до сознания, для него уже давно существовало правило... В связи с таким свойством общего права, согласно которому оно уже действительно существует как данное во всяком данном положении вещей, в котором его можно было бы усматривать, мы называем его *позитивным правом*».¹¹³

Савиньи различает право, непосредственно данное нам посредством «событий в реальной жизни» и его «видимую форму» и выстраивает следующую дуалистическую схему структуры правового порядка:

- 1) Правовое отношение – Институт права;
- 2) Судебное решение – Источник права.

Необходимо отметить, что они не противопоставляются друг другу и существуют параллельно.¹¹⁴ С одной стороны, «позитивное право живёт в общем сознании народа» («то, что творит позитивное право, есть народный дух, совокупно живущий и действующий в отдельных людях»),¹¹⁵ с другой

¹¹⁰ Там же. С. 202-207.

¹¹¹ Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 248-509.

¹¹² Там же. С. 280.

¹¹³ Там же. С. 282.

¹¹⁴ Как представляется, ближайшим философским аналогом является концепция психофизического параллелизма, в соответствии с которой ментальные процессы в сознании человека строго соответствуют определённым физиологическим процессам в его нервной системе, однако какое-либо взаимодействие между ними отсутствует.

¹¹⁵ Там же. С. 282.

стороны, у невидимого народного единства есть видимая и органическая, «телесная» форма: государство.¹¹⁶ В результате Савиньи получает систему, состоящую из трёх источников права:

- 1) обычное право, для которого практика одновременно является и критерием существования, и основанием возникновения (в том числе судебная практика);¹¹⁷
- 2) законодательство, созданное государством;¹¹⁸
- 3) научное право – деятельность юристов, влияющая на законотворчество и юридическую практику.¹¹⁹

Исходя из изложенного можно сделать вывод, что историческая школа, подвергнув критике естественно-правовую теорию, выдвинула тезис о том, что всё право – это позитивное право, при этом всё позитивное право имеет выражение в источниках права.

Из четырёх выделенных нами признаков юридического позитивизма: (1) *отрицание необходимой концептуальной связи между правом и моралью, а также целесообразности её установления*, (2) *утверждение, что вопрос о том, что является правом и что им не является, есть вопрос социального факта*, (3) *утверждение, что методология юридической науки не позволяет познать объективно правильное естественное право или мораль, поскольку* (4) *основывается на анализе фактов и не обращается к метафизическим вопросам*, историческая школа частично не соответствует только последнему, поскольку, хотя с точки зрения этого направления философии права юриспруденция основывается на анализе фактов, важную роль в этой концепции играет понятие народного духа, которое, несомненно, является метафизическим.¹²⁰ Для того чтобы концепция исторической школы

¹¹⁶ Там же. С. 286. См. также: Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. С. 29-32.

¹¹⁷ Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 293-295.

¹¹⁸ Там же. С. 295-299.

¹¹⁹ Там же. С. 299-301. – См. также: Савиньи Ф. К., фон. Рецензия на книгу Н. Т. фон Гённера «О законодательстве и юриспруденции в наше время» // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 225. Г. Ф. Пухта усматривал роль науки как источника права в дедукции правовых положений из двух других источников права (Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. С. 34).

¹²⁰ По мнению Г. Кельзена. концепция исторической школы представляет собой консервативную версию естественно-правовой теории, легитимирующую любое существующее право как «правильное» и

трансформировалась в юридический позитивизм, необходимо было сделать только один шаг: отказаться от понятия народного духа и связанной с ним метафизической концепции. Этот шаг был сделан немецким юристом Рудольфом фон Иерингом.

Р. фон Иеринг первоначально находился под сильным влиянием исторической школы права,¹²¹ о чём говорит даже название его наиболее известной работы: «Дух римского права».¹²² Со временем, однако, он отошёл от этой позиции, подвергнув её резкой критике. Против учения исторической школы о планомерном и поступательном развитии права, подобному развитию языка или искусства, Иеринг выдвинул два аргумента. Теоретический аргумент состоит в том, что это представление не отражает реальный процесс развития права, который происходит через столкновение различных противонаправленных общественных сил.¹²³ Политический аргумент состоит в том, что оно стимулирует политиков и юристов к отказу от законотворческой деятельности и поиску путей улучшения действующего права.¹²⁴

Безусловно, Иеринг не был первым критиком исторической школы,¹²⁵ однако именно ему удалось изменить научную парадигму, в которой работала немецкая юриспруденция. Благодаря его критике была отвергнута та (метафизическая) часть учения исторической школы, которая отличала её от юридического позитивизма.

«справедливое» и всего лишь заменяющую разум или природу народным духом в качестве источника настоящего, правильного права в противоположность «искусственному» (*Kelsen H. Natural Law Doctrine and Legal Positivism // General Theory of Law and State. New Brunswick, 2006. P. 417-418*). Такая интерпретация концепции исторической школы возможна, однако, как нам представляется, она несколько упрощает картину реального развития истории идей и, во всяком, случае, не отражает намерений авторов данной концепции, которые считали возможным критиковать законодательство «произвольной власти» (*Савиньи Ф. К., фон. Рецензия на книгу Н. Т. фон Гённера «О законодательстве и юриспруденции в наше время». С. 226-228*), что плохо согласуется как с их собственной теорией, так и с гипотезой «консервативной версии естественного права».

¹²¹ Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. С. 112-118.

¹²² Иеринг Р., фон. Дух римского права // Избранные труды. Т. II. СПб., 2006. С. 21-316.

¹²³ Иеринг Р., фон. Борьба за право // Избранные труды. Т. I. СПб., 2006. С. 24-30.

¹²⁴ Там же. С. 29-31; Иеринг Р., фон. Историческая школа юристов // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 96-101.

¹²⁵ См.: Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. С. 101-111.

Из вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

1) Анализ употребления термина «юридический позитивизм» в философско-правовой литературе указывает на целесообразность выделения четырёх признаков данного философско-правового направления: концептуального разграничения права и морали, характеристики права как социального факта, критика этического объективизма и эмпирического методологического основания.

2) Между направлениями юридического позитивизма существуют заметные различия, причём их классификация возможна по разным основаниям, в частности, по вопросу о первичности государства или права, по вопросу о существенности принуждения как признака права и по вопросу об основном предмете изучения юридической науки.

3) Формирование юридического позитивизма происходило в конце XVIII-первой половине XIX века параллельно в Великобритании и Германии. Важнейшим фактором его формирования была критика попыток применить естественно-правовые идеи в законодательстве США и Франции. В Великобритании идеи юридического позитивизма впервые были сформулированы И. Бентамом и были впоследствии систематизированы Дж. Остином. В Германии почва для юридического позитивизма была подготовлена исторической школой права, которая, однако сама не обладала всеми признаками юридического позитивизма. После критики Р. фон Иеринга метафизическая концепция народного духа была устранена из доминирующей правовой доктрины, что позволило ей приобрести все необходимые признаки юридического позитивизма.

Глава 2. Ганс Кельзен и школа чистого учения о праве

§ 1. Источники чистого учения о праве

§ 1.1. Философские источники

Чистое учение о праве, несмотря на свою оригинальность и направленность на преобразование юридической науки, является продолжением вполне определённых философских и юридических идей и тенденций, и в этом смысле является органичным продолжением философии права Нового Времени.

Ведущим и даже доминирующим философским направлением первой четверти XX века, когда формировалось чистое учение о праве, было неокантианство, важнейшими школами которого были Марбургская (Г. Коген, П. Наторп, Э. Кассирер) и Баденская (В. Виндельбанд, Г. Риккерт). Вместе с тем, именно на этот период приходится появление двух философских направлений, позднее пришедших ему на смену – неопозитивизма (Л. Витгенштейн, Б. Рассел, Венский кружок, Берлинское общество научной философии) и феноменологии (Э. Гуссерль). Неудивительно, что работы представителей именно этих трёх философских направлений оказали наибольшее влияние на чистое учение о праве.

§ 1.1.1. И. Кант и неокантианство

Философская система Иммануила Канта (1724-1804) основывается на исследовании применения высших способностей души, к которым он относит рассудок, разум и способность суждения. Рассудок применяется к природе (его априорный принцип — закономерность), способность суждения применяется к искусству (её априорный принцип — целесообразность), а разум применяется к свободе (его априорный принцип — конечная цель).¹²⁶ Традиционное деление философии на теоретическую (которой соответствует рассудок) и практическую (которой соответствует разум) преодолевается

¹²⁶ Кант И. Критика способности суждения // Кант И. Собр. соч. В 6 т. М., 1966. Т. 5. С. 163-199.

путём введения понятия целесообразности, соответствующего способности суждения.¹²⁷ Основные идеи кантовской философии изложены им в трёх «Критиках» - «Критике чистого разума», посвящённой проблеме соотношения возможностей и сферы применимости разума и рассудка, «Критике практического разума», посвящённой практической философии и законодательствующему практическому разуму¹²⁸ и «Критике способности суждения». Споры о взаимном соотношении трёх основных частей его философской системы, в том числе вопрос о том, какая из них имеет наибольшую значимость, начались ещё при жизни Канта и стали одной из причин многообразия интерпретаций его философии,¹²⁹ в том числе в области философии права.

Факт влияния философии И. Канта на чистое учение о праве можно считать общепризнанным. Вместе с тем, вопрос о характере и степени этого влияния является предметом многочисленных дискуссий. В научной литературе, посвящённой теории Кельзена, встречается точка зрения, в соответствии с которой кантианство чистого учения о праве ограничено исключительно заимствованием элементов теории познания Канта и не связано с его юридическим учением, из чего иногда делают вывод о том, что эта концепция «в действительности имеет с учением Канта лишь некоторые внешние совпадения, а по сути своей весьма и весьма далеки от него».¹³⁰ Как мы продемонстрируем далее, эта точка зрения верна лишь отчасти.

А. Разделение сферы бытия и долженствования имеет основополагающее значение как для философской системы Канта, так и для философии права Кельзена. Впервые на него указал, однако, не Кант, а

¹²⁷ Как поясняет Кант, «Рассудок — через возможность своих априорных законов для природы — дает доказательство того, что природа познается нами только как явление, стало быть, указывает в то же время на сверхчувственный субстрат ее, но оставляет этот субстрат совершенно неопределенным. Способность суждения своим априорным принципом рассмотрения природы по возможным частным законам её дает ее сверхчувственному субстрату (в нас так же, как и вне нас) определимость через интеллектуальную способность. А разум своим априорным практическим законом дает этому же субстрату определение и таким образом способность суждения делает возможным переход от области понятия природы к области понятия свободы» (Там же. С. 197)

¹²⁸ Конечно, не меньшее значение для этической философии Канта имеет «Метафизика нравов».

¹²⁹ Перов Ю. В. Вступительная статья // Кант И. Критика способности суждения. СПб., 2001. С. 5-8.

¹³⁰ Алексеев С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху // Алексеев С. С. Собр. соч. В 10 т. Т. 5. М., 2010. С. 31. См. также: Там же. С. 26-27, 110.

британский философ Давид Юм, который обратил внимание на логическую невыводимость суждений о должном из суждений о сущем.¹³¹

У Канта различие между бытием и долженствованием соответствует различию ноуменов и феноменов. Источником долженствования является исключительно человеческая воля,¹³² направляемая практическим разумом.¹³³ Человеческая воля относится к ноуменальной сфере человеческой свободы.¹³⁴ В то же время, между феноменальным (чувственным) и ноуменальным (сверхчувственным) мирами существует необозримая пропасть.¹³⁵ Таким образом, Кант переводит различие бытия и долженствования, которое у Юма носит скорее логический характер, на онтологический¹³⁶ уровень.¹³⁷

Разделение бытия и долженствования было воспринято целым рядом неокантианских авторов. По мнению С. Полсона,¹³⁸ из наиболее значимых неокантианцев, обращавшихся к проблеме противопоставления бытия и долженствования (В. Виндельбанд,¹³⁹ Г. Риккерт,¹⁴⁰ Э. Ласк,¹⁴¹ Г. Зиммель¹⁴²

¹³¹ Принцип невыводимости суждений о должном из суждений о сущем известен в логике и философии как «принцип Юма». Сам Юм сформулировал свою идею следующим образом: «Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным способом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что, вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно *есть* или *не есть*, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки *должно* или *не должно*. Подмена эта происходит незаметно, но, тем не менее, она в высшей степени важна ... должно быть указано основание того, ... каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него. Но так как авторы обычно не прибегают к такой предосторожности, то я позволяю себе рекомендовать её читателям и уверен, что этот незначительный акт внимания опроверг бы все обычные этические системы и показал бы нам, что различие порока и добродетели не основано исключительно на отношениях между объектами и не познается разумом» (Юм Д. Трактат о человеческой природе или попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам // Юм Д. Собр. соч. В 2 т. Т. 1. М., 1996. С. 510-511).

¹³² Кант И. Критика практического разума // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 406-407; Кант И. Основы метафизики нравственности // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 225, 283-284, 289-310.

¹³³ Кант И. Критика практического разума // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 331-334.

¹³⁴ Кант И. Критика практического разума // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 313; Кант И. Критика способности суждения // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 5. С. 163-199.

¹³⁵ Кант И. Критика способности суждения // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 5. С. 173.

¹³⁶ Конечно, с учётом специфического характера онтологии у Канта, осуществившего поворот от «онтологии чистого бытия» к «онтологии познания» (см. Метафизика: учебное пособие / Под. ред. Б. И. Липского, Б. В. Маркова, Ю. Н. Солониной (автор главы — Б. В. Марков). СПб., 2008. С. 41-65).

¹³⁷ Вместе с тем, важно подчеркнуть, что различие бытия и долженствования рассматривается Кантом не само по себе, а сводится к другому различию (ноуменов и феноменов). По этой причине Кельзена считал позицию Юма более последовательной (Kelsen H. General Theory of Norms. P. 86).

¹³⁸ Paulson S. L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism // The Modern Law Review. V. 59. 1996. № 6. P. 801-802.

¹³⁹ Виндельбанд В. Нормы и законы природы // Виндельбанд В. Избранное: Дух и история. М., 1995. С. 184-208.

и М. Вебер),¹⁴³ влияние на Кельзена оказали в первую очередь В. Виндельбанд и Г. Зиммель.

Разделение бытия и долженствования всегда было важнейшим принципом чистого учения о праве, собственно, и определявшем его чистоту. Кельзен полагает, что это разделение непосредственно дано нашему сознанию, а потому не может быть вполне точно вербально определено.¹⁴⁴ Существенное отличие позиции Кельзена от точки зрения Канта, однако, состоит в том, какова природа этого автономного мира должного.

Б. Долженствование у Канта конструируется чистым практическим разумом, то есть разумом, способным определять волю.¹⁴⁵ Применяя эту способность, Кант конструирует свою *метафизику* нравов, включающую учение о праве.¹⁴⁶ Этому метафизическому (по сути — естественно-правовому) пути построения юридической теории в большей или меньшей степени до Кельзена следовали все кантианцы, как философы (например, Г. Коген), так и правоведы (например, Р. Штаммлер).¹⁴⁷

Для Кельзена, однако, этическое учение Канта оказалось неприемлемым. Историческая миссия критического идеализма Канта виделась ему в разрушении традиционной метафизики, и эта миссия не была доведена Кантом до конца: «Борьба, которую этот философский гений, поддержанный наукой, вёл против метафизики, принёсшая ему титул

¹⁴⁰ Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре. М., 1998. С. 22-29.

¹⁴¹ Lask E. Rechtsphilosophie. Heidelberg, 1905. 50 s.

¹⁴² Simmel G. Einleitung in die Moralwissenschaft: Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe. B. 1. Berlin, 1892. S. 1-84.

¹⁴³ Вебер М. «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // Избранное: Протестантская этика и дух капитализма. СПб., 2012. С. 271-320.

¹⁴⁴ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 13. — Кельзен полагает, что здесь применимы рассуждения английского философа Дж. Э. Мура о понятии добра (good), разоблачавшего основные этические системы как допускающие «натуралистическую ошибку» - сведение понятия добра к некоторому естественному качеству предметов (см.: Мур Дж. Э. Principia Ethica // Природа моральной философии. М., 1999. С. 70-71).

¹⁴⁵ Кант И. Критика практического разума // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 331-334.

¹⁴⁶ Основные её результаты изложены в «Метафизике нравов», распадающейся на учение о праве и учение о добродетели (Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 110-438.)

¹⁴⁷ Cohen H. System der Philosophie. Teil 2: Ethik des reinen Willens. Berlin, 1904. 641 s.; Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально-философское исследование. М., 2010. 312 с. — О юридических теориях Когена и Штаммлера см.: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право: Очерк по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 340-345, 374-406, 664-680.

«всеразрушитель», в действительности не была доведена им до конца. По своему характеру он, вероятно, не был настоящим борцом, но скорее был расположен к компромиссам. По этой причине мы не находим в нём честной и бескомпромиссной веры в релятивизм, который является неизбежным следствием любого настоящего устранения метафизики».¹⁴⁸ По мнению Кельзена, причина непоследовательности Канта, побудившая его ввести противоречивое¹⁴⁹ понятие практического разума, состояла именно в невозможности принятия релятивизма, который противоречил его религиозным убеждениям христианина-протестанта.¹⁵⁰ Сам Кельзен был агностиком по своим религиозным убеждениям и этическим релятивистом и, таким образом, не был стеснён в возможности критики метафизики.¹⁵¹

По мнению Кельзена, трансцендентальная логика Канта может быть применена не только к миру природы, но и к миру норм.¹⁵² Она необходима для объяснения того, как специфический опыт (который можно назвать юридическим опытом) систематизируется юридическим познанием.¹⁵³

Теория познания Канта строится вокруг вопроса о том, как возможны априорные синтетические суждения, как возможно научное познание вообще.¹⁵⁴ Выводы Канта состоят в том, что научное познание обеспечивается существованием категорий (чистых рассудочных понятий), под которые подводится каждое восприятие, прежде чем совершается опытное суждение.¹⁵⁵ Кельзеновская трактовка теории познания Канта

¹⁴⁸ *Kelsen H. Natural Law Doctrine and Legal Positivism // General Theory of Law and State. P. 444.*

¹⁴⁹ *Kelsen H. General Theory of Norms. P. 6-7, 79-82, 86.*

¹⁵⁰ *Ibid. P. 445.* – Аналогичным образом (несовместимостью релятивизма с иудаизмом) Кельзен объясняет и непоследовательности Г. Когена (*Kelsen H. The Pure Theory of Law, «Labandism» and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Trevis // Normativity and Norms. P. 174.*).

¹⁵¹ *Bersier Ladavac N. Hans Kelsen (1881-1973): Biographical note and bibliography // European Journal of International Law. 1998. Vol. 9. № 2. P. 391.*

¹⁵² *Kelsen H. Natural Law Doctrine and Legal Positivism // General Theory of Law and State. P. 445.*

¹⁵³ *Kelsen H. The Pure Theory of Law, «Labandism» and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Trevis // Normativity and Norms. P. 171.*

¹⁵⁴ *Кант И. Прологомены ко всякой будущей метафизике, могущей появиться как наука // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С.87-95; Поннер К. Р. Иммануил Кант — философ Просвещения // Все люди — философы: как я понимаю философию; Иммануил Кант — философ Просвещения. М., 2003. С. 44-52.*

¹⁵⁵ *Кант И. Прологомены ко всякой будущей метафизике, могущей появиться как наука // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С.116-129; Кант И. Критика чистого разума // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 3. С.126-216.*

основывалась на работах Г. Когена¹⁵⁶ и связана, главным образом, с его теорией основной нормы, которая будет рассмотрена нами далее.

В. Одна из важнейших идей Кельзена — о необходимой связи права с принуждением¹⁵⁷ — имеет явное сходство с юридическим учением Канта.

Право определяется Кантом как совокупность условий, при которых произвол одного [лица] совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы.¹⁵⁸ При этом из правомерности сопротивления действиям, препятствующим свободе, совместимой со всеобщим законом, Кант делает вывод о том, что право связано с правомочием принуждать,¹⁵⁹ более того, если речь идёт о праве в строгом смысле слова, право и правомочие принуждать означают одно и то же.¹⁶⁰

Г. В учении Кельзена о субъективном праве, последнее сводится к объективному праву: правомочие сводится к обязанности, а последняя сводится к правовой норме.¹⁶¹ Этой теории частично предшествует представление Канта о понятии дозволения (правомочия) как свободы, не ограниченной противоположным императивом.¹⁶²

Д. Идеи Канта о природе лица (субъекта права) оказали на разработанную Кельзенем специфическую теорию юридического лица как позитивное, так и негативное влияние.

Теория юридического субъекта, разработанная Кельзенем в ранний период развития чистого учения о праве, была основана на понятии вменения. Как отмечает С. Полсон, «вменение... представляет собой приписывание акта юридическому лицу, комплексу правовых норм или, в

¹⁵⁶ Hammer S. A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law? // Normativity and Norms. P. 177-194. См.: Коген Г. Теория опыта Канта. М., 2012. 618 с.; Cohen H. System der Philosophie. Teil 1: Logik der reinen Erkenntnis. Berlin, 1902. 520 s.

¹⁵⁷ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 18-29; Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 442-444.

¹⁵⁸ Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 139.

¹⁵⁹ Кант пишет: «Когда определенное проявление свободы само оказывается препятствием к свободе, сообразной со всеобщими законами (т. е. неправым), тогда направленное против такого применения принуждение как то, что воспрепятствует препятствию для свободы, совместимо со свободой, сообразной со всеобщими законами, т. е. бывает правым; стало быть, по закону противоречия с правом также связано правомочие применять принуждение к тому, кто наносит ущерб этому праву» (Там же. С. 141).

¹⁶⁰ Там же. С. 141-143.

¹⁶¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 169-175.

¹⁶² Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 130.

кельзеновской манере речи, приписывание акта «точке вменения» в правовой системе. Посредством центрального вменения устанавливается правовой характер акта. Вменить, таким образом, значит приписать, а то, чему акт приписывается, является точкой вменения; грубо говоря, точка вменения, подобно традиционному фиктивному юридическому лицу, — это условное обозначение группы правовых отношений».¹⁶³ Эта характеристика теории Кельзена нуждается в принципиальном уточнении в том, что Кельзен конструировал единое понятие правового субъекта, не противопоставляя юридическое и физическое лицо. Теория Кельзена резко отличалась от преобладавшей в юриспруденции девятнадцатого века теории юридического лица, что не позволяет рассматривать её как один из вариантов классической теории фикции.¹⁶⁴ Характерно то, что именно у Канта встречается определение лица (правового субъекта) через понятие вменения: «Лицо — это тот субъект, чьи поступки могут быть ему вменены».¹⁶⁵

Впоследствии терминология Кельзена подверглась корректировке и термин «вменение» стал использоваться для обозначения специфической связи между фактами, которая устанавливается правом, в противоположность причинно-следственной связи.¹⁶⁶

С точки зрения классического чистого учения о праве, такое персонифицирующее понятие, как правовой субъект, не является необходимым для описания правового порядка. Оно есть лишь вспомогательное средство мышления, эвристическое понятие, созданное правовым познанием под влиянием персонифицирующего и создающего антропоморфность юридического языка, для иллюстрации упорядочения используемого фактического материала. Юридическое познание

¹⁶³ Paulson S. L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism // *The Modern Law Review*. V. 59. 1996. № 6. P. 804.

¹⁶⁴ Paulson S. L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism // *The Modern Law Review*. V. 59. 1996. № 6. P. 804-805. – Своё классическое выражение теория фикции получила в работах Ф. К. фон Савиньи: Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права: в 8 т. Т. II. М., 2012. С. 131-210.

¹⁶⁵ Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 132.

¹⁶⁶ Некоторое время Кельзен использовал терминологическое различие «центрального вменения» (приписывание функции лицу) и «периферийного вменения» (нормативная связь фактов), однако позднее признал эту терминологию неудачной, оставив термин «вменение» только для обозначения последнего понятия (Kelsen H. *Pure Theory of Law*. Berkeley, 1967. P. 150).

интересуется не индивидами как таковыми, а действиями (бездействиями), образующими содержания норм.¹⁶⁷ Но направление юридической мысли стремится к идее чего-то, что «имеет» права и обязанности, при этом соотношение прав и обязанностей с их носителем мыслится как отношение субстанции и качества.¹⁶⁸ Эмпирически познаваемые качества интерпретируются как качества объекта (субстанции), и грамматически они представляются как сказуемые (predicates) подлежащего (subject). Как отмечает Кельзен, эта субстанция не является дополнительной сущностью, обозначающее ее грамматическое подлежащее является лишь символом факта того, что качества образуют единство. Это относится как к физическим, так и к юридическим лицам. И то, и другое представляет собой не природную, а юридическую реальность. Различие же между ними заключается в том, за счет чего образуется данное единство. В случае с физическим лицом единство обязанностей и прав (т. е. соответствующих правовых норм) вызвано тем, что содержание этих норм регулирует поведение одного и того же человека. Таким образом, физическое лицо — это не человек, а «олицетворенное единство правовых норм, обязывающих и уполномочивающих одного и того же человека».¹⁶⁹ Отношение человека к физическому лицу такое же, как и отношение человека к юридическому лицу.¹⁷⁰

Отрицание понятие субстанции, лежащее в основе теории правового субъекта Кельзена (сведение субстанции к функции), имеет неокантианское происхождение.¹⁷¹ По мнению Э. Кассирера, на работу которого ссылается

¹⁶⁷ *Чистое учение о праве*. Выпуск 2. С. 37. — «Когда говорится... “Некий индивид – в качестве правового субъекта – соблюдает или нарушает право”, то тем самым в “персонифицирующих” терминах выражается лишь функциональное различие, предусмотренное между двумя основными типами предусмотренного правовым порядком человеческого поведения».

¹⁶⁸ *Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 93. — Эта точка зрения явно выражалась И. Кантом: «Внешний предмет, который по своей субстанции есть чье-то свое, представляет собой собственность (dominium) того, кому неотъемлемо принадлежат все права на эту вещь (как акциденции присущи субстанции), которой собственник (dominus) может распоряжаться по своему усмотрению» (*Кант И. Соч.* В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 184).

¹⁶⁹ *Чистое учение о праве*. Выпуск 2. С. 43.

¹⁷⁰ *Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 96.

¹⁷¹ *Kelsen H. The Pure Theory of Law, «Labandism» and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Trevis // Normativity and Norms*. P. 174.

Кельзен, традиционное философское понятие субстанции своим происхождением обязано особенностям силлогистической логики Аристотеля.¹⁷² Недостатки традиционной логики в свете новых математических открытий выявили слабость и основанной на ней метафизики.¹⁷³

Е. Влияние Канта явным образом прослеживается в международно-правовой теории Кельзена.

В своём трактате «К вечному миру» Кантом был предложен проект учреждения международной федерации, объединяющей все народы мира с целью окончательного прекращения всех войн, и подписания соответствующего мирного договора.¹⁷⁴ Несмотря на то, что значительная часть проекта Канта состоит из довольно абстрактных принципов, весьма далёких от сколько-нибудь реальной международной политики и дипломатии,¹⁷⁵ его основная идея – установление всеобщего мира и юридический запрет войны посредством создания союза государств, оказалась весьма жизнеспособна, более того, была реализована в Уставе Организации Объединённых Наций.¹⁷⁶ Важным этапом развития этой идеи всеобщего мира являются работы Венской школы международного права, в первую очередь, «Мир через право» Г. Кельзена.¹⁷⁷ Данная работа, так же как и трактат Канта, представляет собой проект учреждения международной организации, обеспечивающей мирное разрешение конфликтов. Так же как и

¹⁷² *Аристотель*. Категории // Аристотель. Собр. соч. В 4 т. Т. 2. М., 1973. 2а 11-4б 19; *Кассирер* Э. Познание и действительность. Понятие субстанции и понятие функции. М., 2006. С. 8-15.

¹⁷³ *Кассирер* Э. Познание и действительность. Понятие субстанции и понятие функции. М., 2006. С. 15-35. – С похожей критикой понятия субстанции выступили неопозитивисты в лице Б. Рассела: *Рассел Б.* История западной философии. Новосибирск, 2001. С. 479-483; *Рассел Б.* Человеческое познание: Его сфера и границы. М., 2001. С. 84-97.

¹⁷⁴ *Кант И.* К вечному миру // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 6. С. 259-309.

¹⁷⁵ Кант, например, предлагает включить в договор статью о том, что гражданское устройство в каждом государстве должно быть республиканским и тайную статью о том, государства, вооружившиеся для войны, должны принять во внимание максимы философов об условиях возможности общего мира (Там же. С. 267, 288). Таким образом, едва ли можно согласиться с мнением о реалистичности предложений Канта (*Соловьёв Э. Ю.* Понятие права в кантовском проекте "вечного мира" // <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Reading/Pages/PerformanceSolovjev.aspx>), если, конечно, речь идёт о реалистичности конкретного проекта, а не общей идеи.

¹⁷⁶ О войне как мере принуждения в международном праве см. *Краевский А. А.* Принуждение в международном праве // Философия и современное международное право. 13-14 мая, Санкт-Петербург, Философский факультет СПбГУ. СПб, 2013. С. 66-67.

¹⁷⁷ *Kelsen H.* Peace through Law. Chapell Hill, 1944. 155 p.

Кант, Кельзен отмечает, что создание международной организации – это компромисс в условиях невозможности создания в данный момент мирового федеративного государства.¹⁷⁸ Акцент в проекте Кельзена сделан на учреждении международного суда, который на основании международного права мог бы разрешать все спорные вопросы.¹⁷⁹ Важным элементом проекта является требование установления индивидуальной уголовной ответственности должностных лиц государства-агрессора за начало войны.¹⁸⁰

§ 1.1.2. Философия Э. Гуссерля

Немецкий философ Э. Гуссерль известен как основатель феноменологии. Современные исследователи истории философии определяют феноменологию как исследование структур сознания, происходящее путём взятия «за скобки» объектов за пределами самого сознания так, что появляется возможность проследить и систематически описать содержание сознания в терминах его существенных структур.¹⁸¹ Вместе с тем, едва ли можно говорить о влиянии на чистое учение о праве собственно феноменологического метода и феноменологической программы исследования сознания.¹⁸² Действительно важную роль сыграла философия логики Гуссерля, сформулированная в его двухтомных «Логических исследованиях».¹⁸³

¹⁷⁸ Ibid. P. 9-13; *Кант И.* К вечному миру // Кант И. Собр. соч. В 6 т. Т. 6. С. 273-275. – Необходимо пояснить, что Кант и Кельзен использует термин «федерация» в разном смысле. Кант, как видно из текста его трактата, понимает под ней не государство, а союз суверенных государств, то, что сейчас обозначается термином «конфедерация». Кельзен же использует термин «федерация» в том смысле, который закрепился за ним в государствоведении — государственный союз, который образуют несuverенные государства.

¹⁷⁹ *Kelsen H.* Peace through Law. P. 13-49. – Как отмечает Й. фон Бернсторфф, Кельзен был весьма разочарован ограниченностью юрисдикции международного суда ООН (*Bernstorff J., von.* The Public international Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law. Cambridge, 2010. P. 225-228).

¹⁸⁰ Ibid. P. 71-126.

¹⁸¹ *Wrathall M. A., Dreyfus H. L.* A Brief Introduction to Phenomenology and Existentialism // A Companion to Phenomenology and Existentialism. Oxford, 2006. P. 2.

¹⁸² Стоит отметить, что аргентинский правовед К. Коссио, а также ряд других латиноамериканских философов права, при построении собственной «эгологической» теории права стремился соединить чистое учение о праве с феноменологической философией сознания. Его попытка представить чистое учение о праве как часть (саму по себе не полноценную) эгологической теории спровоцировала резкую критику Кельзена (См.: *Кунц Д. Л.* Введение в Латиноамериканскую философию права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 387-401; *Duxbury N.* Carlos Cossio and Egological Legal Philosophy // Ratio Juris. V. 3. № 2. 1989. P. 274-282).

¹⁸³ *Гуссерль Э.* Логические исследования. Т. I: Прологомены к чистой логике. М., 2011. 253 с.;

Первый том «Логических исследований», озаглавленный «Прологомены к чистой логике», содержит критику психологических тенденций в логике, доминировавших в XIX веке. Психологи рассматривали логику как раздел психологии и связывали логические исследования в том числе с исследованием реальных мыслительных процессов.¹⁸⁴ Первоначально сам Гуссерль придерживался психологических позиций, однако его точка зрения изменилась после критики, которой подверг его работу по философии арифметики немецкий логик Г. Фреге.¹⁸⁵ Антипсихологизм Гуссерля получил широкую известность и признание не только среди сторонников феноменологии, но и среди сторонников других философских направлений, прежде всего аналитической философии.¹⁸⁶

А. Несложно увидеть, что идея «чистоты» чистого учения о праве перекликается с логическим антипсихологизмом. Так же как Гуссерль стремится «очистить» логику от психологии и метафизики и продемонстрировать, что первая не является нормативной наукой,¹⁸⁷ Кельзен пытается очистить правоведение от идеологии, а также от иных чуждых ему элементов — психологии, социологии, этики и политической теории.¹⁸⁸ Оба мыслителя делают акцент на недопустимости методологического синкретизма и смешения разнородных дисциплин.¹⁸⁹ Сам Кельзен прямо

Гуссерль Э. Логические исследования. Т. II. Ч. 1: Исследования по феноменологии и теории познания. М., 2011. 565 с.

¹⁸⁴ Бирюков Б. В. Готтлоб Фреге: современный взгляд // Фреге. Г. Логика и логическая семантика: Сборник трудов. М., 2000. С. 29-32.

¹⁸⁵ Там же. С. 30; Куренной В. А. Феноменология Эдмунда Гуссерля // Гуссерль Э. Избранные работы. М., 2005. С. 15-16.

¹⁸⁶ Куренной В. А. «Прологомены к чистой логике» Э. Гуссерля и спор о психологизме // Гуссерль Э. Логические исследования. Т. I: Прологомены к чистой логике. М., 2011. С. 225-241; Kraft J. Review: Philosophical Essays in Memory of Edmund Husserl / ed. by Marvin Farber // The Philosophical Review. V. 51. № 2. 1942. P. 225.

¹⁸⁷ Гуссерль Э. Логические исследования. Т. I. С. 26-27, 141-142, 199-221. — Помимо «чистой логики» у Гуссерля также встречаются такие выражения как «чистая математика», «чистые категории значения», «чистые предметные категории», «чистое учение о количестве», «чистое учение о многообразии», «чистое учение о вероятности» и «чистая теория опытного познания» (Там же. С. 150, 210-221).

¹⁸⁸ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 7-8. Самому Кельзену, однако, не удалось избежать обвинений в идеологической направленности его теории (см. напр.: Туманов В. А. Избранное. С. 168-198.).

¹⁸⁹ Когда Кельзен пишет: «И если чистое учение о праве желает отграничить познание права от смежных дисциплин, то вовсе не потому, что оно не замечает или даже отрицает эту связь, но потому, что оно хочет избежать методологического синкретизма, который затемняет сущность правоведения и смазывает границы, предназначенные ему природой его предмета» (Там же. С. 8), складывается впечатление, что он переносит на правоведение слова Гуссерля о логике: "Неизмеримо опаснее другое несовершенство в

указывает, что «уже в «Основных проблемах государственно-правовой науки» оппозиция между чистым учением о праве и психолого-социологическими спекуляциями проходит параллельно общей оппозиции между психологизмом и логицизмом, в классических терминах выраженной в «Логических исследованиях» Эдмунда Гуссерля».¹⁹⁰

Б. Учение Кельзена о статической и динамической нормативных системах, по всей видимости, сформировалось под влиянием учения Гуссерля о нормативной системе. Гуссерль пишет: «Совокупность этих норм, очевидно, образует определяемую фундаментальным ценностным положением дел замкнутую в себе группу. Нормативное положение, которое выставляет по отношению к объектам сферы общее требование, чтобы они в возможно большей степени соответствовали конститутивным признакам положительных ценностных предикатов, занимает в каждой группе сопряженных норм особое положение и может быть названо *фундаментальной нормой*».¹⁹¹ Такую роль играет, например, категорический императив в группе нормативных положений, составляющих этику Канта; таков же принцип «возможно большего счастья возможно большего числа людей» в этике утилитаристов. Фундаментальная норма есть коррелят определения «хорошего» или «лучшего» в соответственном смысле; она указывает, согласно какой *основной мере (основной ценности)* должно происходить нормирование. Она, таким образом, не представляет в собственном смысле слова нормативного положения. Отношение основной нормы к собственно нормирующим положениям аналогично отношению между так называемыми дефинициями числового ряда и постоянно с ними

отграничении области, а именно их *смещение* - соединение разнородного в одно мнимое целое, в особенности если оно исходит из совершенно ложного истолкования объектов, исследование которых является основной целью предполагаемой науки. Подобная незамеченная μεταβασις εἰς ἄλλο γένος (переход в другой род) может повлечь за собой самые вредные последствия: установление неподходящих целей, употребление принципиально неверных методов, не соответствующих действительным объектам науки, смещение логических отделов, в результате которого подлинно основные положения и теории вплетаются, часто в странной и замаскированной форме, в совершенно чуждые им ряды мыслей в качестве мнимо второстепенных моментов или побочных следствий, и т. п." (Гуссерль Э. Логические исследования. Т. I. С. 26).

¹⁹⁰ Kelsen H. "Foreword" to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law // Normativity and Norms*. P. 8.

¹⁹¹ В оригинальном переводе Э. А. Бернштейн под редакцией С. Л. Франка — «основной нормой».

сообразующимися теоремами о числовых отношениях в арифметике. И здесь фундаментальную норму можно было бы обозначить, как «дефиницию» понятия, которое служит мерой хорошего, например, хорошего в нравственном смысле; хотя обычное логическое понятие определения было бы этим нарушено».¹⁹² Нормативная система, описанная в приведённой цитате из книги Гуссерля соответствует статической нормативной системе, указанной Кельзеном в качестве одного из двух возможных принципов построения нормативной системы (нормативная система как система норм, содержание которых дедуктивно выводится из некоторой основной нормы).¹⁹³ Второй возможный принцип, отсутствующий у Гуссерля, — динамический, в соответствии с которым основная норма уполномочивает некоторую инстанцию на издание норм, не определяя заранее их содержание.¹⁹⁴

§ 1.1.3. Неопозитивизм¹⁹⁵

Если влияния феноменологии при анализе философских источников чистого учения о праве обычно недооценивают, то значение неопозитивизма, наоборот, часто переоценивают.

В полной мере о появлении чистого учения о праве можно говорить, начиная с 1911 года, когда была опубликована первая крупная работа Кельзена – «Основные проблемы учения о государственном праве».¹⁹⁶ В то же время начиная с 1907 года начало формироваться объединение философов

¹⁹² Гуссерль Э. Логические исследования. Т. I. С. 55.

¹⁹³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 2. С. 70-71.

¹⁹⁴ Там же. С. 71-73.

¹⁹⁵ Неопозитивизм представляет собой одну из школ аналитической философии. Вопрос о влиянии аналитической философии на чистое учение о праве рассматривался нами в отдельной статье (Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 790-811.). Один из выводов, к которым мы пришли, состоит в том, что невозможно говорить о непосредственном влиянии аналитической философии на теорию Кельзена (Там же. С. 796).

¹⁹⁶ Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen, 1911.

и ученых, вошедшее в историю философии как Венский кружок.¹⁹⁷ Формирование завершилось лишь в 1924 году, когда начались регулярные вечерние встречи М. Шлика, его коллег и учеников.¹⁹⁸ Наиболее известные члены Венского кружка — М. Шлик, Р. Карнап, Ф. Вайсман, Г. Фейгль, О. Нейрат, К. Гёдель.¹⁹⁹ Г. Кельзен никогда не входил в Венский кружок, хотя и общался с некоторыми его членами — М. Шликом, О. Нейратом, Ф. Франком и В. Крафтом.²⁰⁰

С первого взгляда можно увидеть близость некоторых идей Кельзена к философии логического позитивизма. В первую очередь, это яростное отрицание метафизики, стремление ясно разграничить науку и метафизику, исключить элементы последней из первой. При этом различие в понимании метафизики между неопозитивистами и Кельзеном выходило за пределы различий между юриспруденцией и естественными науками. Неопозитивисты (по крайней мере, изначально) разделяли все возможные суждения на осмысленные и бессмысленные. С этой точки зрения, осмысленными следует считать суждения двух видов. Во-первых, это аналитические суждения, истинность которых содержится в них самих. Например: «апельсин это фрукт или не фрукт».²⁰¹ Аналитическими являются все утверждения логики и математики. Во-вторых, это те синтетические суждения, которые могут быть верифицированы (подтверждены чувственным опытом).²⁰² Все прочие суждения рассматриваются как бессмысленные.²⁰³ Это относится к дескриптивным суждениям. Однако относительно ценностных и нормативных суждений мнения разошлись.

¹⁹⁷ Не все исследователи относят логический позитивизм Венского кружка к аналитической философии. Однако нам представляется, что проблематика и идеи логического позитивизма полностью вписываются в органическое развитие аналитической философии.

¹⁹⁸ Назарова О. А. «От второго позитивизма к третьему...» // Крафт В. Венский кружок. Возникновение неопозитивизма / пер. с англ. А. Никифорова. М., 2003. С. 7–12.

¹⁹⁹ Наиболее известные логические позитивисты, не входившие в Венский кружок — Л. Витгенштейн, Г. Рейхенбах, К. Гемпель, А. Айер.

²⁰⁰ Jabloner C. Kelsen and his Circle: The Viennese Years // European Journal of International Law. 1998. Vol. 9. № 2. Р. 378.

²⁰¹ Различие между аналитическими и синтетическими суждениями было введено Г. Лейбницем и в дальнейшем развито И. Кантом.

²⁰² Синтетическими, соответственно, являются те суждения, которые не содержат в себе собственную истинность.

²⁰³ См., напр.: Крафт В. Венский кружок. С. 142–144.

Карнап считал их бессмысленными, поскольку они не могут быть верифицированы.²⁰⁴ Шлик и Крафт полагали, что они представляют собой обозначения определенных способов поведения,²⁰⁵ а в сущности – определенных фактов.²⁰⁶ Обе позиции были неприемлемы для Кельзена²⁰⁷ и критиковались им также, как и позиция английского последователя идей Венского кружка А. Айера, полагавшего, что этика сводится к психологии и социологии.²⁰⁸ По мнению Кельзена, нормы нельзя рассматривать как бытийные факты, но лишь как смысловые образования. По его мнению, подобные ошибки возникают из-за смешения нормоустанавливающего акта и нормы как смысла этого акта. Здесь наиболее ярко проявляется близость целей и различие в средствах, используемых логическими позитивистами и Кельзенем: «Попытка логического позитивизма представить этику как эмпирическую науку о фактах явно объясняется вполне законным желанием удалить ее из области метафизической спекуляции. Но это желание вполне удовлетворяется, если нормы, составляющие предмет этики, познаются как смысл эмпирических действий, совершенных людьми в реальном мире, а не как повеление трансцендентных существ».²⁰⁹

Упомянутая позиция логических позитивистов во многом была связана с идеей унификации науки, создания единого научного языка. В качестве такого языка неопозитивисты рассматривали язык физики или, точнее, «вещный язык». Эта концепция получила название «физикализм». На этом едином языке науки должны быть выражены все понятия иных наук (биологии, социологии, психологии и т. д.).²¹⁰ Это также не соответствовало некоторым положениям чистого учения о праве. В первую очередь, это потребовало бы отказа от наиболее важного исходного понятия теории

²⁰⁴ Там же. С. 194–195.

²⁰⁵ Там же. С. 195–196; Schlick M. Problems of Ethics. New York, 1939. P. 14-15.

²⁰⁶ Они не отрицали возможность существования этики как науки, но, полагали, что это может быть только наука о фактах (Ibid. P. 14–22).

²⁰⁷ Jabloner C. Kelsen and his Circle. P. 378.

²⁰⁸ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 82–83; Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. S. 327–328. – О позиции А. Айера см.: Никоненко С. В. Аналитическая философия. С. 137–138.

²⁰⁹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 83.

²¹⁰ Крафт В. Венский кружок. С. 177–179.

Кельзена — понятия долженствования, а, следовательно, и от разделения наук на нормативные и каузальные. Названное разделение Кельзен считал очень важным и рассматривал как отражение самого разделения природы и общества.²¹¹ Тем не менее, саму причинность Кельзен понимает вполне в духе неопозитивизма, более того, на формирование его взглядов в этом отношении оказали непосредственное влияние работы Ф. Франка и Г. Рейхенбаха.²¹² Это отразилось в первую очередь в работах, посвященных происхождению идеи причинности из идеи воздаяния.²¹³

Таким образом, в силу наличия принципиальных разногласий между чистым учением о праве и логическим позитивизмом, а также хронологически более позднего появления последнего, можно сделать вывод об отсутствии какого-либо существенного влияния этого философского течения на теорию Кельзена.²¹⁴

§ 1.2. Источники в правоведении

§ 1.2.1. Немецкое государствоведение

Если рассматривать идеи Кельзена в контексте внутренних тенденций развития юридической науки, то их следует рассматривать как очередной шаг в поступательном развитии юридического (или формального) направления немецкого государствоведения.

²¹¹ Там же. С. 105–106.

²¹² Jabloner C. Kelsen and his Circle. P. 378.

²¹³ См., напр.: Kelsen H. Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip. The Journal of Unified Science (Erkenntnis), 1939. В. 8. S. 69-130. – Данная статья была опубликована в журнале, издаваемом Р. Карнапом и Г. Рейхенбахом.

²¹⁴ В качестве примера философско-правового направления, испытавшего влияние логического позитивизма, можно назвать Скандинавскую школу правового реализма. Данное философско-правовое направление основано А. Хагерстрёмом, к числу его видных представителей относят также К. Оливекрона, А. В. Лундштедт и А. Росс (Hart H.L.A. Scandinavian Realism // Essays in Jurisprudence and Philosophy. New York, 2001. P. 161). Скандинавские реалисты критиковали чистое учение о праве (в первую очередь речь идёт о ранних работах Кельзена) именно с неопозитивистских позиций, полагая, что право должно пониматься как определенного рода социопсихический факт, а представление об автономном существовании «мира должного» представляет собой современное продолжение схоластической метафизики (см., напр.: Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. Uppsala, 1953. P. 257–298; Оливекрона К. Право как факт / пер. с англ. Е. Ю. Таранченко // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб., 2009. С. 669-752; Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 458-473).

В основе европейской юридической традиции, возникшей в период XI-XIII веков, лежало римское частное право.²¹⁵ Юридическая догматика была догматикой частного права, в то время как публичное право не было отделено от политики и науки о государственном управлении (камералистики), к нему не был применён юридический метод. Положение дел принципиально изменилось лишь в середине XIX века, когда благодаря работам немецкого юриста К. Ф. фон Гербера (1823-1891) к публичному праву были применены методы юриспруденции понятий, ранее применявшиеся лишь в частном праве.²¹⁶ Именно Гербер считается основателем юридической школы государственоведения, сыгравшей ведущую роль в формировании современной догматики публичного права. Другими важнейшими представителями этой школы считаются немецкие юристы П. Лабанд (1838-1918) и Г. Еллинек (1851-1911). Важнейшими результатами их работы являются юридические конструкции государства, государственного органа, субъективного публичного права, конституции и государственного суверенитета. Юридическая школа государственоведения стремилась отделить юридические вопросы от вопросов социальных и политических, хотя и не оставляла без рассмотрения последние. В отличие от своих предшественников, Г. Еллинек не только анализировал и догматически обрабатывал позитивное государственное право, но и пытался сформулировать основы методологии государственно-правового

²¹⁵ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 93-164. – Конечно, римское право было не единственным источником европейской юридической традиции – её важными элементами были также каноническое право и схоластическая философия (Там же. С. 61-245).

²¹⁶ Алексеев Н. Н. Очерки по общей теории государства. Основные предпосылки и гипотезы государственной науки. М., 1919. С. 8-9; Кистяковский Б. А. Социальные науки и право: Очерк по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 442-443; Koriath S. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany: Introduction // Weimar: a jurisprudence of crisis. Berkeley, 2000. P. 42; Paulson S. L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism // The Modern Law Review. V. 59. 1996. № 6. P. 799-800.

Приведённая выше трактовка истории юридического метода в государственоведении является преобладающей (её разделял и Г. Кельзен), однако некоторые авторы считают её упрощённой и искажающей историю публично-правовой догматики, как немецкой, так и европейской вообще. Так, Ф. В. Тарановский, вслед за О. Мейером, полагал, что немецкое публичное право и его догматика обязаны своим появлением деятельности Имперского камерального суда Священной Римской империи германской нации (Рейхскамергерихта) (Тарановский Ф. В. Юридический метод в государственной науке. Очерк развития его в Германии). Варшава, 1904. С. 1-37.). Вместе с тем, и указанный автор признаёт, что именно Герберу принадлежит заслуга создания основных конструкций современной публично-правовой догматики (Там же. С. 292).

исследования. Результатом его работы стала дуалистическая теория государства, в соответствии с которой государство обладает двумя сторонами – нормативной и социальной, соответствующими кантианскому дуализму бытия и долженствования.²¹⁷

Первые работы Кельзена, посвящённые теории государства были направлены на критику юридических конструкций и метода его предшественников,²¹⁸ однако предметом этой критики (помимо недостатков отдельных конструкций) было не преувеличение значимости юридических конструкций для отношений власти и подчинения (типичный упрёк противников школы), а недостаточная последовательность в проведении юридического метода. По мнению Кельзена, работы П. Лабанда имеют идеологическую направленность на легитимацию монархического принципа,²¹⁹ в то время как Еллинек наряду с нормативным учением о государстве выделял ещё и социальное (фактическое) учение, полагая государство принципиально метаюридическим явлением.²²⁰ Таким образом, критические замечания Кельзена должны пониматься именно как стремление довести до конца дело очищения юридического метода, начатое, но далеко не завершённое его предшественниками-государствоведами.²²¹

§ 1.2.2. Р. фон Иеринг

Вторым важнейшим источником чистого учения о праве в правоведении следует назвать учение немецкого правоведа Р. фон Иеринга (1818-1892). Ранние работы Иеринга написаны под значительным влиянием Исторической школы права, однако позднее он выступил с резкой критикой данного

²¹⁷ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 55-56, 185-193.

²¹⁸ Voegelin E. Kelsen's Pure Theory of Law // Political Science Quarterly. V. 42. 1927. № 2. P. 269.

²¹⁹ Kelsen H. The Pure Theory of Law, «Labandism» and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Trevis // Normativity and Norms. P. 170-171.

²²⁰ Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 97.

²²¹ Kelsen H. The Pure Theory of Law, «Labandism» and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Trevis // Normativity and Norms. P. 170; Voegelin E. Kelsen's Pure Theory of Law // Political Science Quarterly. V. 42. 1927. № 2. P. 269.

научного направления.²²² В то время как Историческая школа рассматривала право как нечто существующее само по себе и органично развивающееся, твёрдым ядром исследовательской программы самого Иеринга стали следующие представления о праве: 1) право есть средство для достижения разных общественно значимых целей, средстве защиты частных и публичных интересов («право не служит само себе целью, а лишь средством достижения цели»),²²³ 2) становление права происходит в результате борьбы общественных сил («право в своём историческом движении представляет нашему взору картину искания, усилий, борьбы, короче говоря – тяжкого напряжения»).²²⁴

Ссылки на Иеринга в работах Кельзена носят довольно специальный характер (вопрос о понятии субъективного права, критика Исторической школы) и встречаются нечасто. Исключение здесь составляет одна из наиболее ранних статей Кельзена, посвящённая изданию сборника писем Р. фон Иеринга,²²⁵ в которой он отзывается о Иеринге как о выдающемся правоведе, однако, к сожалению, не высказывает своего собственного отношения к его идеям.

Не вызывает сомнений то, что оба центральных элемента твёрдого ядра философско-правовой программы Иеринга разделялись Кельзенем. Представление о праве как о средстве для достижения целей подробно развито Кельзенем в статье «Право как специфическая социальная техника».²²⁶ Представление о действующем праве, как результате борьбы

²²² Козлихин И. Ю. Рудольф фон Иеринг // Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. 1. СПб., 2006. С. 7-11; Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. С. 112-124.

²²³ Иеринг Р., фон. Цель в праве // Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. 1. СПб., 2006. С. 349. – Праву как средству для достижения общественных целей посвящена книга Иеринга «Цель в праве» (Иеринг Р., фон. Цель в праве // Избранные труды. Т. 1. СПб., 2006. С. 87-436).

²²⁴ Иеринг Р., фон. Борьба за право // Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. 1. С. 13-86. – Представление о праве как результате общественной борьбы раскрывается в книгах «Дух римского права» (частичный русский перевод – Иеринг Р., фон. Дух римского права // Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. 2. СПб., 2006. С. 21-316) и «Борьба за право» (Иеринг Р., фон. Борьба за право // Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. 1. С. 13-86). Обе основные идеи последовательно проводятся Иерингом в исследованиях, посвящённых более специальным проблемам (см. напр.: Иеринг Р., фон. Теория владения. СПб., 1895. 47 с.).

²²⁵ Kelsen H. Rudolf von Ihering in Briefen. Neue Freie Presse (Wien). № 17423, 23. Februar 1913. S. 32-35.

²²⁶ Kelsen H. The Law as a Specific Social Technique // The University of Chicago Law Review. V. 9. 1941. № 1. P. 75-97. – Вместе с тем, Кельзен отнюдь не был сторонником восходящей к Иерингу

общественных сил, имеющих разнонаправленные интересы, неоднократно воспроизводится им в связи с вопросом о понятии права.²²⁷ Так, в работе «Естественно-правовая доктрина и юридический позитивизм», Кельзен отмечает: «Каждый правовой порядок, имеющий степень действительности, достаточную для того, чтобы он стал позитивным, в большей или меньшей степени представляет собой компромисс между конфликтующими заинтересованными группами, в их борьбе за власть, в их антагонистических тенденциях в определении содержания социального порядка... Результат этой борьбы определяет временное содержание правового порядка».²²⁸

Необходимо отметить также влияние идей Иеринга (наряду с упоминавшимся выше юридически учением Канта) в рассуждениях Кельзена о роли принуждения в праве. Так же, как и Иеринг,²²⁹ Кельзен считал принуждение существенным признаком права.²³⁰ Кроме того, доктрина Кельзена о первичных и вторичных нормах, в соответствии с которой каждая норма в первую очередь адресована органу, осуществляющему принуждение (первичная норма), а уже во вторую – может быть адресована субъекту, поведение которого составляет условие применения нормы (вторичная норма),²³¹ находит своего предшественника в теории Иеринга о том, что

телеологической юриспруденции. Кельзен полагал, что её представители смешивают понятия нормы и цели (*Kelsen H. General Theory of Norms. P. 16-18*).

Как отмечает В. Эбенштейн, «отвергая иеринговское разделение цели и содержания, [чистое учение о праве] поддерживает разделение формы и содержания, цель и средств, как более характерного для правоведения. Содержание соответствует цели, а форма – средствам» (*Ebenstein W. The Pure Theory of Law. P. 55-56*).

²²⁷ См. также: Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. №. 2. 2009. С. 436: «Справедливость — это иррациональный идеал. Обычное утверждение, согласно которому такая вещь, как справедливость, существует, но ее нельзя ясно определить, содержит в себе противоречие. Как бы ни необходима она могла быть для воления и действия людей, она не является предметом познания. С точки зрения рационального познания, есть только интересы и, следовательно, конфликты интересов. Они могут быть разрешены как таким порядком, который удовлетворяет один интерес за счет другого, так и таким, который пытается установить компромисс между двумя [интересами]. То, что только один из этих порядков «справедлив», не может быть установлено рациональным познанием. Такое познание может охватить только позитивный порядок, доказанный объективно фиксируемыми фактами. Этим порядком является позитивное право» (*Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 17; Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 13-14, 185*).

²²⁸ *Kelsen H. Natural Law Doctrine and Legal Positivism // General Theory of Law and State. P. 438-439.*

²²⁹ *Иеринг Р, фон. Цель в праве. С. 291-292.*

²³⁰ *Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 18-29; Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. №. 2. 2009. С. 442-444.*

²³¹ *Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 60-61.*

всякая норма адресована государственному органу, но может быть адресована также и частному лицу.²³²

§ 2. Школа чистого учения о праве: общая характеристика идей

В 1911 году Ганс Кельзен защитил свою пространную габилюционную диссертацию «Основные проблемы государственно-правовой науки»,²³³ что дало ему право на преподавание в Венском университете. В скором времени в Вене²³⁴ вокруг него сформировалась группа коллег и студентов, близких к нему по философско-правовым взглядам.²³⁵ Самому Кельзену хотелось видеть свою научную школу ассоциацией, в которой каждый пытался научиться у другого, не прекращая движения по своему пути.²³⁶

В кружок Кельзена входили: коллеги Кельзена – А. Меркль, А. Фердросс, а также студенты – Ф. Шрайер, Ф. Зандер, Ф. Кауфман, Э. Фёгелин, В. Эбенштейн, Й. Кунц, А. Росс.

В дальнейшем непосредственными продолжателями школы чистого учения о праве стали ученики А. Меркля, среди которых в первую очередь необходимо отметить Р. Вальтера,²³⁷ впоследствии – директора Института Ганса Кельзена, основанного Правительством Австрии в 1971 году и

²³² *Иеринг Р. фон.* Цель в праве. С. 302.

²³³ *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1911. XXVII, 709 S.

²³⁴ Необходимо отметить, что по своим взглядам к Венской школе Г. Кельзена была близка Брновская философско-правовая школа Ф. Вейра, которая иногда (главным образом в работах О. Вайнбергера) даже именуется Брновской школой чистого учения о праве, что едва ли можно назвать вполне корректным (*Krošlak D.* Vaclav Chytil and his conception of guilt and punishment // <http://ssrn.com/abstract=1159450>. P. 1; *Vojáček L.* Brněnská novokantovská právní škola // *Dny práva*. 1. vyd. Brno: MU, 2008. S. 542-546.). Вместе с тем, и авторы, использующие указанное наименование, признают методологические различия между Венской и Брновской научными школами (см., напр.: *Weinberger O.* Reine Rechtslehre: pro und contra (Bilanz aus Anlaß eines Doppel jubiläums) // *Memoria del X. Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. VI, Symposia II, México 1982, S. 23-37).

²³⁵ *Jablonec C.* Kelsen and his Circle: The Viennese Years // *European Journal of International Law*. 1998. Vol. 9. № 2. P. 376.

²³⁶ *Kelsen H.* Introduction to the problems of legal theory. P. 1.

²³⁷ Robert Walter // http://de.wikipedia.org/wiki/Robert_Walter_%28Jurist%29; Robert Walter // http://www.hans-kelsen.org/hki_walter.html.

ставшего важнейшим международным центром исследований наследия Г. Кельзена и школы чистого учения о праве.²³⁸

На протяжении 1910-х – 1920-х годов чистое учение о праве довольно интенсивно развивалось и обогащалась новыми доктринами. Это процесс замедлился в 1930-х годах в связи с отъездом Г. Кельзена из Австрии в 1930 г., прихода нацистов к власти в Германии в 1933 г. и присоединения Австрии к нацистской Германии в 1938 г., распространившим на территорию первой ограничения академической свободы и спровоцировавшим эмиграцию многих членов кружка. После окончания Второй Мировой войны в силу различных причин чистое учение о праве развивалось в основном в работах Ганса Кельзена. С одной стороны это способствовало дальнейшей систематизации, но, с другой стороны, снизило темпы его развития.

Периодизация развития чистого учения о праве является предметом научных дискуссий.²³⁹ По мнению немецкого правоведа К. Хайдемана, в развитии чистого учения о праве можно выделить следующие периоды.

1. Конструктивистский период (1911-1915). – Конструирование ряда важных теоретико-правовых понятий. Переходный период (1916-1922) характеризуется постепенным движением в сторону трансцендентального обоснования юридической науки.

2. Трансцендентальный период (1923-1934), отсчитываемый от второго издания «Основных проблем государственно-правовой науки», в предисловии к которому Кельзенем подведены итоги десятилетнего развития чистого учения о праве и сформулирована его исследовательская программа. Основная тенденция периода – трансцендентальное кантианское (неокантианское) обоснование правовых понятий. Данный период завершает публикация первого издания «Чистого учения о праве» (1934).

²³⁸ Das Institut // <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/institut.php>.

²³⁹ Heidemann C. Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens. Baden-Baden: Nomos, 1997. 368 p; Paulson S. L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization // Oxford Journal of Legal Studies. 1998. V. 18. P. 153-166; Heidemann C. Norms, Facts and Judgments. A Reply to S. L. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. 1999. V. 19. P. 345-350; Paulson S. L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory // Oxford Journal of Legal Studies. 1999. V. 19. P. 351-364.

3. Реалистический период (1935-1962) завершается после публикации второго издания «Чистого учения о праве» (1960) и характеризуется неявным переходом Кельзена от кантианской к реалистической философской позиции.

4. Аналитико-лингвистический период (после 1962 года) представляет собой радикальный разрыв с кантианством, которое заменяет аналитическая философия. Важнейшая работа этого периода – незавершённая автором «Общая теория норм».

По мнению американского исследователя чистого учения о праве С. Полсона, данная периодизация нуждается в уточнении. Он выделяет следующие периоды:

- 1) конструктивистский период (1911-1922) (характеристика конструктивистского периода у Полсона в целом совпадает с представлением Хайдемана, отличие же в том, что переходный период отсчитывается им с 1913 года);²⁴⁰
- 2) классический период (1922-1960), подразделяющийся на неокантианскую (1922-1935) и гибридную фазы (1935-1960);
- 3) скептический период (после 1960 года).

Таким образом, основное разногласие состоит в том, что Полсон считает разницу между выделяемыми Хайдеманом трансцендентальным и реалистическим периодами относительной. Данная трактовка представляется более корректной по двум причинам.

Во-первых, все основные положения чистого учения о праве (см. ниже) были так или иначе сформулированы уже к 1922 году. Исключение здесь составляет теория толкования, сформулированная в явном виде в 1934 году в статье «О теории интерпретации»²⁴¹ и в первом издании «Чистого учения о праве».²⁴² Вместе с тем, сама по себе эта концепция находится на периферии чистого учения о праве: проблематика толкования никогда не была

²⁴⁰ Данному периоду развития чистого учения о праве С. Полсон посвятил отдельное исследование: Полсон С. Ранняя теория права Ганса Кельзена: критический конструктивизм / пер. с англ. А. А. Краевского // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. СПб., 2012. С. 511-530.

²⁴¹ Kelsen H. Zur Theorie der Interpretation // Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. Offizielles Organ des "Institut international de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique". 1934. 8 Jahrgang. S. 9-17.

²⁴² Kelsen H. Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Wien, 1934.

первостепенной для Кельзена и его единомышленников²⁴³ и является не столько автономной теорией, сколько следствием теории ступенчатой структуры правопорядка А. Меркля, впервые изложенной в 1918 году.²⁴⁴

Во-вторых, отказ от неокантианского обоснования происходил постепенно, так что даже во втором издании «Чистого учения о праве» Кельзен использует теорию Канта для обоснования некоторых теорий, в первую очередь разделения бытия и долженствования и гипотезы основной нормы.²⁴⁵

Исследователи чистого учения о праве расходятся в том, на какие основные положения подразделяется чистое учение о праве.

Кристоф Клетцер выделяет следующие семь доктрин:

1) доктрина полной правовой нормы или нормы в динамическом смысле: только та норма, которая включает все условия правомерности акта принуждения, является полной в строгом смысле;²⁴⁶

2) доктрина схемы интерпретации: правовая функция правовой нормы заключается в том, что она служит схемой интерпретации;²⁴⁷

3) доктрина уполномочивания: право определяет собственное создание;²⁴⁸

4) доктрина «двухглавости» правового акта: каждый не-крайний правовой акт, то есть такой акт, который не является актом принуждения, либо первой конституцией, одновременно представляет собой применение данного позитивного права и создание нового позитивного права;²⁴⁹

²⁴³ Paulson S. L. Kelsen on legal interpretation // Legal Studies. 1990. № 10. P. 136.

²⁴⁴ Kelsen H. «Foreword» to Main Problems in the Theory of Public Law // Normativity and Norms. P. 13.

²⁴⁵ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 19-26, 63-71; Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 2. С. 77-82.

²⁴⁶ Kletzer C. The Mutual Inclusion of Law and its Science: Reflections on Hans Kelsen's Legal Positivism. P. 12.

²⁴⁷ Ibid. P. 26.

²⁴⁸ Ibid. P. 31.

²⁴⁹ Ibid. P. 33.

5) доктрина ступенчатой структуры: правовой материал иерархически структурирован и положение правовой сущности в этой структуре vis-à-vis другой правовой сущности определяется дерогационной силой,²⁵⁰

6) доктрина исчисления ошибок: в рамках права нет абсолютной ничтожности, и право не может определить собственные границы,²⁵¹

7) доктрина основной нормы: отказ в принятии какого-либо порядка над правовым порядком может быть выражен только в предполагаемой норме.²⁵²

От этого списка существенно отличается перечень идей чистого учения о праве, выделяемых К. Яблонером.

1. Основной задачей чистого учения о праве является описание права как специфического социального метода контроля человеческого поведения посредством принуждения.

2. Чистое учение о праве – теория о нормах; оно рассматривает свой предмет, позитивное право, как порядок долженствования. Правовая система рассматривается скорее как структура правовых норм, а не социальных фактов. Только такая нормативная интерпретация адекватна внутреннему смыслу права, его претензии на действительность.

3. Чистое учение о праве – это позитивистская теория: правовые нормы определяются как смыслы человеческих актов воли. Соответственно, основной задачей юридической доктрины является максимально точное выяснение воли законодателя.

4. Чистое учение о праве основано на разделении бытия и долженствования: его фундаментом является эпистемологический дуализм фактов и ценностей, суждений и норм, познания и воли. В этом смысле чистое учение о праве отвергает все правовые теории, основанные на выведении действительности права из его действительности. Конечным основанием объективной действительности права является основная норма.

²⁵⁰ Ibid. P. 41.

²⁵¹ Ibid. P. 44.

²⁵² Ibid. P. 63.

5. Чистое учение о праве чётко различает правоведение и правовую политику.

6. Чистое учение о праве различает правоведение и позитивное право, прескриптивные правовые нормы и дескриптивные нормативные высказывания.

7. Различие между правотворчеством и правоприменением носит относительный характер.²⁵³

Оба перечня представляются неудовлетворительными для целей нашего исследования. Перечень Клетцера основан на его специфической реконструкции теории Кельзена, точнее, отдельных наиболее оригинальных идей данной теории и не охватывает чистое учение о праве в целом. Перечень Яблонера описывает основные методологические принципы чистого учения о праве, однако почти ничего не говорит о выводах, полученных при применении этого метода.

Представляется, что структура чистого учения о праве наиболее адекватно отражена в структуре работ Кельзена, систематически его излагающих: обоих изданиях «Чистого учения о праве» и «Общей теории права и государства». Основываясь на ней, мы в дальнейшем будем исходить из следующего перечня доктрин.

1. Понятие права: его функция, соотношение с моралью, соотношение с государством и значение принуждения. Основная идея: право представляет собой принудительный порядок человеческого поведения.

2. Общая теория норм. Основная идея – норма представляет собой идеальный объект, смысл акта воли.

3. Теория чистоты юридической науки. Основная идея: чистое учение о праве занимается одним только правом и «очищает» познаваемый предмет от всего, что не есть право в строгом смысле.

²⁵³ Jabloner C. Kelsen and his Circle. P. 371-372.

4. Теория юридической статики: правонарушение, субъективное право, обязанность, субъекта права. Основная идея: право в субъективном смысле сводится к праву в объективном смысле.

5. Теория юридической динамики: основная норма и действительность права. Основная идея: конечным основанием действительности правового порядка является основная норма – норма, уполномочивающая создателей первой конституции после последней революции.

6. Теория ступенчатой структуры правопорядка. Основная идея: право представляет собой ступенчатую структуру, в которой каждый последующий уровень основан на уполномочивающих нормах предыдущего.

7. Теория юридического толкования. Основная идея: норма представляет собой рамку, в пределах которой правоприменитель всегда имеет определённую дискрецию.

8. Теория международного права: международное право представляет собой единую систему с внутригосударственным правом.

§ 3. Влияние чистого учения о праве на теорию и философию права XX века

Чистое учение о праве часто называют наиболее влиятельной юридической теорией XX века.²⁵⁴ Необходимо, однако, понимать, что влияние данной теории было не только позитивным (рецепция и развитие соответствующих идей), но и негативным (развитие альтернативных идей на основе критики).

В начале своего развития чистое учение о праве получило известность главным образом в немецкоязычной научной литературе. Его нормативистские тенденции резко контрастировали с тенденциями германского государствоведения, стремившегося соединить юридический

²⁵⁴ См., напр.: *Pound R. Fifty Years of Jurisprudence III* // *Harvard Law Review*. 1938. Vol. 51. № 5. P. 449; *Hart H. L. A. Kelsen visited* // *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York, 2001. P. 286-308); *Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В.* История политических и правовых учений. СПб, 2007. С. 378 (автор главы – Поляков А. В.).

анализ с социально-политическим.²⁵⁵ Наиболее принципиальным оппонентом Кельзена стал немецкий государствовед Карл Шмитт. Влияние идей Кельзена на него было существенным, хотя и исключительно негативным. Критика идей Кельзена занимает важное место в обосновании Шмиттом по крайней мере двух доктрин: теории суверенитета и теории гаранта конституции.

Теория суверенитета Шмитта изложена им в книге «Политическая теология: четыре главы к учению о суверенитете», впервые опубликованной в 1922 году.²⁵⁶ Сам автор отмечает полемическую направленность своей работы против «либерального нормативизма»,²⁵⁷ к представителям которого он относит Г. Кельзена.²⁵⁸ Работа Шмитта посвящена обоснованию концепции суверенитета, в соответствии с которой суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении.²⁵⁹ Обращаясь к истории понятия суверенитета, восходящей к Ж. Бодену, Шмитт отмечает, что основной проблемой понятия суверенитета является сочетание фактической и правовой высшей власти.²⁶⁰ Современные ему попытки изучить понятие суверенитета Шмитт считает неудачными именно вследствие стремления

²⁵⁵ По-видимому, первой из числа важнейших философско-правовых дискуссий, в которых участвовал Г. Кельзен была его полемика с австрийским социологом права Е. Эрлихом по поводу социолого-правовой концепции последнего, изложенной в работе «Основоположение социологии права» (*Эрлих О. Основоположение социологии права* / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб., 2011. 703 с.). В центре дискуссии находился вопрос о соотношении бытия и должностования, нормы и факта. Позиции Эрлиха и Кельзена по этому вопросу принципиально различались. В то время как Эрлих отождествлял право (правовые отношения) с определённого рода фактами (определёнными общественными отношениями, предшествующими появлению правовых норм, см.: *Эрлих О. Социология права* / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 594-602.), Кельзен исходил из принципиального противопоставления права и факта (*Кельзен Г. Основоположение социологии права* / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 604-609.). Непримируемость позиций оппонентов, по-видимому, исключала возможность их сближения и взаимного влияния. О дискуссии Кельзена и Эрлиха см.: *Антонов М. В. Социология права: рождение новой научной дисциплины* / Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 9-63; *van Klink B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen* // The Tilburg Working Paper Series on Jurisprudence and Legal History. Working paper 06-03 (<http://www.uvt.nl/eer/papers/WP06-03.pdf>). P. 2-33.

²⁵⁶ *Шмитт К. Политическая теология: четыре главы к учению о суверенитете*. Пер. с нем. Ю. Коренца // Политическая теология. Сборник. М.: «Канон-Пресс-Ц», 2000. С. 7-98.

²⁵⁷ Там же. С. 11.

²⁵⁸ Там же. С. 37.

²⁵⁹ Там же. С. 15.

²⁶⁰ Там же. С. 32.

преодолеть этот дуализм путём акцентирования на одной из его сторон (юридической – в случае Кельзена).²⁶¹

Ключом к пониманию понятия суверенитета является связь юридической науки с теологией. Как отмечает Шмитт, «все точные понятия современного учения о государстве представляют собой секуляризированные теологические понятия. Не только по своему историческому развитию, ибо они были перенесены из теологии на учение о государстве, причем, например, всемогущий Бог становился всевластным законодателем, но и в их систематической структуре, познание которой необходимо для социологического рассмотрения этих понятий. Чрезвычайное положение имеет для юриспруденции значение, аналогичное значению чуда для теологии».²⁶² При этом именно Кельзен начиная с 1920 г. «с присущей ему настойчивостью указывал на методическое родство теологии и юриспруденции».²⁶³ И если Кельзен рассматривал подобное сходство как средство объяснения методологически неудовлетворительного состояния юридической науки, то для Шмитта, напротив, это стало средством критики нормативистских тенденций современной ему юриспруденции, копирующих процессы секуляризации в философии и естествознании.²⁶⁴

Второй точкой соприкосновения идей Шмитта и Кельзена стал спор о гаранте конституции. После окончания Первой мировой войны как в Германии, так и в Австрии были приняты новые конституции. В австрийской конституции, разработчиком которой был Г. Кельзен, впервые была реализована новая модель контроля конституционности нормотворчества, впоследствии названная «австрийской» или «европейской». Её основная идея состоит в учреждении специального государственного органа, осуществляющего проверку законов и подзаконных правовых актов на соответствие конституции. На влияние чистого учения о праве на формирование этой модели контроля законодательства указывал сам

²⁶¹ Там же. С. 32-35.

²⁶² Там же. С. 57.

²⁶³ Там же. С. 63.

²⁶⁴ Там же. С. 65-79.

Кельзен, посвятивший этой проблеме ряд теоретических работ.²⁶⁵ Конституция Веймарской Германии не предусматривала механизма судебного контроля законодательства, однако Имперский суд Германии всё же частично осуществлял судебный контроль законодательства по американской модели. Вместе с тем, Веймарская конституция содержала другое примечательное положение: статья 48 Конституции предоставляла Рейхспрезиденту чрезвычайные полномочия в случае серьёзного нарушения общественной безопасности и порядка, в том числе право целиком или частично лишать силы основные права, установленные рядом статей Конституции.²⁶⁶ По мнению Шмитта, именно Рейхспрезидент, а не орган юстиции может выступать гарантом конституции. Обоснованию этой точки зрения посвящена его работа «Гарант конституции». Предметом критики Шмитта становится, в частности, концепция ступенчатой структуры правопорядка Кельзена и Меркля. С точки зрения чистого учения о праве различие между правотворчеством и правоприменением является относительным. Как законодатель, так и судья создают правовые нормы. Разница в степени его связанности нормами вышестоящего уровня и в том, что, как правило, первый создаёт общие нормы, а второй – индивидуальные. Шмитт категорически не согласен с таким подходом, начиная с отказа распространять понятие правовой нормы на уполномочивающие нормы,²⁶⁷

²⁶⁵ См. Кельзен Г. Судебный контроль законодательства: сравнительное исследование австрийской и американской конституций / пер. с англ. А. А. Краевского // Правоведение. № 2. 2012. С. 190-202; Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (конституционная юстиция). Ч. 1–2 / пер. Д. В. Даниленко // Право и политика. 2006. № 8. С. 5–14; № 9. С. 5–18. См. также: Краевский А. А. Ганс Кельзен и теория судебного контроля законодательства // Правоведение. № 2. 2012. С. 186-189.

²⁶⁶ Абзац второй Веймарской конституции: «Если в пределах Германской империи серьёзно нарушены общественная безопасность и порядок или если грозит серьёзная опасность такого нарушения, то президент империи может принимать меры, необходимые для восстановления общественной безопасности и порядка, в случае надобности с помощью вооружённой силы. С этой целью он может временно приостанавливать полностью или частично гарантии основных прав, данные ст. 114, 115, 117, 118, 123, 124 и 153» (Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. / Отв. ред. д.ю.н., проф. Н. А. Крашенинникова. Т. 2: Современное государство и право / Сост. Н. А. Крашенинникова. М., 2004. С. 307.). Подробный анализ статьи 48 Веймарской конституции см.: Шмитт К. Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб., 2005. С. 229-276.

²⁶⁷ Шмитт К. Гарант конституции // Государство: право и политика. М., 2013. С. 75. – О концепции Рейхспрезидента как гаранта конституции см. также: Юрлова М. Карл Шмитт: учение о гаранте конституции как пример «конкретного мышления» о государственных формах и порядке // Логос. № 5 (89). 2012. С. 196-204.

заканчивая отрицанием иерархии норм как таковой.²⁶⁸ Из этих рассуждений Шмитт делает вывод, что, осуществляя контроль законодательства, суд принимает на себя несвойственную ему политическую функцию.²⁶⁹ В своём ответе Шмитту Кельзен указывает на недостатки и противоречия его концепции, а также опровергает его возражения против конституционной юстиции и теории ступенчатой структуры правопорядка.²⁷⁰

Немецкоязычная научная литература исторически оказывала большое влияние на научную литературу стран Скандинавского полуострова. Основные идеи научной школы скандинавского правового реализма были заложены uppsальским правоведом и философом Акселем Хагерстрёмом и, впоследствии, развиты его учениками и последователями. Несмотря на то, что Хагерстрём был старше Кельзена на тринадцать лет, их философско-правовые концепции были сформулированы примерно одновременно.²⁷¹ Концепция Хагерстрёма, так же как возникшая несколько раньше психологическая теория права Л. И. Петражицкого²⁷² и само чистое учение о праве отталкивались от критики классических концепций немецкой юриспруденции XIX века. Для Хагерстрёма основным объектом критики выступала так называемая «волевая теория», позднее отождествляемая К. Оливекроной с юридическим позитивизмом.²⁷³ Суть этой теории в представлении Хагерстрёма состояла в понимании права как содержания воли носителей власти, её приказах и велениях.²⁷⁴ К классическим представителям волевой теории скандинавские реалисты относили Дж.

²⁶⁸ По мнению Шмитта, существует только иерархия конкретно существующих инстанций, но не иерархия норм. Там же. С. 77.

²⁶⁹ Там же. С. 86.

²⁷⁰ Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? // Государство: право и политика. С. 359-410.

²⁷¹ Основной областью научных интересов Хагерстрёма была общая философия, именно поэтому его философско-правовая концепция была сформулирована относительно поздно. Её первую формулировку обычно связывают с его инаугурационной лекцией 1911 года, посвящённой проблеме истинности моральных идей: Olivecrona K. Editor's Preface // Hägerström A. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala, 1953. P. XI. О необходимости принципиального различения основанных Хагерстрёмом uppsальской философской школы и скандинавского правового реализма см.: Mindus P. *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*. Dordrecht, 2009. P. 72.

²⁷² О концепции Л. И. Петражицкого и скандинавском правовом реализме см.: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. № 5. 2011. С. 46-71.

²⁷³ Olivecrona K. Editor's Preface. P. XXIV.

²⁷⁴ Hägerström A. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. P. 17.

Остина, Р. фон Иеринга, Э. Цительмана, К. Бергбома, Г. Еллинека и Л. Дюги.²⁷⁵ Значительная часть сочинений Хагерстрёма посвящена критике этой теории, обоснованию её исторической, психологической и логической несостоятельности.

В контексте общей критики волевой теории рассматривается и чистое учение о праве как наиболее актуальный её вариант. При этом анализу подвергаются две версии теории Кельзена. В работе «Является ли позитивное право выражением воли» (1916) рассматривается соотношение воли государства и права в самой первой версии теории Кельзена – в «Основных проблемах государственно-правовой науки» 1911 года. Хагерстрём усматривает круг в определениях Кельзена, когда, с одной стороны, право понимается как воля государства, но, с другой стороны, воля государства рассматривается как юридическое понятие и сводится к праву.²⁷⁶ В рецензии 1925 г. на «Общее учение о государстве» Кельзена 1922 г. Хагерстрём пространно критикует неокантианский вариант классического чистого учения о праве. К сожалению, при этом он не осознаёт различие между двумя версиями теории и пытается истолковать «Общее учение о государстве» через «Основные проблемы», что приводит к искажению реальной теоретической позиции Кельзена.²⁷⁷ Не разбирая отдельные возражения и аргументы Хагерстрёма, отметим, что несмотря на неприятие многих принципиальных положений чистого учения о праве, шведский правовед отмечает его последовательность и рекомендует его изучение тем юристам, которые хотят достичь ясности в своих собственных предпосылках. В целом Хагерстрём отмечает, что работы Кельзена показывают, что средневековая схоластика до сих пор удерживает свои крепости не только в теологии, но и в юриспруденции, однако многие их укрепления в последней уже разрушены.²⁷⁸

²⁷⁵ Olivecrona K. Editor's Preface. P. XXIV.

²⁷⁶ Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. P. 19-20.

²⁷⁷ Ibid. P. 262.

²⁷⁸ Ibid. P. 297-298.

Систематическое изложение концепции Карла Оливекроны,²⁷⁹ ученика Хагерстрёма, уже отражает влияние чистого учения о праве, поскольку в некоторых своих важных частях строится на оппозиции ему.

Само название работы Оливекроны, «Право как факт», можно считать вызовом чистому учению о праве, отстаивающему тезис о принципиальном разделении бытия и долженствования (и принадлежности права к области последнего). В введении Оливекрона подчёркивает противоположность собственного понимания права как факта и кельзеновского его понимания как принадлежащего миру, отличному от мира фактов. Как отмечает шведский правовед, «Кельзен получил признание, потому что он наиболее бескомпромиссным путём сформулировал выводы, вытекающие из признания обязывающей силы права. Там, где другие отступили, он имел смелость пойти вперёд, не боясь парадоксов. Поэтому его теория представляет собой превосходную иллюстрацию того, что с необходимостью должно быть признано, если исходить из веры в обязывающую силу права и установленного разграничения между правом и фактами действительного мира».²⁸⁰ Прямым продолжением этой оппозиции является вопрос о связи между фактами, которую осуществляет право. Для Кельзена это особого рода нормативная связь (вменение), противопоставляемая им каузальной связи: «Точно так же, как закон природы, правовое высказывание устанавливает связь между двумя элементами. Но связь, устанавливаемая правовым высказыванием, имеет совершенно иной смысл, нежели причинно-следственная связь, которую описывает закон природы. Совершенно очевидно, что преступление и наказание, гражданско-правовой деликт и принудительное взыскание, заразное заболевание и помещение в специальное заведение связаны между собой не причинно-следственной связью. В отличие от естественного закона, который утверждает: "Если есть А, то есть В", правовое высказывание утверждает: "Если есть А, то должно

²⁷⁹ Оливекрона К. Право как факт / пер. с англ. Е. Ю. Таранченко // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб., 2009. С. 669-752. Впервые работа Оливекроны была опубликована в 1939 году.

²⁸⁰ Там же. С. 673.

быть В" (даже если фактически его и нет). Тот факт, что связь между элементами в правовом высказывании имеет иной смысл, нежели связь между элементами в законе природы, объясняется тем, что связь, описываемая правовым высказыванием, создается посредством нормы, установленной правовой властью (и значит, актом воли), в то время как причинно-следственная связь, описываемая законом природы, не зависит от такого рода вмешательства».²⁸¹ Оливекрона, напротив, подчёркивает то, что право является звеном в причинно-следственной цепи и говорить об обязывающей силе можно только в смысле мотивационного давления, являющегося *причиной* определенного поведения людей.²⁸² Любое другое понимание права «с необходимостью приводит к абсурду и противоречиям».²⁸³

Вместе с тем, влияние чистого учения о праве на Оливекрону было не только негативным, но и позитивным, в первую очередь, в вопросе о соотношении права и силы, права и принуждения. Оливекрона обращается к концепции Кельзена (хотя и не ссылаясь на его работы) о разграничении первичных и вторичных, а также самостоятельных и несамостоятельных норм. Первичные нормы – нормы о силе, вторичные нормы – правила поведения для частных лиц. Все нормы, которые непосредственно не регулируют применение силы, «должны рассматриваться как дополнение к той центральной системе норм, которая состоит из норм о силе». Так, конституция, в частности, «состоит из норм, которые косвенно затрагивают применение силы, в ней регулируется создание норм гражданского и уголовного права».²⁸⁴ Закономерно, что так же как и Кельзен²⁸⁵ в качестве

²⁸¹ Чистое учение о праве. Выпуск 1. С. 107-108. См. также: *Kelsen H. Causality and Imputation // Ethics. V. 61. 1950. № 1. P. 1-11.*

²⁸² *Оливекрона К. Право как факт. С. 671-672.*

²⁸³ Там же. С. 673.

²⁸⁴ Там же. С. 721.

²⁸⁵ *Кельзен Г. Чистое учение о праве // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 456; Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 60-61.*

ответа на вопрос о соотношении права и силы Оливекрона характеризует право как организацию силы.²⁸⁶

Естественно-правовая философия всегда была главной мишенью критики Кельзена. Эта критика не могла остаться без внимания представителей это философско-правовой школы, однако, поскольку эта критика носила принципиальный характер, принять её означало бы отказаться от естественно-правовой идеи. По этой причине наибольшее значение для представителей естественно-правовой философии имеет не критика Кельзена, а отдельные элементы чистого учения о праве, в первую очередь его концепция нормативности (и основной нормы), которую представители естественно-правового подхода пытались адаптировать к своим идеям.

С именем немецкого правоведа Густава Радбруха связано возрождение естественно-правовой философии после окончания Второй мировой войны. В своих статьях «Законное неправо и надзаконное право» и «Пять минут философии права» он предложил критерий практической применимости естественного права, получивший название «формула Радбруха».²⁸⁷ Несмотря на то что появление «формулы» представляет собой определённую эволюцию теории взглядов немецкого правоведа, ранее высказывавшегося критически в отношении естественно-правовых идей,²⁸⁸ она вполне вписывается в общую конструкцию его телеологической философии права.²⁸⁹

Концепция Радбруха основана на идеях баденской школы неокантианства, восходящих к «Критике способности суждения» И. Канта. Идея немецкого правоведа состоит в том, что право как творение

²⁸⁶ Оливекрона К. Право как факт. С. 721-723.

²⁸⁷ «Если законы сознательно попирают волю справедливости..., то в этих случаях подобные законы недействительны, народ не обязан подчиняться им, а юристы должны найти в себе мужество не признавать их правовой характер» (Радбрух Г. Пять минут философии права // Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 226.).

²⁸⁸ Радбрух Г. Философия права. С. 26-28.

²⁸⁹ Фактически «формула Радбруха» как гипотеза формулируется уже в «Философии права»: «Не существует спекулятивных доказательств того, что основанное на законе право (позитивное право), несправедливость которого несомненна и общепризнанна, должно продолжать действовать, хотя попытки в этом направлении и предпринимались» (Там же. С. 27).

человеческого разума может быть понято только из собственной идеи.²⁹⁰ Право, по мнению Радбруха, служит трём идеям – справедливости, правовой стабильности и целесообразности, и этим отличается от государства, которому очень близка вторая идея, но чужда первая.²⁹¹ Идея правовой стабильности связывает власть и право, её выражением является основная норма, формулируемая следующим образом: «Если в каком-нибудь обществе есть верховный правитель, должно следовать тому, что он предписывает».²⁹² При этом Радбрух подчёркивает отличие своего подхода от социологической теории права: «Право действует не *потому, что* оно может эффективно осуществляться. Оно действует, *если* оно эффективно осуществляется, *потому что* лишь в последнем случае оно способно реализовать правовую стабильность».²⁹³ Таким образом Радбрух встраивает в свою концепцию теорию основной нормы, разработанную Гансом Кельзеном, поскольку видит в ней решение проблемы сущего и должного, объяснение «нормативной силы фактического».²⁹⁴

Аргентинский правовед Карлос Сантьяго Нино обращается к кельзеновской концепции нормативности для включения её в качестве элемента своей естественно-правовой концепции. Анализируя концепцию нормативности Кельзена, Нино приходит к выводу о том, что в своей сущности она следует традиционной концепции действительности права, использовавшуюся для его оправдания такими авторами как Фома Аквинский, Франсиско Суарес и Георг Фридрих Пухта. По мнению Нино, эта концепция включает в себя три элемента:

а) приписывать действительность правовой системе или отдельному правилу значит утверждать, что они имеют обязывающую силу, что они являются решающими основаниями для действия;

²⁹⁰ Там же. С. 5.

²⁹¹ Там же. С. 99, 201.

²⁹² Там же. С. 98.

²⁹³ Там же. С. 98-99.

²⁹⁴ Там же. С. 92-101.

б) оспаривание действительности правовой системы или отдельного правила равносильно отрицанию его существования;

с) даже если приписывание действительности зависит от определённых фактов, смысл «действительности» всё равно не дескриптивный, а нормативный, то есть сказать, что правовая система или отдельное правило действительны значит поддерживать её, утверждать, что её применение и соблюдение обязательно и оправданно.²⁹⁵

Ключевым здесь, безусловно, является пункт С, поскольку пункты А и В довольно тривиальны с точки зрения теории Кельзена и многократно выражены в его сочинениях *expressis verbis*. Такое понимание теории Кельзена, довольно распространённое среди исследователей его теории,²⁹⁶ по нашему мнению является ошибочным. Его источник, по-видимому, состоит в недостаточной ясности терминов «нормативность» и «фактичность». Нино совершенно прав, когда пишет, что «даже если приписывание действительности зависит от определённых фактов, смысл «действительности» всё равно не дескриптивный, а нормативный», однако вывод, который он делает – произволен. Он следует из ложной дихотомии, в которой с одной стороны перед нами имеются факты, а с другой – долженствование в предполагаемом Нино смысле. Дело в том, что Кельзен, в отличие от своих мнимых оппонентов и последователей в теории «оправданной нормативности» исходил из строго понимания факта как физической / психической реальности, то есть, используя терминологию К. Поппера, объекта мира 1 или мира 2. Норма является не фактом, а смыслом, не сводимым к психическим и физическим фактам. Для того чтобы можно было говорить о норме или правовой системе необходимо: 1) акт, устанавливающий норму, например, произнесение определенных слов в

²⁹⁵ Nino C. S. Some Confusions, surrounding Kelsen's Concept of Validity // Normativity and Norms. P. 254.

²⁹⁶ Среди сторонников этой точки зрения стоит отметить таких важных авторов как А. Росс, Дж. Раз и С. Л. Полсон. Первый критикует Кельзена, полагая, что такое понимание нормативности практически идентично естественно-правовому, второй считает концепцию Кельзена наиболее последовательной среди концепций «оправданной нормативности», а третий на этом основании противопоставлял «континентальный нормативизм» Кельзена «британскому нормативизму» Харта.

определённой ситуации, начертание определённых символов на бумаге, поднятие рук при голосовании и т.д. (физический факт, объект мира 1); 2) акт должен обладать субъективным смыслом установления нормы (психический факт, объект мира 2); 3) должна существовать норма, уполномочивающая данный акт, придающая ему объективное значение (объект мира 3). Именно поэтому и нужна предполагаемая основная норма, наделяющая объективным смыслом акт, устанавливающий первую конституцию. Немаловажно так же то, что сам Кельзен отвергал естественно-правовые, в частности, томистские интерпретации своей концепции нормативности,²⁹⁷ и подчёркивал, что специфический характер нормы, отличающей его от субъективного акта, состоит в её идеальном существовании.²⁹⁸ Необходимо также отметить, что если бы концепция нормативности Кельзена действительно содержала в себе пункт С из перечня Нино, то она не отличалась бы от естественно-правовой теории, содержащей только одну норму, формулировку которой можно передать словами апостола Павла: «Всякая душа да будет покорна высшим властям» (Послание к Римлянам 13:1). Однако Кельзен был категорически не согласен с подобным отождествлением.²⁹⁹

Гораздо ближе к подлинной концепции нормативности Кельзена изложение его теории в работах другого юснатуралиста, немецкого правоведа Роберта Алекси. Алекси выделяет три теории основной нормы: нормативную (реконструированная позиция Канта), аналитическую (позиция Кельзена) и эмпирическую (правило признания Харта).³⁰⁰

Нормативная основная норма Канта представляет собой именно тот вариант естественно-правового понимания нормативности, который Нино приписывал Кельзену. Алекси считает его неудовлетворительным, поскольку он фактически ведёт к слепому повиновению позитивному праву.³⁰¹ Именно вариант аналитической основной нормы Кельзена берётся немецким

²⁹⁷ Natural Law in Political Theory: Excerpts from the Discussion // Voegelin E. The Collected Works of Eric Voegelin. V.33 / Ed. by W. Petropoulos, G. Weiss. London, 2004. P. 133-134.

²⁹⁸ Ibid. P. 13-114.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Алекси Р. Понятие и действительность права. С. 117-118.

³⁰¹ Там же. С. 152.

правоведом за основу собственной концепции. По мнению Алекси, основная норма должна выполнять три функции: трансформации категорий (переход от сущего к должному),³⁰² установление критериев интерпретации правоустанавливающих фактов,³⁰³ создание единообразия (единство правовой системы).³⁰⁴ При этом основная норма, по мнению Алекси, должна отвечать следующим четырём признакам:

1) основная норма должна быть обязательно постулирована, если речь идет о правовой действительности или юридически должном;³⁰⁵

2) хотя основная норма и должна быть обязательно постулирована, если мы хотим истолковать право как порядок должного (нормативный порядок, систему норм), сама интерпретация считается только возможной интерпретацией;³⁰⁶

3) основная норма должна быть только мыслимой;³⁰⁷

4) основная норма требует обоснования.³⁰⁸

При этом, по мнению Алекси, содержание основной нормы может включать в себя требование минимальной справедливости.³⁰⁹

Австралийский правовед Джон Финнис, в отличие от Радбруха, Нино и Алекси, не использовал кельзеновские идеи нормативности и основной нормы, но отталкивался от критики позиции Кельзена при построении своей методологии.

По мнению Финниса, принципиальный недостаток теории Кельзена состоит в том, что тот при построении понятия права стремился уточнить обычное словоупотребление, введя его «единственный отличительный признак» и прилагал такое понятие в равной степени и в одном и том же смысле «ко всему, что кому-то вздумалось называть «law» во вненаучном

³⁰² Там же. С. 131.

³⁰³ Там же. С. 131.

³⁰⁴ Там же. С. 132.

³⁰⁵ Там же. С. 134-135.

³⁰⁶ Там же. С. 135-137.

³⁰⁷ Там же. С. 137-141.

³⁰⁸ Там же. С. 141-144.

³⁰⁹ Там же. С. 144.

словоупотреблении».³¹⁰ Напротив, Финнис возводит многозначность используемых терминов в методологический принцип.³¹¹ Этот методологический приём, приписываемый им Аристотелю³¹² и Веберу состоит в выделении фокусного значения слова, обозначающего идеальные типы предметов («центральные случаи»), к которым другие предметы (также обозначаемые этим словом) могут более или менее приближаться.³¹³

Безусловно, такой методологический приём несовместим с чистым учением о праве, в основе которого лежит номиналистическая теория определения.³¹⁴

§ 4. Основные тенденции развития юридического позитивизма после чистого учения о праве

Классический период чистого учения о праве пришёлся на долгий промежуток времени – с 1923 по 1962, при этом точкой отсчёта начала реалистического подпериода классического периода чистого учения о праве считается 1934 год — дата первого издания «Чистого учения о праве». Несмотря на то что Кельзен прожил после этого ещё тридцать девять научно плодотворных лет, а прямое развитие чистого учения о праве продолжается и в настоящее время, юридический позитивизм после 1934 года не мог не учитывать существование теории Кельзена и, соответственно, должен был сформулировать то или иное к ней отношение. Юридический позитивизм уже не мог быть прежним, в той или иной степени все его новые теории продолжали и развивали чистое учение о праве.

³¹⁰ Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 21-23.

³¹¹ Там же. С. 27-37.

³¹² Из приводимых Финнисом фрагментов сочинений Аристотеля (Евдемовой этики, Никомаховой этики и Политики) следует только то, что Аристотель указывал на явления омонимии там, где они ему встречались, для чёткого концептуального разграничения разных понятий, обозначаемых одним словом.

³¹³ Не рассматривая вопрос о соответствии представлений Финниса методологии М. Вебера отметим, что Финнис по всей видимости не учитывает развитие метода типологии в социальных науках после Вебера, в частности метод «конструирования типов», пришедший на смену методу «идеальных типов» (см.: McKinney J. C. Constructive Typology and Social Theory. New York, 1966. 250 p.).

³¹⁴ О конструировании понятий у Кельзена см.: Краевский А. А. Чистое учение о праве и аналитическая философия // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 796-803.

В качестве основных тенденций развития юридического позитивизма можно отметить следующие:

- 1) включение в теоретический анализ социологических элементов, связанных с действенностью правовых норм;
- 2) включение в теоретический анализ психологических элементов, связанных с восприятием нормы индивидуальной психикой;
- 3) обращение к методам аналитической философии.

§ 4.1. Концепция А. Росса

Датский юрист Альф Росс был, несомненно, наиболее известным и одним из наиболее выдающихся учеников Г. Кельзена. Помимо Г. Кельзена, сильное влияние на формирование его собственной концепции оказал шведский философ права А. Хагерстрём.³¹⁵ Взгляды А. Росса обычно классифицируют как скандинавский правовой реализм, помещая его в один ряд с представителями так называемой «упсальской школы», из которых наиболее известны А. Хагерстрём (её основоположник), К. Оливекрона и А. В. Лундштедт (Лундстедт).³¹⁶ Некоторые авторы, впрочем, указывают, что концепция А. Росса в действительности ближе к американскому правовому реализму, чем к упсальской школе.³¹⁷ При этом реализм А. Росса рассматривается как нечто противоположное чистому учению о праве Г. Кельзена. Однако всё же некоторые авторы отмечают, что говорить о противоположности здесь было бы преувеличением, и что во многих случаях

³¹⁵ В предисловии к своей наиболее известной работе «О праве и справедливости», А. Росс пишет: «На протяжении тридцати лет, которые я посвятил юридическим исследованиям, я, разумеется, получал наставничество и вдохновение с разных сторон. Без них написание этой книги было бы невозможно... Но я должен назвать двух исследователей, которые значат для меня больше всех остальных: Ганса Кельзена, который ввёл меня в юриспруденцию и научил меня, помимо прочего, значению последовательности; и Акселя Хагерстрёма, открывшего мои глаза на пустоту метафизических спекуляций в праве и морали» (Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959. P. X).

³¹⁶ Примечательно, что именно концепция А. Росса была выбрана Г. Л. А. Хартом в качестве примера для критики скандинавского правового реализма, так как он «менее извилистый и туманный, чем Хагерстрём, менее наивный и профессорский, чем Лундштедт; богаче поясняющими примерами и конкретными деталями, если и менее выдержан, чем Оливекрона» (Hart H.L.A. Scandinavian Realism // Essays in Jurisprudence and Philosophy. New York, 2001. P. 161).

³¹⁷ См., напр.: Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб., 2009. С. 645.

позиции Г. Кельзена и А. Росса совпадают.³¹⁸ К этому нужно добавить, что случаев существенного расхождения их позиций, напротив, довольно мало.

Внимание скандинавских критиков чистого учения о праве (некоторое исключение составили поздние работы А. Росса) было обращено в первую очередь на ранние работы Г. Кельзена, а именно «Основные проблемы государственно-правовой науки» и «Общее учение о государстве», что объясняется временем появления основных работ представителей этого философско-правового направления.³¹⁹ Так же как и чистое учение о праве, скандинавский правовой реализм содержал в себе радикальную критику традиционной теории права, в некоторых аспектах критики эти философско-правовые направления совпадали.³²⁰

В своих ранних работах А. Росс находился под влиянием неокантианской версии нормативизма Кельзена, однако позднее полностью отказался от неокантианства. В дальнейшем Росс явным образом испытал влияние логического позитивизма. Это привело Росса к эмпирической антиметафизической критике Кельзена и других правоведов, а также к попыткам применить логический анализ к проблемам теории права. Два наиболее важных результата, полученных Россом, связаны с анализом применимости к императивам правил логического вывода,³²¹ а также с анализом самореференции в праве.³²²

³¹⁸ Koskeniemi M. Introduction: Alf Ross and Life beyond Realism // *European Journal of International Law*. 2003. V. 14, № 4. P. 655–656. – Среди проблем, на которые взгляды Г. Кельзена (даже в классическом чистом учении о праве) и А. Росса совпадают или почти совпадают, необходимо отметить возможность интерпретации права как системы предписаний правоприменительным органам по применению принуждения; замена понятия субъективного права рядом других, более точных понятий, сводимых к понятию обязанности; отрицательное отношение к самореференции норм; критика традиционного разделения права на частное и публичное; выделение индивидуальных норм наряду с общими; представление о том, что правоприменение всегда представляет собой в большей или меньшей степени правотворчество (общая правовая норма представляет собой только рамку, в пределах которой правоприменительный орган всегда обладает некоторой возможностью усмотрения).

³¹⁹ См., напр.: Hägerström A. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala, 1953. P. 257–298.

³²⁰ Напр., в критике традиционных теорий государства, рассматривающих его как самостоятельную метаправовую сущность (Olivecrona K. *Is a Sociological Explanation of Law Possible?* // *Theoria. A Swedish Journal of Philosophy and Psychology*. 1948. Vol. 14. P. 177).

³²¹ Ross A. *Imperatives and Logic* // *Philosophy of Science*. P. 30–46. – См. подробнее § 1 главы 4 настоящей работы.

³²² Росс А. О самореференции и загадке конституционного права // *Правоведение. Научно-теоретический журнал*. № 3. 2012. С. 53–73; Краевский А. А., Тимошина Е. В. Проблема самореференции в праве: к истории дискуссии // *Правоведение. Научно-теоретический журнал*. № 3. 2012. С. 35–43. См. подробнее § 2 главы 4 настоящей работы.

Наиболее полно критика теории Г. Кельзена была представлена А. Россом в статье «Действительность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом».³²³

Рассматривая традиционный спор между юридическим позитивизмом и естественно-правовой теорией, А. Росс отмечает, что юридический позитивизм как направление в философии права можно свести к двум фундаментальным тезисам. Первый тезис состоит в том, что концепция естественного права³²⁴ ошибочна: всё право позитивно. Второй тезис касается методологии юридической науки и состоит в том, что установление существования и описание содержания любой правовой системы возможно в исключительно фактических (эмпирических) терминах, основанных на наблюдении и интерпретации социальных фактов (человеческого поведения и установок).³²⁵ По мнению А. Росса, естественно-правовые концепции вступают в серьёзный конфликт со вторым тезисом (конфликт с первым, конечно, совершенно очевиден). Действительность и обязывающая сила в естественно-правовом смысле означают обязанность повиноваться праву.³²⁶ Очевидно, рассуждает А. Росс, что обязанность здесь понимается иначе, чем в техническом смысле обязанности, предписанной правовой нормой. Иначе говоря, обязанность следовать праву не предписывает ничего, отличного от того, что предписывает само право. Следовательно, разница состоит в том, как это предписывается. По мнению А. Росса, смысл такой обязывающей силы, присущей правовой системе, состоит в том, что правовые обязанности

³²³ Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. New York, 1998. P. 147–164.

³²⁴ Естественно-правовую теорию при этом А. Росс понимал как убеждение в том, что существуют универсально действительные принципы, руководящие жизнью человека в обществе, принципы, которые не создаются человеком, а открываются им, истинные принципы, обязывающие всякого, включая тех, кто не способен или не желает признавать их существование (Ibid. P. 151–152).

³²⁵ Ibid. P. 148–151.

³²⁶ По мнению А. Росса, помимо специфического морального смысла, в термин «действительность» (англ. «validity») может вкладываться ещё два разных смысла. Первый из них состоит в соответствии порядка принятия правового акта условиям, установленным правовыми нормами, то есть в этом случае говорить о действительности значит утверждать нечто о соответствии социальных фактов нормам. Второй смысл заключается в указании на существование нормы или системы норм. Это понятие используется в суждениях внешних по отношению к системе норм и описывает некоторого рода социальные факты (Ibid. P. 158–159).

являются одновременно моральными обязанностями в смысле *a priori* истинной моральной обязанности, выводимой из естественно-правовых принципов. Сказать, что правовая система обладает действительностью или обязывающей силой значит не сказать что-то о правовых обязанностях или фактах, а выразить наши моральные обязанности. А. Росс полемизирует с А. Фердроссом, который, проводя различие между догматическим позитивизмом (отрицающим существование особого этического познания) и гипотетическим позитивизмом (его не отрицающим), полагает, что догматический позитивизм влечёт некритическое признание и оправдание морального верховенства любой фактически существующей правовой системы. А. Росс полагает, что А. Фердросс не прав, приписывая «догматическому позитивизму» моральное оправдание любой фактически существующей власти, однако замечает, что ряд авторов, относимых обычно к позитивизму, действительно придерживались подобной позиции — отрицания естественного права и выведения действительности права из государственной власти. К числу представителей этого «квазипозитивизма» (как А. Росс предлагает называть это направление), среди предшественников которого А. Росс усматривает М. Лютера и Г. Гегеля, он относит К. Бергбома и Г. Кельзена.³²⁷

По мнению Росса, действительность как существование факта с точки зрения эмпиризма может рассматриваться только как описание некоторого рода социальных фактов. Проще говоря, действительность и действенность права это одно и то же. Действительность в квазипозитивистском и естественно-правовом смысле не выполняет какой-либо функции в описании и объяснении реальности.

Отвергнув неокантианскую теорию основной нормы, как имеющую морально-метафизический смысл обоснования действительности правовой

³²⁷ Ibid. P. 155–158. – Как отмечает А. Росс, такое объяснение позволяет понять мнение Г. Кельзена о невозможности одновременной действительности конфликтующих норм права и морали. Впрочем, по мнению А. Росса, эта позиция не вполне гармонирует с эмпирической направленностью чистого учения о праве (Ibid. P. 160). Эта дисгармония позволила Е. В. Булыгину говорить об антиномии чистого учения о праве, заключающейся в конфликте между его реалистической и неокантианской тенденциями (*Bulygin E. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. V.3. № 1. P. 29–45*).

системы, А. Росс по-новому обосновал её необходимость, построив свою собственную теорию.³²⁸

А. Росс понимает норму как директиву,³²⁹ которая корреспондирует социальным фактам.³³⁰ По его мнению, невозможно дать понятию нормы полезное для социальных наук определение так, чтобы оно обозначало только определённое смысловое содержание или только совокупность определённых социальных фактов. В качестве директивы норма может соблюдаться, ощущаться обязательной, находится в логических отношениях с другими нормами, быть элементом системы норм. При этом она соответствует социальным фактам. Сказать, что норма существует, значит сказать, что эти факты существуют. То есть условием существования нормы является то, что в большинстве случаев модель поведения, представленная в директиве ($s \rightarrow b$), соблюдается членами общества.³³¹ При этом соблюдение нормы членами общества должно ощущаться ими как обязательное.³³² Это сопровождается психологическим импульсом адресата (агента) нормы к определённому поведению. Для наблюдателя, который представляет себя на месте агента норм, этот импульс выражается в ожидании следования соответствующей модели поведения. Это ожидание носит не теоретический характер, а выражение одобрения или неодобрения, в зависимости от того, была ли удовлетворена требование нормы. А. Росс называет их переживаниями действительности. Именно ложная интерпретация этих переживаний, по мнению А. Росса, породила идею объективного качества действительности, доступного познанию.³³³

³²⁸ См. § 2 главы 4 настоящей работы.

³²⁹ Под директивой А. Росс понимает идею действия, рассматриваемую как модель поведения (Ross A. Directives and Norms. London, 1968. P. 34).

³³⁰ Ibid. P. 82.

³³¹ Где s – положение дел, а b – требуемое поведение (Ibid. P. 83).

³³² Что отличает нормы от моделей поведения, основанных на биологии (например, сон ночью), от технических моделей поведения (например, технология садоводства) и традиций (обычаев, не имеющих обязательной силы, например, празднование Рождества с наряженной ёлкой) (Ibid. P. 83-84).

³³³ Ibid. P. 84-85.

§ 4.2. Оксфордская школа философии права

Оксфордская школа философии права в её современном виде сложилась под определяющим влиянием философско-правовых идей Герберта Харта.³³⁴ Существенное влияние (как позитивное, так и негативное) на идеи этой научной школы (как на идеи Г. Л. А. Харта, так и непосредственно на идеи его учеников) оказала и теория Г. Кельзена. Наиболее характерны в этом отношении работы самого Г. Л. А. Харта и его ученика Джозефа Раза. Подробное исследование всех аспектов этого влияния выходит далеко за пределы объёма и темы данного исследования, поэтому мы остановимся на двух важных положениях, в которых влияние Г. Кельзена было существенным, причём как позитивным, так и негативным.

§ 4.2.1. Правовая концепция Г. Харта

Правовая концепция Герберта Харта оказала очень большое, фактически, определяющее влияние на англоязычную юриспруденцию второй половины XX века. Большая часть проблематики англоязычной философии права данного периода происходит от «Понятия права» Харта, а также его дискуссий с Л. Фуллером (о соотношении права и морали),³³⁵ П. Девлином (об уголовно-правовой политике и морали)³³⁶ и Р. Дворкиным (о толковании и значении юридических принципов).³³⁷ Концепции Харта и Кельзена нередко сравнивают, рассматривая их как разные варианты

³³⁴ Несмотря на то, что среди студентов и преподавателей Оксфордского университета были видные представители других философско-правовых направлений — Р. Дворкин, Дж. Финнис, Н. МакКормик.

³³⁵ Дискуссия началась со статьи Харта (*Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали* // Правоведение. 2005. № 5. С. 104-136.) и ответной статьи Фуллера (*Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту* // Правоведение. 2005. № 6. С. 124-159.). Харт отстаивал необходимость концептуального разделения права и морали, в то время как Фуллер подчёркивал их связь.

³³⁶ Харт (*Hart H. L. A. Law, Liberty and Morality. London, 1963. 88 p.*) выступил с критикой представления о возможности принудительной реализации моральных стандартов общества посредством уголовного законодательства, в которую отстаивал Девлин (*Devlin P. The Enforcement of Morals. Oxford, 1965. 139 p.*).

³³⁷ Дворкин выдвинул теорию о существовании принципиальных различий между юридическими правилами и принципами (*Дворкин Р. О правах всерьёз. М., 2004. 392 с.*). Последние, в частности, играют особую роль в правоприменении, исключая возможность существования «неясных случаев» в терминологии Харта. В качестве образца для критики Дворкин выбрал теорию Харта. Подробный ответ Харта на критику был опубликован посмертно в качестве постскриптума к «Понятию права» (*Hart H. L. A. The Concept of Law. 2nd ed. Oxford, 1994. 315 p.*).

нормативизма (соответственно, британского и континентального),³³⁸ понимаемого как философско-правовое направление, сосредоточенное на анализе правовых норм.

Методологически Харт основывался на философии обыденного языка, получившей широкое признание в Великобритании начиная с 1930-х годов, но в наибольшей степени после Второй мировой войны. Философия обыденного языка представляет собой направление аналитической философии, которое стремится исследовать философские понятия и споры на основе анализа обыденного словоупотребления.³³⁹ Среди представителей этого направления для понимания теории Харта важны теоретически построения Л. Витгенштейна (в частности, теория «семейного сходства» понятий),³⁴⁰ и Ф. Вайсмана (теория открытой структуры языка),³⁴¹ однако, как отмечает сам Харт, наибольшее влияние на него оказала концепция оксфордского философа Джона Остина.³⁴² Самого Харта, как автора ряда работ, имеющих общеправовое значение,³⁴³ также относят к числу представителей этого философского направления.³⁴⁴

Понятие права в концепции Харта основано на позиции юридического позитивизма, предполагающего разделение права и морали. В числе своих предшественников Харт называет И. Бентама, Дж. Остина, О. У. Холмса и Г.

³³⁸ Paulson S. L. Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They? // *Ratio Juris*. V. 6. № 3. 1993. P. 227-244.

³³⁹ О понятии философии обыденного языка см.: *Никоненко С. В.* Аналитическая философия: основные концепции. СПб., 2007. С. 180-183. Общую критику данного философского направления см. в: *Геллнер Э.* Слова и вещи. М., 1963. 344 с.

³⁴⁰ О связи философии права Харта с философией Л. Витгенштейна см.: *Касаткин С. Н.* Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // *Антропологія права: філософський та юридичний виміри*. Львів, 2012. С. 256-276.

³⁴¹ О философских идеях Ф. Вайсмана см.: *Никоненко С. В.* Аналитическая философия: основные концепции. С. 241-243

³⁴² Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman // *Journal of Law and Society*. V. 32. № 2. 2005. P. 273-275.

³⁴³ *Харт Г. Л. А.* Приписывание ответственности и прав / пер. с англ. и науч. ред. С. Н. Касаткина // *Юриспруденция в поисках идентичности. Сборник статей, переводов, рефератов*. Самара, 2010. С. 242-270; *Харт Г. Л. А.* Сказка логика // *Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология*. 2009. № 4 (8). С. 123-136.

³⁴⁴ *Геллнер Э.* Слова и вещи. С. 86. О философских основаниях теории Харта см. также: *Оглезнев В. В.* Онтоэпистемологические основания философии права Герберта Харта // *ΣΧΟΛΗ* Т. 4. № 1. 2010. С. 137-148; *Касаткин С. Н.* Аскриптивизм и отменяемость понятий юридического языка: очерк концепции Герберта Харта // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 656-699.

Кельзена.³⁴⁵ Вслед за Кельзенем Харт имплицитно отвергает концептуальную зависимость права от государства, полагая, что государство не является первичным по отношению к праву³⁴⁶ и критикует теорию Остина о праве как совокупности приказов суверена за психологизм.³⁴⁷ Тем не менее, подход к определению права через принудительные нормы, предложенный Кельзенем, не был принят Хартом. По его мнению, такой подход приводит к искажению социальной функции права.³⁴⁸

Решением Харта является определение права как единства первичных и вторичных правил.³⁴⁹ Под первичными правилами понимаются правила, непосредственно регулирующие поведение людей («касаются действий, состоящих в физических движениях или изменениях»). Под вторичными правилами понимаются «правила о правилах», позволяющие «совершать действия, которые не только приводят к физическим движениям или изменениям, но и к созданию или модификации обязанностей или обязательств».³⁵⁰ В определённом смысле эта классификация соответствует принятой в логике иерархии типов (в смысле теории типов Б. Рассела)³⁵¹ или иерархии метаязыков (в смысле семантической теории истины А. Тарского).³⁵² Аналогичную классификацию использовал известный финский логик Г. Х. фон Вригт при построении своей логики норм.³⁵³ Однако теория Г. Л. А. Харта не предполагает построение какой-либо более сложной иерархии. Г. Л. А. Харт не упоминает правил третьего уровня (правил о

³⁴⁵ Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали. С. 104-136.

³⁴⁶ Отношение Харта к проблеме соотношения права и государства не было прямо выражено в его работах, однако косвенно следует из его определения права и теории правила признания. Такое понимание его концепции подтверждается также учеником Харта, Н. МакКормиком. По свидетельству последнего, в своих неопубликованных лекциях 1960-х годов Харт характеризовал кельзеновскую теорию государства как «триумф» (*MacCormick N. The State and the Law // Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. Oxford, 1999. P. 21*).

³⁴⁷ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 57-83.

³⁴⁸ Там же. С. 43-50.

³⁴⁹ Там же. С. 86. – Ср. у Г. Кельзена: «Ведь одно из важнейших свойств права состоит в том, что оно регулирует собственное создание и применение» (Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. М., 1987. С. 100).

³⁵⁰ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 85–86.

³⁵¹ См., напр.: Рассел Б. Введение в математическую философию. С. 21–65.

³⁵² *Tarski A. The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics // Philosophy and Phenomenological Research. 1944. V. 4. № 3. P. 341–376.*

³⁵³ *Вригт Г. Х. фон. Логико-философские исследования. М., 1986. С. 239.* – Впрочем, по мнению Г. Х. фон Вригта, характеристика вторичных правил Г. Л. А. Харта не достаточно удачна (Там же. С. 239).

вторичных правилах) и т.д.³⁵⁴ Необходимо отметить, что среди юристов в качестве отдельной категории нормы, отнесённые Хартом к вторичным правилам, были впервые выделены Г. Кельзенем.³⁵⁵

Для иллюстрации значения разделения правил на первичные и вторичные Г. Л. А. Харт использует модель развития общества, в котором первоначально присутствуют только первичные правила. Эти правила не составляют систему, и отсутствует чёткий критерий для определения содержания правила в спорном случае (дефект неопределённости).³⁵⁶ Не существует механизма сознательного приспособления правил к потребностям общества (дефект статичности).³⁵⁷ Применение наказания за нарушение правила и другие формы социального давления не организованы (дефект неэффективности).³⁵⁸ Вторичные правила, добавленные к первичным, исправляют эти дефекты. Соответственно, дефект неопределённости устраняется правилом признания,³⁵⁹ дефект статичности — правилами изменения, а дефект неэффективности — правилами суда.³⁶⁰

§ 4.2.2. Концепция Г. Харта и чистое учение о праве

2.3. В англо-американской философско-правовой литературе распространено противопоставление понимание нормативности у Г. Кельзена и Г. Л. А. Харта как «оправданной нормативности» у первого и

³⁵⁴ Как пишет Г. Л. А. Харт, «вторичные правила касаются только первичных правил» (*Харт Г. Л. А. Понятие права*. С. 98).

³⁵⁵ Как отмечает Е. В. Булыгин, впервые именно Кельзен указал на принципиальное сходство природы таких традиционных юридических понятий как компетенция, правоспособность, деликтоспособность, полномочие и т.д. (*Bulygin E. On Norms of Competence // Law and Philosophy*. № 11. 1992. P. 202-203).

³⁵⁶ Там же. С. 96.

³⁵⁷ Там же. С. 96–97.

³⁵⁸ Там же. С. 97–98.

³⁵⁹ Как отмечает Дж. Раз, не совсем понятно, почему Г. Л. А. Харт настаивает на том, что в одной правовой системе существует только одно правило признания (в отличие от правил изменения и суда). По мнению самого Дж. Раза, это утверждение ошибочно (*Raz J. The Concept of a Legal System*. Hong Kong, 1997. P. 200).

³⁶⁰ *Харт Г. Л. А. Понятие права*. С. 98–103.

«социальной нормативности» у второго.³⁶¹ Так, по мнению С. Полсона, для философии права традиционными являются две концепции соотношения права и факта. Первая из них разделяет право и факт, предполагает *нормативное* существование права. При этом она исходит из морального основания права, отстаивая тезис о неразделимости права и морали, к ней относится большинство естественно-правовых теорий. Вторая концепция исходит из требования описания правовых явлений исключительно в фактических терминах и, соответственно, принципиального разделения права и морали. Как отмечает С. Полсон, положение чистого учения о праве в этом отношении уникально, потому что оно сочетает в себе тезис о нормативности права с тезисом о принципиальном разделении права и морали. Концепция же Г. Л. А. Харта, несмотря на внешнее сходство с нормативизмом Г. Кельзена, последовательно придерживается второго (фактического) подхода.³⁶²

С данным утверждением можно согласиться только отчасти. Наиболее сложным является здесь вопрос о том, что считать нормативным существованием права и что считать фактом. Как мы уже отмечали в предыдущем параграфе настоящей работы, путаница в первом вопросе привела к многочисленным ложным интерпретациям теории Кельзена, приписывающим ей позицию, в некотором отношении близкую к естественно-правовой. Во втором вопросе также существует путаница, тесно связанная с путаницей в первом. Она состоит в различном смысле, вкладываемом в термин «факт» применительно к области социальных явлений.³⁶³

³⁶¹ Paulson S. Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They? // Ratio Juris. 1993. V. 6. № 3. P. 227–244.

³⁶² Paulson S. On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm // Ratio Juris. 2000. Vol. 13. № 3. P. 280–282.

³⁶³ Многие социологи стремились выделить специфическую область социальных фактов, отличных от фактов природных. К числу наиболее известных примеров относятся определения Э. Дюркгейма (Дюркгейм Э. Метод социологии // Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. / Пер. с фр. и послесловие А. Б. Гофмана. М., 1990. С. 421) и П. А. Сорокина (Сорокин П. А. Система социологии. Т. 1. Социальная аналитика: учение о строении простейшего (родового) социального явления. М., 1993. С. 102). Убедительным подтверждением неудовлетворительности этих определений является то, что сами авторы впоследствии от них отказались.

По мнению Ганса Кельзена, сложности, связанные с понятием социального факта, разрешаются, если строго разделить факт и его смысл.

«Природный» факт это «происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт или ряд таких актов, внешний ход человеческого поведения».³⁶⁴

Смысл факта подразделяется на

1) субъективный смысл — оценка природного факта отдельным человеком (смысл, придаваемый факту отдельным человеком);

2) объективный смысл (применительно к праву и морали)³⁶⁵ — смысл, придаваемый факту действующими нормами.³⁶⁶

Таким образом, Кельзен не противопоставляет социальные факты природным фактам. Факты, рассматриваемые общественными науками, сами по себе ничем не отличаются от фактов естественных наук. Различие заключается в том, что фактам общественных наук придаётся определённый смысл.

Концепция факта Кельзена имеет две особенности, позволяющие внести ясность в словоупотребление там, где многие теоретики и философы права сталкивались с путаницей и недоразумениями.

Во-первых, Кельзен понимает под фактом конкретное событие (или ряд событий), происходящих в пространстве и времени. Такое словоупотребление соответствует пониманию фактов в естественных науках.³⁶⁷ Это позволяет отличить социальные факты от социальных законов и закономерностей.

³⁶⁴ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987 / сборник переводов. Выпуск 1 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович / пер. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. М., 1987. С. 8–9.

³⁶⁵ К сожалению, Кельзен не ставил себе задачи проведения анализа фактов, смысл которых не определяется нормами, так как они не представляют никакого интереса для методологии юридической науки, чего нельзя сказать об общей социологии.

³⁶⁶ Там же. С. 8–9.

³⁶⁷ Как отмечает Рудольф Карнап, двусмысленность слова «факт» в естественном языке является источником многих недоразумений. Нередко «фактами» называют универсальные утверждения (например, закон теплового расширения). Вместе с тем, методологически необходимо различать факты (единичные события) и универсальные законы (*Карнап Р.* Философские основания физики. Пер. с англ. Г. И. Рузавина. Общ. ред. И. Б. Новака. М., 1971. С. 41–43, 307).

Во-вторых, Кельзен разделяет факт и его смысл. Очевидно, что смысл факта не является чем-то чувственно воспринимаемым и происходящим в пространстве и времени. По этой причине у одних и тех же фактов (чувственно-воспринимаемых событий, происходящих в пространстве и времени) может быть разный смысл.

Г. Л. А. Харт неоднократно отмечает, что существование правила признания (как и других правовых норм) представляет собой определённый факт.³⁶⁸ Но что в таком случае понимается под фактом? Очевидно, что утверждение о существовании правила признания предполагает не только то, что некоторые факты в прошлом имели место, но и то, что некоторые факты произойдут в будущем. То есть речь идёт о социальной закономерности. Кроме того, очевидно, что для предположения о существовании такой социальной закономерности недостаточно обращения к внешнему наблюдению за действиями людей. Правило признания по Харту предполагается выводимым на основании анализа деятельности правоприменительных органов (оно является критерием, которым они руководствуются при определении принадлежности нормы к данной правовой системе).³⁶⁹ Но правоприменительные органы существуют не сами по себе, а на основании определённых правовых норм, определяющих их компетенцию.³⁷⁰ Деятельность правоприменительных органов, на основании которой предполагается делать подобные выводы, также не может быть выражена в терминах внешнего описания человеческого поведения. Для

³⁶⁸ См., напр.: *Харт Г. Л. А. Понятие права*: пер. с англ. / под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 92–93, 111–116, 254. – О правиле признания Харт, в частности, пишет, что утверждение о его существовании «может быть только внешним утверждением факта. Ибо, в то время как подчиненное правило системы может быть действительным и в этом смысле «существовать» даже если все его игнорируют, правило признания существует только в сложной, но обычно согласованной деятельности судов, официальных и частных лиц по выявлению права через обращение к некоторым критериям. Его существование — это вопрос факта» (Там же. С. 113–114).

³⁶⁹ Там же. С. 104–121.

³⁷⁰ Аналогичный аргумент был использован Кельзеном при обсуждении концепции американского правового реалиста Дж. Ч. Грея. В соответствии с концепцией Грея, право состоит исключительно из судебных решений. Всё остальное (законы, обычаи, правила морали и т.д.) является источниками права. На вопрос о том, каковы границы власти судей, Грей отвечает, что судьи имеют только те полномочия, которые даны им организацией государства. В ответ на это Кельзен справедливо замечает, что организация государства представляет собой не что иное как действующий правовой порядок, конституцию и основанные на ней нормы (*Kelsen H. General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005. P. 150–152).

описания этой деятельности необходима ссылка на применяемые ими правовые нормы. То есть необходимо обращение к смыслу факта, не совпадающему с самим фактом.

Ещё одной особенностью теории Харта является разделение внешней и внутренней точек зрения на правило. Первая, по его мнению, соответствует позиции наблюдателя, который сам не принимает правила, а вторая – позиции члена социальной группы, который принимает и использует правила как руководство к действию.³⁷¹ Одной из сложностей теории права является необходимость учитывать обе эти точки зрения.³⁷² Практическая же проблема состоит в том, что в любой момент в жизни любого социума, который живет по правилам, правовым или нет, могут возникнуть трения между теми, кто, с одной стороны, принимает и добровольно содействует исполнению права и воспринимает свое собственное поведение и поступки других людей в свете этих правил, и, с другой стороны, теми, кто отвергает эти правила и относится к ним с внешней точки зрения как к знакам, предупреждающим о возможном наказании за их нарушение.³⁷³

§ 4.2.3. Правовая концепция Дж. Раза

Самым известным продолжателем философско-правового направления, основанного Г. Хартом, является его ученик, британский правовед Джозеф Раз. Среди его наиболее значимых научных исследований следует отметить «Понятие правовой системы»,³⁷⁴ «Практические основания и нормы»³⁷⁵ и «Власть права».³⁷⁶ В целом Раз развивает (например, в дискуссиях о самореференции в праве с А. Россом³⁷⁷ и о принципах и правилах с Р. Дворкиным),³⁷⁸ дополняет (например, в части исследования структуры

³⁷¹ *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 93.

³⁷² Там же. С. 95.

³⁷³ Там же. С. 95.

³⁷⁴ *Raz J.* The Concept of Legal System. 2nd ed. Hong Kong, 1997. 241 p.

³⁷⁵ *Raz J.* Practical Reasons and Norms. Oxford, 2002. 220 p.

³⁷⁶ *Raz J.* The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Hong Kong, 1979. 220 p.

³⁷⁷ *Raz J.* Professor A. Ross and some Legal Puzzles // *Mind, New Series.* 1972. V. 81. № 323. P. 415–421.

³⁷⁸ *Raz J.* Legal Principles and the Limits of Law // *Yale Law Journal.* 1972. V. 81. P. 823–854.

правовых систем) и уточняет (например, в вопросах о понятии правила признания³⁷⁹ или теории социальных функций права)³⁸⁰ идеи Харта.

Наиболее оригинальной частью концепции Раза является его теория норм, для построения которой он обращается к понятию оснований для действия (reasons for actions). Центральный вопрос теории норм – отношение норм к таким основаниям. Одни нормы (категорические и разрешающие) сами являются основаниями определённого рода, в то время как другие (уполномочивающие нормы) логически связаны с ними.³⁸¹ Специфика юридических правил как оснований состоит в их «непрозрачности», то есть в том, что они не указывают на благо в том действии, для которого являются основаниями.³⁸²

Непосредственное влияние чистого учения о праве на концепцию Раза проявляется в первую очередь в его учении о правовой системе³⁸³ и пробелах в праве. Подобно Кельзену Раз отрицает существование пробелов в праве. По его мнению, невозможность существования пробелов в праве является следствием позитивистского тезиса источников, в соответствии с которым всё право сводится к источникам права, которые, в свою очередь, являются социальными фактами.³⁸⁴

§ 4.3. Институциональный юридический позитивизм

Среди позитивистских концепций второй половины XX века особое место занимает институциональный юридический позитивизм О. Вайнбергера и Н. МакКормика.

³⁷⁹ Raz J. The Concept of a Legal System. P. 200.

³⁸⁰ Raz J. The Authority of Law. P. 177–178.

³⁸¹ Raz J. Practical Reasons and Norms. P. 9. См. также: Раз Д. Мысля с помощью правил // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 457–472.

³⁸² Раз Д. Мысля с помощью правил. С. 459.

³⁸³ Данный вопрос будет рассмотрен в § 2 главы 4 настоящей работы.

³⁸⁴ Raz J. The Authority of Law. P. 70–77.

Институциональная теория права³⁸⁵ — теория, разрабатывавшаяся первоначально независимо, а потом совместно двумя исследователями, — Нейлом МакКормиком и Отой Вайнбергером. Примечательно, что они начинали свои исследования с разных философско-правовых позиций: Н. МакКормик был учеником Г. Л. А. Харта и первоначально развивал свои идеи в русле оксфордской школы философии права, а О. Вайнбергер был учеником Ф. Вейра и К. Энглиша и представлял брновскую школу³⁸⁶ чистого учения о праве. Тем не менее, со временем их взгляды сблизились настолько, что это позволило говорить о появлении новой философско-правовой школы.³⁸⁷

В основе институциональной теории права находится концепция институционального факта.³⁸⁸ Эта концепция сформировалась под влиянием идей британского философа Г. Э. М. Анскомб и американского философа Дж. Сёрля о противопоставлении грубого факта и институционального факта.³⁸⁹ Грубыми являются такие факты, которые относятся к существованию и пространственно-временному положению материальных объектов. Они не зависят от человеческих конвенций и замыслов.³⁹⁰ В отличие от них, институциональные факты предполагают существование человеческих институтов, то есть конститутивных правил.³⁹¹ Истинность суждений об институциональных фактах, таким образом, зависит не только от грубых фактов мира вещей, но и от применения к ним правил.³⁹² К институциональным фактам относятся игры, соглашения, брак, организации

³⁸⁵ Конечно, теория О. Вайнбергера и Н. МакКормика не была ни первой, ни последней попыткой анализа юридических проблем при помощи социологического понятия института. Для отделения этой теории от иных институциональных подходов к исследованию права, её иногда называют «институциональный юридический позитивизм», однако, поскольку в данном исследовании такая проблема отсутствует, мы используем то название, которое предпочитали сами авторы теории.

³⁸⁶ Основоположником брновской школы чистого учения о праве был чешский юрист Франтишек Вейр.

³⁸⁷ Peczenik A. On Law and Reason. Dordrecht, 2008. P. 190.

³⁸⁸ Более подробно это понятие исследовано в работах Н. МакКормика.

³⁸⁹ Searle J. R. Speech Acts. Cambridge, 1969. P. 50–53.

³⁹⁰ Ibid. P. 50–51; MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. Dordrecht, 1986. P. 9.

³⁹¹ Searle J. R. Speech Acts. P. 51–52. – Н. МакКормик и О. Вайнбергер предпочитали использовать близкое, но отличающееся понятие институтов как правовых понятий, обозначающих вещи, которые для юридических целей предполагаются существующими во времени.

³⁹² MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 51.

и т.д. Само право тоже является институциональным фактом. Институциональные понятия, такие как договор, турнир, игра, всегда существуют не сами по себе, а относительно некоторой нормативной системы.

Институты обладают следующими общими чертами.

1. Для каждого из них право устанавливает, когда оно (договор, право собственности, завещание, физическое лицо, корпорация и т.д.) начинает существовать. То есть право устанавливает, что при совершении определённых действий или при определённых событиях, начинает существовать конкретный пример соответствующего института. Эти условия могут быть сформулированы в отдельной норме, которую можно назвать учреждающим (institutive) правилом.

2. Право устанавливает множество юридических следствий существования института. Иными словами, существует класс норм, юридическим фактом для которых является существование института. Эти нормы можно назвать правилами следствий.

3. Для каждого института можно найти нормы, устанавливающие, при каких обстоятельствах он прекращает существовать. Эти нормы можно назвать правилами прекращения.³⁹³

По мнению Н. МакКормика, на указанные правила можно разложить всё договорное право, вещное право и т.д., более того, невозможно юридически использовать понятия соответствующих институтов иначе, как в терминах учреждающих правил, правил следствий и правил прекращения.³⁹⁴

Связь чистого учения о праве с институциональным юридическим позитивизмом в наибольшей степени проявляется в теории государства и в теории норм, которые мы подробнее рассмотрим ниже. Необходимо отметить, что если теория государства Вайнбергера и МакКормика весьма

³⁹³ Ibid. P. 52–53.

³⁹⁴ Ibid. P. 53.

оригинальна, то их теория норм, в целом, близка концепции Росса и концепции Кельзена в его поздний период.

§ 4.4. Правовая концепция Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона

Исследования аргентинских правоведов Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона сосредоточены главным образом на логическом анализе норм. По утверждению авторов, наиболее поучительными для них были работы философов Г. Х. фон Вригта, Р. Карнапа, А. Тарского и правоведов Г. Кельзена, А. Росса и Г. Л. А. Харта.³⁹⁵ В отличие от оксфордской школы, аргентинским правоведам близко логическое направление аналитической философии, стремящееся приблизиться к решению философских проблем при помощи логических методов. В своих исследованиях авторы стремились соединить достижения современной символической логики (в том числе деонтической логики) с традиционным правоведением.³⁹⁶

Наибольшую известность авторам принесла книга «Нормативные системы».³⁹⁷ В данной работе авторы отграничивают общее понятие нормативной системы (как определённой совокупности норм и их логических следствий) от понятия нормативного порядка как совокупности действующих предписаний, действительность которых имеет общий источник.³⁹⁸ Авторы «Нормативных систем» стремятся создать логические инструменты, позволяющие анализировать такие ограниченные совокупности норм. Одна из задач, которую, по мнению авторов, позволяет решить их теория – проблема пробелов в праве. Возражая против позиций Э. Цительмана, Г. Кельзена и Дж. Раза, авторы действительно доказывают, что в рамках предложенной ими концептуализации юридических явлений пробелы

³⁹⁵ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 309.

³⁹⁶ Там же. С. 310-312.

³⁹⁷ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 309-472.

³⁹⁸ Там же. С. 313.

в праве существуют, хотя сама по себе их концептуализация открыта для критики.

Альчуррон и Булыгин также являются авторами экспрессивной концепции норм, частично основанной на теории речевых актов Дж. Остина и выражающей, по их мнению идеи А. Росса и Г. Кельзена. Данную концепцию можно считать альтернативной по отношению к деонтической логике, поскольку она строится исключительно в рамках традиционной логики, в которой нормы трактуются как речевые акты, соединённые с высказываниями (имеющими истинностное значение).³⁹⁹

§ 4.5. Эксклюзивный и инклюзивный юридический позитивизм

Для представителей следующего поколения юридического позитивизма характерно не столько построение теорий, систематически излагающих определённую концепцию, сколько исследования в рамках отдельных концептуальных споров, в первую очередь о понятии права и о его соотношении с моралью.

Наиболее известной дискуссией такого рода является внутripозитивистский спор сторонников эксклюзивного и инклюзивного юридического позитивизма, вызванный различиями в ответе на критику юридического позитивизма со стороны Р. Дворкина.⁴⁰⁰ Правоведы-позитивисты склонны участвовать в этой дискуссии в той степени, в которой они считают критику Дворкина значимой. По этой причине наибольшую остроту дискуссия приняла среди англоязычных, в особенности британских авторов, в то время как авторы, принадлежащие к другим юридическим традициям, склонны считать значимость данной дискуссии (как и критики Р. Дворкина) преувеличенной.⁴⁰¹ Понятие «инклюзивного юридического позитивизма» (так же как и «эксклюзивного юридического позитивизма»)

³⁹⁹ Подробнее об экспрессивной концепции норм см. § 1 главы 4.

⁴⁰⁰ О полемике Харта и Дворкина см.: *Касаткин С. Н.* Постскрипtum к «Понятию права» Г. Харта // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 753-789.

⁴⁰¹ *Булыгин Е. В.* К проблеме объективности права // Проблемы філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 7.

было введено В. Дж. Валучёвом в одноимённой монографии, впервые опубликованной в 1994 году,⁴⁰² однако его исходные идеи восходят к Г. Л. А. Харту.⁴⁰³ К сторонникам инклюзивного юридического позитивизма, помимо указанных авторов, относятся М. Крамер,⁴⁰⁴ Дж. Колман⁴⁰⁵ и К. Э. Химма.⁴⁰⁶ Сторонниками противоположного направления являются Дж. Раз,⁴⁰⁷ А. Мармор⁴⁰⁸ и С. Шапиро.⁴⁰⁹

Критический аргумент Дворкина против юридического позитивизма состоял в следующем: он полагал, что мораль играет существенную и не-дискреционную роль в правовом мышлении, из чего следует, что по крайней мере некоторые моральные стандарты являются частью права. С точки зрения инклюзивного юридического позитивизма право может включать в себя мораль в том случае, если это допускает правило признания данной правовой системы, однако возможна правовая система, не включающая в себя моральных норм. С точки зрения эксклюзивного юридического позитивизма это невозможно по концептуальным причинам, соответственно, в случае, если право содержит в себе отсылку к морали или к таким понятиям как «справедливость», «честность» или «равенство», в нём содержится пробел, а принимающий решение судья действует как законодатель.⁴¹⁰ Позиция сторонников эксклюзивного юридического позитивизма восходит к теории оснований для действия Дж. Раза. Аргумент от данной теории состоит в том, что претензия на власть, которая, в частности, свойственна праву, предполагает стремление исключить для субъекта другие основания для

⁴⁰² Waluchow W. J. Inclusive Legal Positivism. New York, 2003. 290 p.

⁴⁰³ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 250-254; Waluchow W. J. Inclusive Legal Positivism. P. vi, 232-272.

⁴⁰⁴ Kramer M. In Defence of Legal Positivism: Law without Trimmings. New York, 2003. 313 p.

⁴⁰⁵ Coleman J. Incorporationalism, Conventionality and the Practical Difference Thesis // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law* / Ed. by J. Coleman. New York, 2005. P. 99-147.

⁴⁰⁶ Himma K. E. Law's Claim to Legitimate Authority // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law*. P. 271-309.

⁴⁰⁷ Raz J. Legal Positivism and the Sources of Law // *The Authority of Law*. P. 37-52.

⁴⁰⁸ Marmor A. Exclusive Legal Positivism // *Positive Law and Objective Values*. New York, 2001. P. 49-70.

⁴⁰⁹ Shapiro S. J. On Hart's Way Out // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law*. P. 149-191.

⁴¹⁰ Priel D. Farewell to Exclusive-Inclusive Debate // *Oxford Journal of Legal Studies*. V. 25. 2005. № 4. P. 675-676; Villa V. Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments // *Ratio Juris*. V. 22 № 1. 2009. P. 113-115.

данного действия. В то же время, моральные нормы не содержат претензии на власть в данном смысле. Поэтому право не может включить в свой состав моральные нормы.⁴¹¹

В научной литературе, посвящённой данной дискуссии высказывается как мнение, в соответствии с которым обращение Харта к инклюзивному (мягкому в его терминологии) юридическому позитивизму представляет собой изменение его первоначальной позиции под влиянием критики Дворкина,⁴¹² так и противоположенное мнение, согласно которому позиция Харта не менялась.⁴¹³ Нам представляется, что верно первое утверждение.

Концепция возможности включения моральных норм в правовую систему, *prima facie* близкая в инклюзивному юридическому позитивизму, высказывалась Г. Кельзенем. В соответствии с ней, право и мораль могут рассматриваться с одной и той же точки зрения в случае наличия между ними отношения «делегации», в соответствии с которым один порядок делает отсылку к другому. Делегированная часть морали становится частью позитивного права, а делегированная часть права, соответственно, частью морали.⁴¹⁴ Кельзен полагал, что аналогичным образом право соотносится международное и внутригосударственное право,⁴¹⁵ а также внутригосударственное право и частноправовые нормы правопорядков других государств, применяемые в соответствии с международным частным правом данного государства.⁴¹⁶

Харт в статье «Доктрина единства права Кельзена» выступил с критикой данной концепции Кельзена. Несмотря на то, что критика была направлена на международно-правовую часть данной доктрины, нет оснований полагать, что аргументы Харта не могли бы быть применены и к соотношению морали и права. По мнению Харта, норма идентифицируется

⁴¹¹ Priel D. Farewell to Exclusive-Inclusive Debate // Oxford Journal of Legal Studies. V. 25. 2005. № 4. P. 680-681.

⁴¹² Касаткин С. Н. Постскрипtum к «Понятию права» Г. Харта. С. 757.

⁴¹³ Данная позиция восходит к пояснениям самого Харта: Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 250-254; см. также: Касаткин С. Н. Постскрипtum к «Понятию права» Г. Харта. С. 766-769.

⁴¹⁴ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 374.

⁴¹⁵ Ibid. P. 373.

⁴¹⁶ Ibid. P. 243-244.

через своё происхождение. Необходимо различать вопросы «Рассматривает ли английское право советское право как собственную часть?» и «Является ли советское право действующим в соответствии с английским правом?». ⁴¹⁷ Сравнивая применение английскими судами английского и шведского законодательства о юридических лицах, он отмечает: «этот шведский закон существует как часть не английского, а шведского права, и существовал таким образом до издания английского закона, возлагающего обязанности на шведскую корпорацию, в то время как в случае, когда английский закон возлагает обязанности на английскую корпорацию, учредительные документы корпорации существуют как часть английского права». ⁴¹⁸

Рассмотрев «посткельзенское» развитие юридического позитивизма мы можем сформулировать следующие выводы.

1. Позитивисты второй половины XX века стремились построить свою методологию на основе аналитической философии, причём различных её направлений:

а) А. Росс, Е. В. Булыгин и К. Э. Альчуррон обращаются к логическому направлению аналитической философии, связанному, в частности, с именами таких философов и логиков, как Г. Фреге, Б. Рассел, Р. Карнап, А. Тарский, Г. Х. фон Вригт, У. В. О. Куайн;

б) правоведы Оксфордской школы, вслед за Г. Л. А. Хартом, обращаются к лингвистическому направлению аналитической философии, представленному «поздним» Л. Витгенштейном, Дж. Л. Остином, Г. Райлом, и Ф. Вайсманом;

в) представители институционального юридического позитивизма обращаются к концепции институциональных фактов аналитических философов Дж. Анскомб и Дж. Сёрла. ⁴¹⁹

⁴¹⁷ Hart H. L. A. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law // Essays in Jurisprudence and Philosophy. P. 320.

⁴¹⁸ Hart H. L. A. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law // Essays in Jurisprudence and Philosophy. P. 316-317.

⁴¹⁹ Взгляды указанных философов едва ли можно отнести к логическому или лингвистическому направлению аналитической философии (хотя, всё же, они ближе к последнему). Их работы характеризуют

2. Рассмотренные нами направления юридического позитивизма стремились к включению в теоретический анализ социологических элементов, связанных с действенностью правовых норм. Все указанные авторы подчеркивали, что право и правовые нормы сами по себе представляют собой социальные факты и должны анализироваться в качестве таковых.

3. Рассмотренные направления юридического позитивизма (за исключением представленного именами Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона) также стремились включить в теоретический анализ психологические элементы, связанные с восприятием нормы индивидуальной психикой.

4. Чистое учение о праве оказало существенное влияние на все без исключения рассмотренные направления юридического позитивизма.⁴²⁰

расширение проблематики аналитической философии и открывают исследования в области философии сознания. См.: *Никоненко С. В.* Аналитическая философия. С. 292-309; *Блинов А. К., Ладов В. А., Лебедев М. В.* Аналитическая философия: учебник. М., 2005. С. 612-685

⁴²⁰ Наименьшее влияние, конечно, теория Кельзена оказала на дискуссию эксклюзивного и инклюзивного позитивизма, однако, с учётом рассмотренной нами предыстории данного спора, мы полагаем что и этот случай не стал исключением.

Глава 3. Понятие права в юридическом позитивизме XX века

§ 1. Признаки понятия права

Вопрос о понятии права – один из классических вопросов философии права, дать ответ на который пытались практически все философы права, порой даже отчаиваясь в самой возможности сделать это.⁴²¹ Несмотря на то что с точки зрения методологического номинализма научная значимость этого вопроса сильно преувеличена,⁴²² понятие права – важный инструмент общей теории права, и, не определив его, невозможно построить концептуальную систему в качестве необходимого фундамента юридической науки. По этой причине вопрос о признаках понятия права – один из первых вопросов, на который чистое учение о праве пытается дать ответ при своём систематическом изложении.⁴²³

Объясняя метод определения признаков понятия права, Кельзен указывает, что отправной точкой для определения права должно быть обычное словоупотребление. Если возможно выявить общие признаки для всех объектов, которые им охватываются, то построенное на их основе определение будет обладать преимуществом перед другими определениями. Возможно, ни один значимый признак выявлен не будет, но если это удастся, то его включение в определение понятия права будет оправдано. Кельзен отмечает также, что построение того или иного научного понятия, как инструмента теоретического исследования, безусловно зависит от целей исследования, и для целей общетеоретического исследования целесообразно построить максимально широкое понятие права (что не исключает построения более узких понятий для иных целей).⁴²⁴ Как нам представляется,

⁴²¹ *Шауер Ф.* Существует ли понятие права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 510-526; ср. со знаменитым высказыванием Канта о том, что юристы до сих пор ищут дефиницию для своего понятия права (*Кант И.* Собр. соч. В 6 т. Т. 3. С. 612).

⁴²² Методологический номинализм исходит из того, что определение это не цель научного исследования, а его начальная точка, а сами определения не являются истинными или ложными. О методологическом номинализме см.: *Краевский А. А.* Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 796-801.

⁴²³ *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 4-29.

⁴²⁴ *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 4.

данные рассуждения отражают методологический номинализм Кельзена, а также его неявное обращение к методу логической экспликации понятия.⁴²⁵

По мнению Кельзена, такой признак существует — в обычном словоупотреблении слово «право» отсылает к специфической социальной технике принудительного (социального) порядка, с которым он и отождествляет право.⁴²⁶

Понятие принудительного порядка по сути сочетает в себе два признака: принудительность и порядок (социальный порядок). Оба этих признака нуждаются в дальнейшем пояснении.

Понятие социального порядка коррелирует с концепцией ступенчатой (иерархической) структуры нормативной системы.⁴²⁷ Кельзен определяет нормативный порядок как «систему норм, единство которых зиждется на том, что они имеют общее основание действительности (*Geltungsgrund*), а основание действительности нормативного порядка... составляет основная норма, из которой выводится действительность всех норм, относящихся к этому порядку».⁴²⁸ Социальный порядок это нормативный порядок, который регулирует человеческое поведение, непосредственно или опосредованно касающийся других людей. Таким образом, социальными порядками являются право и мораль, а логика является нормативным, но не социальным порядком.⁴²⁹

Рассматривая вопрос о необходимости этого признака, Кельзен отмечает, что в этом случае «норма, установленная законодателем в соответствии с конституцией и предписывающая определенное человеческое поведение, не связывая противоположное с актом принуждения в качестве

⁴²⁵ О подходе Кельзена к построению понятий см.: *Краевский А. А.* Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // *Российский ежегодник теории права.* № 3. 2010. С. 801-803.

⁴²⁶ *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 18-19.

⁴²⁷ О соотношении понятий «социальный (нормативный) порядок» и «нормативная системы» см.: *van de Kirchove M., Ost F.* Legal System Between Order and Disorder. New York, 1994. P. 2-6. Кельзен использовал соответствующие термины как взаимозаменяемые, то есть для обозначения одного и того же понятия (*Ibid.* P. 5.).

⁴²⁸ Чистое учение о праве. Выпуск 1. С. 38.

⁴²⁹ Там же. С. 38. Стоит отметить, что впоследствии Кельзен пересмотрел свою позицию относительно логики как нормативного порядка, высказав сомнение в том, что понятие нормы может охватить логические законы (*Kelsen H.* General Theory of Norms. P. 1).

санкции, отличалась бы от моральной нормы только своим происхождением, а правовая норма, созданная на основании обычая, вообще не отличалась бы от моральной нормы, тоже основанной на обычае. Если обычай признан конституцией в качестве нормотворческого фактора, то все моральные нормы, созданные обычаем, составляют часть правопорядка».⁴³⁰ Из этого следует, как полагает австрийский правовед, что «определение права, не признающее его принудительным порядком, должно быть отвергнуто. Прежде всего потому, что только включение в определение права элемента принуждения дает четкий критерий, позволяющий выделить право среди других социальных порядков, так как принуждение – это фактор, чрезвычайно важный для познания социальных отношений и весьма характерный для социальных порядков, обозначаемых словом «право»».⁴³¹

Второй признак понятия права, выделенный Кельзеном (в отличие от первого) выступал и продолжает выступать предметом многочисленных дискуссий, в которых очно или заочно принимает участие и Кельзен. Оппоненты тезиса о принудительности права высказывали следующие основные возражения.

1. Теория Е. Эрлиха. По мнению Е. Эрлиха представление о принудительности права сводит право к решению судами юридических споров. Вместе с тем, очевидно, что реализация правовых норм в большинстве случаев происходит добровольно, без всякого принуждения и без мотивации, связанной с возможностью принуждения.⁴³² Ошибка этого подхода, которую часто совершают социологи права, по мнению Кельзена, состоит в том, что они смешивают вопрос о фактической мотивации человеческого поведения с представлением о праве как определённой социальной технике. Кроме того, в этом случае теряется возможность отличить права от других социальных явлений.⁴³³

⁴³⁰ Чистое учение о праве. Выпуск 1. С. 75-76.

⁴³¹ Чистое учение о праве. Выпуск 1. С. 76.

⁴³² Ehrlich O. Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge, 1936. P. 21.

⁴³³ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 24-28.

2. Теория бесконечной серии санкций. Русско-польский правовед Л. И. Петражицкий полагал, что предположении, что каждая правовая норма должна быть обеспечена санкцией, влечёт бесконечный регресс санкций, и тем самым означает невозможность обоснования обязательности нормы через принуждение: «с точки зрения теории принуждения нормой права (x) является лишь такая норма, на случай отсутствия добровольного исполнения которой другая норма права (x_1) предусматривает применение принудительных мер, например, предписывает известным лицам (судебному приставу, полицейским служителям...) применить принудительное исполнение. Но эта норма (x_1), в свою очередь, лишь в том случае может быть по теории принуждения правовой нормой, если существует дальнейшая норма (x_2), которая на случай отсутствия добровольного исполнения этой нормы (x_1) предусматривает, в свою очередь, принудительные меры (например, на случай нежелания судебного пристава, чинов полиции и т. п. добровольно исполнить свою обязанность, предписывает известным лицам принять принудительные меры против этих ослушников). Норма x_2 точно так же должна иметь дальнейшую санкцию соответственного содержания — x_3 , за нормой x_3 должна следовать санкция x_4 и т. д. — до бесконечности». На этом основании ученый делает вывод о том, что «проверить и доказать, что какая-либо норма соответствует такому определению и поэтому должна быть признана нормой права, невозможно, ибо это требовало бы бесконечного доказательства, а всякий конец доказательства и проверки за отсутствием дальнейшей санкции был бы вместе с тем доказательством, что все предыдущие нормы не суть нормы права (например, если бы дошли до нормы x_{20} , но такой нормы (x_{21}), которая на случай нарушения нормы x_{20} предусматривала бы принудительные меры, не оказалось, то оказалось бы, что норма x_{20} как “непринудительная” норма права есть неправовая норма, поэтому и норма x_{19} , как лишенная правовой санкции — санкции в виде нормы права, предписывающей принуждение, — оказалась бы неправовой

нормой и т. д.)».⁴³⁴ Аргумент Петражицкого вызвал широкую научную дискуссию, предмет которой впоследствии сместился от вопроса о принудительности права к вопросу о возможности и допустимости самореференции в праве.⁴³⁵

Кельзен считает верным утверждение, в соответствии с которым «для того чтобы обеспечить действенность правила n -й степени, необходимо правило степени $n+1$, и, соответственно, невозможно обеспечить действенность всех правовых норм при помощи правил, устанавливающих санкции». Соглашаясь с данным утверждением, Кельзен вместе с тем полагает, что норма права — это не правило, действенность которого обеспечивается другим правилом, устанавливающим санкцию; проблема принуждения в его понимании — это не проблема обеспечения действенности правил, а проблема содержания правил. Все нормы правового порядка — это принудительные нормы, т. е., нормы, прямо устанавливающие санкции (самостоятельные нормы), либо определяющие условия их применения (несамостоятельные нормы); но среди этих норм есть такие, действенность которых не обеспечивается другими принудительными нормами, что, однако, не лишает их принудительного, а следовательно, правового характера. «Тот факт, — пишет Кельзен, — что невозможно обеспечить действенность всех правил правового порядка при помощи правил, устанавливающих санкции, не исключает возможность рассматривать в качестве правовых только те нормы, которые устанавливают санкции».⁴³⁶

3. Теория общества святых Н. М. Коркунова. По мнению русского правоведа Н. М. Коркунова, теория принудительности опровергается мысленным экспериментом существования общества святых, в котором не

⁴³⁴ *Петражицкий Л. И.* Очерки философии права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 288–289; см.: *Тимошина Е. В.* Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. № 5. 2011. С. 46–71.

⁴³⁵ О данной дискуссии см.: *Краевский А. А., Тимошина Е. В.* Проблема самореференции в праве: к истории дискуссии // Правоведение. № 3. 2012. С. 35–43.

⁴³⁶ *Kelsen H.* General Theory of Law and State. P. 28–29.

совершаются нарушения действующих норм, однако существует потребность в правовом регулировании.⁴³⁷ К данной теории в определённом отношении близка теория «хорошего человека» Л. Фуллера. По мнению американского правоведа правовая наука должна исходить из образа «хорошего человека» как разумного социального деятеля, наделенного свободой и ответственностью.⁴³⁸ Действительно, как отмечал Кельзен, право в чистом учении о праве рассматривается как реакция на определенное поведение (правонарушение); в определенном смысле он продолжает идею Фомы Аквинского о том, что праву подчинены лишь злые люди, а не добрые.⁴³⁹ Тем не менее, принуждение является очень важной частью современного общества, и саму гипотезу о возможности существования общества, в котором отсутствует принудительный социальный порядок, Кельзен считает проблематической, отмечая, что, во всяком случае, такое общество будет отличаться от современных обществ значительно больше, чем современные США отличаются от Древнего Вавилона, а современная Швейцария – от африканского племени Ашанти.⁴⁴⁰

Герберт Харт в своей концепции отказывается от второго признака понятия права, выделенного Кельзенем (признака принудительности), однако стремится развить и уточнить первый.

Основное возражение британского правоведа направлено не против признака принудительности как такового, а против описанной выше интерпретации этого признака Кельзенем как сводящей право к предписаниям о применении санкций. По мнению Харта, теория Кельзена приводит к «затемнению роли права в качестве средства социального

⁴³⁷ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 70.

⁴³⁸ Соответственно, предметом критики Фуллера была концепция «плохого человека» американских реалистов, исходившая из предположения о человеке как о потенциальном правонарушителе (Архипов В. В. Концепция права Лона Л. Фуллера: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01 - теория и история права и государства; история учений о праве и государстве / В. В. Архипов; науч. рук. И. Ю. Козлихин; Санкт-Петербургский государственный университет. СПб., 2009. С. 10). По мнению В. В. Архипова, данная концепция очень важна для понимания теории самого Л. Фуллера (Там же. С. 10).

⁴³⁹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 150.

⁴⁴⁰ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 19-20.

контроля».⁴⁴¹ Свою аргументацию Харт основывает на двух примерах. Во-первых, по мнению Харта, теория Кельзена не позволяет провести различие между штрафом и налогом, не прибегая к метаюридическим определениям (например, определениям через цели законодателя). Как полагает Харт, такие определения входили бы в противоречие с методологическими требованиями («чистотой») чистого учения о праве.⁴⁴² Впрочем, сам же Харт был вынужден признать, что даже с помощью подобных определений такое разграничение в некоторых случаях крайне проблематично.⁴⁴³ Во-вторых, считает Харт, ход рассуждений Кельзена можно было бы воспроизвести в отношении правил игры в крикет или бейсбол, утверждая при этом, что правила игры являются сложными указаниями арбитру для начисления очков или удаления игроков с поля. Харт считает, что такая интерпретация «скрывает механизм действия правил».⁴⁴⁴ Однако чистое учение о праве и не ставит перед собой задачи исследования механизма действия права с социологической или психологической точки зрения, оставляя это социологии и психологии права как метаюридические вопросы.⁴⁴⁵ Вероятно, возражение Кельзена против данного аргумента были бы в целом аналогичны приведённым выше его возражениям против теории Эрлиха.

Как уже отмечалось во второй главе настоящей работы, Харт определяет право как единство первичных и вторичных правил.⁴⁴⁶ Под первичными правилами понимаются правила непосредственно регулирующие поведение людей («касаются действий, состоящих в физических движениях или изменениях»). Под вторичными правилами понимаются «правила о правилах», позволяющие «совершать действия,

⁴⁴¹ *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 47–49.

⁴⁴² *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy.* P. 296–300.

⁴⁴³ *Ibid.* P. 301; *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 47, 247.

⁴⁴⁴ *Там же.* С. 48.

⁴⁴⁵ Необходимо отметить определенную эволюцию точки зрения Г. Харта на чистое учение о праве в этой части. Если в «The Concept of Law» эта важная для теории Кельзена предпосылка игнорируется, то в более поздней статье «Kelsen visited» Харт строит свою критику с учетом этого методологического положения.

⁴⁴⁶ *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 86.

которые не только приводят к физическим движениям или изменениям, но и к созданию или модификации обязанностей или обязательств».⁴⁴⁷

По мнению Харта, появление вторичных правил отражает эволюцию нормативной системы. Нормативная система, основанная на обычае, именуемая Хартом также «структурой, основанной на первичных правилах», характерна для примитивных обществ.⁴⁴⁸ По мнению британского правоведа такая система обладает тремя недостатками:

- 1) дефект неопределённости – нет чёткого критерия для определения содержания правила в спорном случае.⁴⁴⁹
- 2) дефект статичности – не существует механизма сознательного приспособления правил к меняющимся потребностям общества.⁴⁵⁰
- 3) дефект неэффективности – применение наказания за нарушение правила и другие формы социального давления не организованы.⁴⁵¹

Каждый из указанных дефектов может быть устранён путём введения соответствующего правила. Дефект неопределённости устраняется правилом признания, дефект статичности — правилами изменения, а дефект неэффективности — правилами суда.⁴⁵²

Исправление каждого из указанных дефектов можно рассматривать как последовательные шаги от доправового к правовому миру. По мнению Харта, каждый из них вносит в социальную жизнь элементы того, что свойственно именно праву. После появления правил всех трёх видов режим первичных правил превращается в полноценную правовую систему.⁴⁵³ Харт полагает, что данные правила позволяют провести различие между правом и правилами других типов.⁴⁵⁴

Вместе с тем, как представляется, в некоторых аспектах это не так. Неясно, как Харт ответил бы на вопрос Кельзена о возможности принятия

⁴⁴⁷ Там же. С. 85–86.

⁴⁴⁸ Там же. С. 95–96.

⁴⁴⁹ Там же. С. 96.

⁴⁵⁰ Там же. С. 96–97.

⁴⁵¹ Там же. С. 97–98.

⁴⁵² Там же. С. 98–103.

⁴⁵³ Там же. С. 98.

⁴⁵⁴ Там же. С. 17.

государственным органом нормы, имеющей чисто моральный характер, без какого-либо указания на её прямую или косвенную принудительность, например, издания закона, содержащего заповедь «Возлюби ближнего своего как самого себя»? Возможно, Харт ответил бы, что вопрос отнесения конкретных правил к праву в данной правовой системе – это вопрос содержания правила признания данной конкретной правовой системы, которое может включать в себя критерии не только источника происхождения нормы, но и её содержания. Однако такой ответ не может быть признан удовлетворительным, потому что если во всех возможных правовых системах правило признания включает в себя принудительность права, то это значит, что это логически необходимый признак права. Если же нет, и возможна правовая система, не включающая в себя признак принудительности права, то, следовательно, такая норма может быть правовой с точки зрения концепции Харта, что представляется контринтуитивным.

Необходимо также отметить, что нормативные системы примитивных обществ и, в принципе, аналогичное им в силу своей децентрализованности международное право исключаются из предмета юридического анализа, поскольку не соответствуют критерию наличия вторичных правил всех трёх типов.

Институциональный правовой позитивизм О. Вайнбергера и Н. МакКормика в вопросе о понятии права в целом стремится соединить черты концепций Кельзена и Харта.

Формулирование своего понятия права институционалисты начинают с понятия нормативного порядка. Последний представляет собой идеальный порядок, определённую совокупность норм, которая поддерживается и осознаётся людьми. Несмотря на идеальный характер нормативного порядка, нельзя говорить о его полной оппозиции фактам (бытию), поскольку он

воплощается в реальных действиях и ожиданиях людей.⁴⁵⁵ Нормативный порядок необходимо предполагает оценку человеческих действий на предмет соответствия или несоответствия. Эта оценка может быть внутренней (автономной) или внешней (гетерономной). Она институционализируется, когда устанавливается правило для разрешения споров, определяющее судьбу и правило окончательного решения.⁴⁵⁶ Институциональный порядок, поддерживаемый силой принуждения, представляет собой правовой порядок.⁴⁵⁷ Необходимо отметить, что принудительность права здесь понимается не как наличие санкции у каждой нормы или сводимость всех норм к нормам, устанавливающим условия применения актов принуждения, а как связь с институтом, способным осуществлять эффективное принуждение.⁴⁵⁸

МакКормик, обращаясь к концепции Кельзена о разделении юридической статики и динамики, критикует понятие права Харта, полагая, что в нём объединены гетерогенные категории правил – динамические правила изменения и суда и статическое правило признания. По мнению МакКормика, выделение универсальной структуры правовой системы (как это пытался сделать Харт) нецелесообразно ввиду исторической изменчивости права.⁴⁵⁹

Позиция других позитивистов, как правило, сводится к поддержке одного из изложенных понятий права.

Таким образом, можно сделать вывод, что для современного юридического позитивизма важнейшими признаками понятия права остаются системность права и его принудительность. При этом одни авторы

⁴⁵⁵ MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order // Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. Oxford, 1999. P. 1-6; MacCormick N. Institutions of Law. P. 16-18.

⁴⁵⁶ MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order. P. 7; MacCormick N. Institutions of Law. P. 31-37.

⁴⁵⁷ MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order. P. 7-10; MacCormick N. Institutions of Law. P. 39-60.

⁴⁵⁸ MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 160. Аналогичную концепцию принуждения отстаивал в полемике с Л. И. Петражицким русский философ права Б. Н. Чичерин ещё в 1904 году: «Принудительное исполнение нормы требует вообще организованной власти, прилагающей принуждение; но эта цель достигается, когда устанавливается власть, облечённая правом принуждать и которой отдельные лица *обязаны* подчиняться» (Чичерин Б. Н. Избранные труды. СПб., 1998. С. 512).

⁴⁵⁹ MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order. P. 11.

вслед за Кельзеном делают акцент на принудительности права, а другие, вслед за Хартом, отказываются от признака принудительности в пользу уточнения и развития признака системности (в первую очередь в части наличия первичных и вторичных правил).

§ 2. Право и мораль

Соотношение права и морали – это, возможно, центральный вопрос философии права. Ответ на него является важнейшим критерием для классификации типов правопонимания. Сам по себе юридический позитивизм предполагает утверждение об отсутствии необходимой концептуальной связи между правом и моралью. Расхождения по этому вопросу между позитивистами непринципиальны и зачастую обусловлены контекстом полемики с представителями противоположной позиции.

Различие между правом и моралью с точки зрения чистого учения о праве, как мы уже упоминали, состоит исключительно в принудительности первого. Поскольку справедливость является требованием морали, вопрос о соотношении права и справедливости рассматривается в контексте его соотношения с моралью.⁴⁶⁰ Мораль и право представляют собой две нормативные системы, которые могут рассматриваться с трёх точек зрения:

- 1) право и мораль как две независимые нормативные системы;
- 2) право как часть морали – в том случае, если мораль содержит норму, оправдывающую подчинение праву, само право становится частью морали;
- 3) мораль как часть права – если право содержит норму, делающую моральные нормы условием применения принуждения, тем самым оно включает её в свой состав.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 82-83. Необходимо отметить, что сама справедливость (по крайней мере, все известные формулы справедливости) рассматривалась Кельзеном как материально бессодержательное понятие, содержащее отсылку к некоторой нормативной системе (Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 2. С. 156-209). Аналогичную точку зрения высказывал В. Д. Катков (Катков В. Д. Наука и философия права? Берлин, 1901. С. 49-53).

⁴⁶¹ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 374.

Теория соотношения права и морали Герберта Харта формировалась в ходе полемики с американским юристом Лоном Фуллером.⁴⁶² Разделяя общепозитивистское представление о принципиальном разделении права и морали,⁴⁶³ Харт стремился выявить разумное зерно естественно-правовых концепций, надеясь, что это будет способствовать прекращению спора позитивизма и юснатурализма.⁴⁶⁴ Между естественными фактами с содержанием правовых и моральных норм в рамках естественно-правовых концепций существует рациональная связь, состоящая в каузальном влиянии на человеческое поведение и, в частности, являющаяся условием выживания людей.⁴⁶⁵ Ядро естественного права, по мнению Харта, может быть выражено в следующих трюизмах.

1. Уязвимость людей. Правила, устанавливающие запреты и ограничения на насилие необходимы, потому что люди уязвимы по отношению к нему.

2. Примерное равенство. Ни один индивид не является настолько сильным, чтобы быть в состоянии доминировать подчинить других в течение продолжительного времени, не прибегая к сотрудничеству. Это влечёт необходимость поиска моральных и юридических компромиссов.

3. Ограниченный альтруизм. Люди обладают склонностью как к альтруизму, так и к агрессии. Это делает систему взаимной сдержанности и необходимой, и возможной.

4. Ограниченные ресурсы. Материальные потребности людей в сочетании с ограниченностью ресурсов делают необходимым существование в какой-либо форме права собственности.

5. Ограниченное понимание и сила воли. Не все люди способны самостоятельно осознать указанные выше факты и добровольно

⁴⁶² *Харт Г. Л. А.* Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. № 5. 2005. С. 104-136; *Фуллер Л. Л.* Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. № 6. 2005. С. 124-159.

⁴⁶³ «Ни в каком смысле не является необходимой истиной то, что законы воспроизводят или удовлетворяют некоторым требованиям морали, хотя фактически они часто это делают» (*Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 188.).

⁴⁶⁴ Там же. С.188-195.

⁴⁶⁵ Там же. С. 195.

сотрудничать с другими людьми. Кроме того, не все люди способны преодолеть искушения, связанные с возможностью разного рода злоупотреблений. Это делает необходимым существование принуждения наряду с добровольным сотрудничеством.⁴⁶⁶

Данные трюизмы, по утверждению Харта, показывают, почему определение базовых форм права и морали без указания на какое-либо содержание или социальные потребности оказалось столь неадекватным. Статус определённых минимальных форм защиты личности, собственности и обещаний во внутригосударственном праве должен быть показан выражением «естественная необходимость» или каким-либо подобным.⁴⁶⁷

Харт также рассматривает попытки найти необходимую связь между правом и моралью, идущие дальше его собственного «минимального естественного права». Он выделяет следующие шесть утверждений такого рода.

1. Власть и авторитет. Утверждение, что правовая система должна базироваться на чувстве нравственного долга. Харт показывает, что несмотря на необходимость авторитета закона (для его эффективного функционирования), мотивы правомерного поведения могут быть различными.

2. Влияние морали на право. Право любого государства подвержено влиянию морали, в первую очередь через законодательство и судебную практику. С существованием такой связи между правом и моралью Харт готов согласиться.

3. Интерпретация. Судебная дискреция ставит перед судьёй проблему выбора одного из нескольких возможных вариантов решения. При принятии решения судья может руководствоваться, в том числе, моральными соображениями. Но это не свидетельствует о необходимой связи права и морали, кроме того, как правило, напоминания о том, что судьи должны

⁴⁶⁶ Там же. С. 195-199.

⁴⁶⁷ Там же. С. 200.

руководствоваться такими соображениями, исходят от тех, кому судебные решения кажутся недостаточно морально-обоснованными (формальными).

4. Критика права. В данном случае необходимой связью права и морали считается утверждение, что хорошая правовая система должна соответствовать некоторым моральным требованиям. Но это утверждение не исключает существования плохих и несправедливых правовых систем.

5. Принципы легальности и справедливости. С этой точки зрения (позиция Л. Фуллера) зачатки справедливости есть в самой идее применения общего правила закона, не искажённого предрассудком («процедурная справедливость»). Харт согласен с тем, что если в этом заключается необходимая связь права и морали, её можно принять, однако отмечает, что она совместима с очень большой несправедливостью.

6. Юридическая действительность и сопротивление праву. В соответствии с этой позицией (формула Радбруха) чрезмерно несправедливый закон должен рассматриваться как недействительный. Харт отмечает, что данная позиция основана главным образом на практических соображениях необходимости сопротивления крайне несправедливому закону. По его мнению, однако, сама по себе она не решает практических проблем сопротивления, более того, оно затемняет ряд моральных проблем, в частности, сократовский вопрос о подчинении несправедливому закону.⁴⁶⁸

После спора Харта и Фуллера важнейшей философско-правовой полемикой о необходимой связи права и морали следует признать дискуссию Е. В. Булыгина и Р. Алекси.⁴⁶⁹ Роберт Алекси в своих работах попытался собрать вместе аргументы против юридического позитивизма и ответить на все аргументы, высказанные ранее Хартом, Кельзеном и другими

⁴⁶⁸ Там же. С. 203-212.

⁴⁶⁹ Булыгин Е. В. Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. СПб., 2011. С. 38-41; Алекси Р. По поводу тезиса о необходимой связи между моралью и правом: критика со стороны Булыгина // Там же. С. 42-52; Булыгин Е. В. Основана ли философия права (ее часть) на ошибке? // Там же. С. 53-62; Антонов М. В. Спор Р. Алекси и Е. В. Булыгина о необходимой связи между правом и моралью // Там же. С. 34-37.

правоведами-позитивистами.⁴⁷⁰ Немецкий правовед выдвинул так называемый соединительный тезис: определение права включает в себя моральные элементы.⁴⁷¹ Важнейший и наиболее оригинальный аргумент в поддержку соединительного тезиса получил название «аргумента правильности». Данный аргумент состоит в том, что каждая отдельная правовая норма и правовая система в целом содержат в себе притязание на правильность. «Системы норм, которые прямо или косвенно не заявляют такого притязания, не являются правовыми системами... Правовые системы, которые, хотя и заявляют это притязание, однако ему не соответствуют, являются правовыми системами с правовыми дефектами». В ответ на антитезис, отрицающий необходимую связь права с притязанием на правильность, Р. Алекси выдвигает контрпример, в котором «речь идет о статье первой новой конституции для государства X, в котором меньшинство угнетает и эксплуатирует большинство. Меньшинству хотелось бы и дальше пользоваться благами эксплуатации, однако в то же время быть честным. Поэтому их конституционное совещание принимает следующее предложение в качестве первой статьи конституции: 1) X является суверенной, федеративной и несправедливой республикой». Данная статья, по мнению Р. Алекси, содержит в себе ошибку. Это не просто *техническая* ошибка нецелесообразности, она не является исключительно *моральной*. Это ошибка *терминологическая*, состоящая в перформативном противоречии.⁴⁷²

Возражая Алекси, Булыгин отмечает, что идея перформативного противоречия весьма неясна и, во всяком случае, оно не является логическим противоречием, поскольку здесь между двумя актами нет логических отношений. Имеет место некоторая прагматическая несовместимость двух

⁴⁷⁰ Подробнее о концепции Р. Алекси см.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011. 192 с., а также: Краевский А. А. [рец. на: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011. 192 с.] // Правоведение. № 4. 2011. С. 246-249.

⁴⁷¹ Алекси Р. Понятие и действительность права. С. 4.

⁴⁷² Алекси Р. Понятие и действительность права. С. 43-48. – Понятие перформативного противоречия основано на идеях английского философа Дж. Л. Остина, называвшего перформативом высказывание, произнесение которого означает совершение действия (*Остин Дж. Л. Как совершать действия при помощи слов? // Остин Дж. Л. Избранное. М., 1999. С. 19).*

актов: акта издающего норму и акта, отрицающего притязание на правильность. Кроме того, по мнению Булыгина, верность тезиса Алекси предполагает, что все законодатели в истории не только притязали на правильность (что тоже можно поставить под сомнение, например, в случаях Нерона или Калигулы), но и притязали на соответствие одной и той же моральной системе (что очевидно неверно, так как взгляды этих законодателей сильно отличались в разное время и в разных местах).⁴⁷³

Булыгин также полагает, что тезис Алекси о необходимой терминологической связи права и притязания на правильность (с каждой отдельной общей нормой и судебным решением, а также с правовой системой в целом) противоречив во всех случаях, кроме введения в определение правовой нормы и правовой нормативной системы такого признака, чего Алекси не делает. Возражение Алекси о том, что здесь нет противоречия и правовая система или правовая норма, не выполняющие притязания на правильность, необходимо являются дефектными, Булыгиным не принимается, поскольку, по его мнению, оно тривиально: необходимая связь устанавливается определением дефектной правовой системы и дефектной правовой нормы, вводимым самим Алекси, т.е. это всё равно, что сказать, что дефектная правовая норма – это дефектная правовая норма. По мнению Булыгина, используя аргументацию Алекси, можно доказывать, например, что существует необходимая связь между женщинами и красотой, то есть, что женщины необходимо притязают на красоту. Если женщина не выполняет этого притязания, то есть не является красивой, то это «терминологический дефект».⁴⁷⁴

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что позиция юридического позитивизма по вопросу о соотношении права и морали в целом не изменялась, однако ситуативно развивалась и уточнялась

⁴⁷³ Булыгин Е. В. Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью. С. 38-39.

⁴⁷⁴ Там же. С. 39-41.

в контексте споров с представителями естественно-правового подхода к праву.

§ 3. Право и государство

§ 3.1. Право и государство в чистом учении о праве

Одной из наиболее важных составляющих чистого учения о праве является идея тождества государства и права. Фактически, именно эта идея, направленная против правового этатизма, первой легла в основу теории Г. Кельзена.⁴⁷⁵

Прежде всего Кельзен отмечает сложность определения государства ввиду многообразия объектов, обозначаемых этим термином, даже у одних и тех же авторов.⁴⁷⁶ Сам Кельзен рассматривает государство с чисто юридической точки зрения, т. е. как юридическое лицо (корпорацию). Его отличие от других корпораций состоит в том нормативном порядке, которым оно учреждается. Это национальный (в противоположность международному) правопорядок.⁴⁷⁷ В понимании традиционной теории существование национального правопорядка невозможно без предполагаемой при этом социальной реальности (государства). Единство национального права конституируется созданием его одним государством (публичным союзом). Отношение между правом и государством при этом мыслится как отношение

⁴⁷⁵ Исторически она предшествовала и теории основной нормы, и теории иерархической структуры правопорядка, которых еще не было в работе Г. Кельзена (*Paulson S. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization // Oxford Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 18. P. 157, 161*). Именно в трудах Кельзена эта идея получила широкое обоснование, однако мысль о тождестве государства и права появлялась и ранее. Одним из наиболее известных предшественников Кельзена в этом вопросе был Л. И. Петражицкий, который, исходя из совершенно иных методологических оснований своей психологической теории права, пришел к схожим выводам о некорректности различения и противопоставления понятий права и власти и о чисто юридическом характере понятия государства (*Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 165–181, 216*). Именно Петражицкий впервые выдвигает отстаиваемую позднее Кельзеном идею того, что теория государства является частью теории права. О сходстве и различии концепции Петражицкого и позитивистских концепций XX века см.: *Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. № 5. 2011. С. 46–71; Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого: генезис постклассического правопонимания в русской философии права. Диссертация на соискание учёной степени доктора юридических наук. СПб., 2013. С. 343–350.*

⁴⁷⁶ *Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 181.*

⁴⁷⁷ *Ibid. P. 181.*

между правом и индивидом. По мнению Кельзена, такая точка зрения не может быть защищена. Множество индивидов образует сообщество (community) только потому, что их поведение регулируется нормативным порядком. Сообщество – это не более чем нормативный порядок, регулирующий взаимное поведение индивидов.⁴⁷⁸ Утверждение, что индивиды являются членами сообщества — не более чем метафора, означающая, что их поведение регулируется нормативным порядком. Собственно, нет оснований полагать, что существует два разных нормативных порядка. Этот порядок и есть право.⁴⁷⁹ Поэтому любое социологическое понятие государства предполагает в качестве первичного юридическое понятие государства.⁴⁸⁰

Кельзен критикует наиболее распространенные из известных ему теорий государства. Это теории 1) государства как единства, конституируемого взаимодействием, 2) государства как организма, 3) государства как единства, конституируемого общей волей (общим интересом), 4) государства как господства (domination).⁴⁸¹ Все они, так или иначе, предполагают дуализм права и государства, рассматривая их как разные сущности,⁴⁸² однако неявно предполагают нормативное понятие государства. Дуализм государства и права по Кельзену — это удвоение объекта познания, результат тенденции персонификации, а затем гипостазирования персонификации. Пример такого гипостазирования — анимистическая интерпретация природы в мышлении древнего человека, который наделял душой (духом, божеством) реки, деревья, небесные светила и т. д. Такой же гипостазированной персонификацией правопорядка делается государство, «бог права».⁴⁸³

⁴⁷⁸ Ibid. P. 182.

⁴⁷⁹ Ibid. P. 182–183.

⁴⁸⁰ Ibid. P. 183.

⁴⁸¹ Ibid. P. 183–188.

⁴⁸² Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 97. – Изложение этой традиционной точки зрения см., напр.: Меркель А. Юридическая энциклопедия. §§ 60–67, 364–379. С. 23–24, 110–113; Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. Изд. 6-е / под ред. и с доп. М. Б. Горенберга. СПб., 1909. С. 24–48.

⁴⁸³ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 187. – Кельзен усматривал существенный параллелизм между понятиями Бога и государства, также их значением для теологии и юриспруденции

С точки зрения Кельзена, проблема государства является проблемой вменения (imputation). Даже представители органической теории не считали государство объектом, постигаемым чувствами.⁴⁸⁴ Действиями государства признаются действия отдельных людей. Естественным является вопрос о критерии, который отличает такие действия от прочих.⁴⁸⁵ Кельзен отмечает, что приписывание поведения индивида государству означает только то, что правопорядок предусматривает это поведение в качестве условия или последствия.⁴⁸⁶ Единственным критерием вменения является правовая норма.⁴⁸⁷ Тот, кто выполняет функцию, приписанную правопорядком, является его органом постольку, поскольку эта функция ему приписана.⁴⁸⁸ Такое (широкое) понятие государственного органа Кельзен предлагает называть «формальным». Ему соответствует вышеупомянутое «формальное» понятие государства, государства как персонифицированного правопорядка. Другое, более узкое понятие государственного органа, называемое им «материальным», соответствует индивиду, персонально занимающему специфическое правовое положение, на основании принципа разделения труда. Такие индивиды называются должностными лицами. Они получают оклад из государственной казны (фиска), которая складывается за счет налогов граждан. Этому понятию соответствует узкое («материальное» в терминологии Кельзена) понятие государства как бюрократического аппарата. Впрочем, по мнению Кельзена, различие между органом в материальном и формальном смысле — весьма относительное, так как

соответственно (см.: *Kelsen H. God and the State* // *Kelsen H. Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht, 1973. P. 61-82).

⁴⁸⁴ *Ibid.* P. 191.

⁴⁸⁵ Как отмечает С. Полсон, эта часть чистого учения о праве развивалась под влиянием и в полемике с теорией Г. Еллинека. По мнению последнего, правовой акт является выражением государственной воли, которая образуется в результате абстракции от психической воли того индивида, который является государственным органом. По мнению Кельзена, эта теория не соответствует психической реальности, если речь идет о коллективном органе, кроме того, само это понятие (абстракции воли) является избыточным (*Paulson S. Kelsen in the Role of Critic* // *Sprache, Perfomanz und Ontologie des Rechts*. S. 52–55).

⁴⁸⁶ *Чистое* учение о праве. Выпуск 2. С. 117–118.

⁴⁸⁷ *Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory*. P. 101.

⁴⁸⁸ *Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 192. — С точки зрения Кельзена, правовой функцией в узком смысле является правотворчество и правоприменение, а в широком смысле также соблюдение правовых норм (*Чистое* учение о праве. Выпуск 2. С. 121–122).

существует множество переходных случаев (депутаты представительных органов, присяжные заседатели и т. д.).⁴⁸⁹

Государственный орган может быть простым или составным. Если индивид своими действиями полностью представляет ту или иную функцию государства, то он является простым органом, если же для представления функции в целом требуются акты многих индивидов, то они сами являются неполными (*partial*) органами. Из приписываемых им неполных функций составляется полная функция. Акты неполных органов могут иметь одинаковое или различное содержание. Примером первого случая являются римские консулы, примером второго — органы, участвующие в законодательном процессе (в Российской Федерации это Государственная Дума, Совет Федерации и Президент).⁴⁹⁰ Впрочем, по мнению Кельзена, различие между полными и неполными функциями и органами является относительным, так как, строго говоря, все функции всех органов являются неполными и предполагают друг друга, составляя в целом полную функцию правопорядка и полный «организм» — государство.

Теория прав и обязанностей государства у Кельзена во многом сходна с теорией прав и обязанностей юридического лица. Кельзен пытается ответить на вопрос, о том, как может государство быть субъектом прав и обязанностей, будучи персонификацией правопорядка. Этот вопрос появляется в качестве замены другого вопроса, игравшего большую роль в традиционной теории права, а именно: как государство, будучи создателем права, может само ему подчиняться как индивид? Ответом традиционной теории государства была доктрина самообязывания государства, развитая Г. Еллинеком. В соответствии с ней, государство своим односторонним волеизъявлением связывает себя правовыми нормами. Эта проблема,

⁴⁸⁹ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 193–194.

⁴⁹⁰ С точки зрения Кельзена, законодательная функция осуществляется не только теми органами, которые принимают текст законопроекта (Государственная Дума) и одобряют его (Совет Федерации), но и теми, кто, как Президент России, осуществляет его подписание, проверку конституционности процедуры принятия и опубликование будущего закона (если этого требует позитивное право).

особенно в немецкой доктрине, признавалась проблемой высочайшей сложности и важности.

С точки зрения Кельзена, в этом нет теоретической проблемы. По его мнению, эта «псевдопроблема» вызвана удвоением объекта познания в традиционной теории государства и права. Поскольку в реальности право регулирует только поведение людей, носителями прав и обязанностей могут быть только они. Права и обязанности государства также являются правами и обязанностями отдельных людей, его государственных органов (тех людей, которым приписывается государственная функция). Содержанием государственной функции, приписываемой органу, может быть юридическая обязанность, если с невыполнением функции связана санкция. При этом санкция вменяется индивиду не как государственному органу, так как индивид рассматривается как государственный орган лишь постольку, поскольку *выполняет* государственную функцию. Поэтому правонарушение в национальном праве не приписывается государству. Но оно может приписываться государству в международном праве, как в национальном праве правонарушение может приписываться юридическому лицу. Тем не менее, государство может быть обязано возместить вред, вызванный невыполнением государственной функции. В этом случае государственный орган должен отменить незаконный акт индивида, который в качестве государственного органа был обязан исполнить государственную функцию, но не исполнил ее, наказать этого индивида и возместить незаконно причиненный ущерб за счет государственной собственности. Но с точки зрения Кельзена это не обязательно следует считать применением государством санкции против самого себя, так как 1) эти санкции направлены не против государства в целом, а против отдельных индивидов и 2) поскольку отдельный индивид не выполняет приписываемую ему как органу функцию, постольку он не является органом. Тем не менее, приписывание государству правонарушения не содержит в себе логического противоречия, оно неудачно телеологически.

Теория Кельзена о тождестве государства и права неоднократно подвергалась критике с самых разных позиций. В первую очередь, это была критика со стороны последователей теории Г. Еллинека, пытавшихся совместить два понятия государства (социологическое и юридическое) в отношении одного объекта, что с точки зрения Кельзена, является логически некорректным. Так, Б. А. Кистяковский, признавая, что «государство и право — это две стороны одного и того же сложного явления, а в частности, право и есть то начало, из которого состоит государство», называет чисто юридический метод Кельзена «кривым зеркалом» и считает, что теория абстракции воли Еллинека достаточна для описания государственной воли. Другим примером критики является телеологическая критика этого различия Г. Радбрухом, приписывавшим праву и государству определенные (и различные) имманентные идеи (например, идеи стабильности и справедливости). Необходимо отметить, что антиметафизическое представление о науке, лежащее в основе чистого учения о праве, исключало для самого Кельзена подобные платонические трактовки этих явлений.

§ 3.2. Право и государство в позитивистских концепциях второй половины XX века

В целом можно сказать, что подход Кельзена получил широкое распространения в современном юридическом позитивизме, к числу его сторонников можно отнести таких видных правоведов, как А. Росс, Г. Л. А. Харт⁴⁹¹ и Е. В. Булыгин.⁴⁹²

⁴⁹¹ MacCormick N. The State and the Law // Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. Oxford, 1999. P. 21.

⁴⁹² Такой вывод, в частности, можно сделать из его анализа правовой динамики (Булыгин Е. В. Динамика права // Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике. Материалы международного симпозиума (Санкт-Петербург, 9-10 сентября 2011 г.). СПб., 2011. С. 7-10).

Росс в своей теории государства в целом следует теории Кельзена, соглашаясь с тем, что проблема государства — это проблема вменения.⁴⁹³ Вместе с тем, Росс критикует формальную концепцию государственного органа Кельзена, поскольку полагает, что водимое им уточнение этого понятия слишком широкое и плохо соответствует обычному словоупотреблению.⁴⁹⁴ Второе, материальное понятие государственного органа тоже не кажется Россу удовлетворительным, поскольку:

1) понятие государственного органа всё же должно определяться через его функцию, а не через положение соответствующего должностного лица как служащего;

2) не все лица, выполняющие функцию государственного органа, получают за это денежное вознаграждение;

3) не все лица, «работающие на государство» (получающие зарплату из казны) выполняют функции государственных органов.⁴⁹⁵

В основе собственной концепции государственного органа Росс кладёт разграничение «частной автономии» и «публичной власти» как двух разных материальных юридических функций.⁴⁹⁶ Вторая функция и осуществляется государственными органами, которые вместе образуют систематическое единство, именуемое государством (по Кельзену — государство в узком смысле бюрократического аппарата).

К юридическим отличиям государственного органа относятся следующие:

1) государственным органом не является всякий индивид как таковой, он должен обладать специфическими отличиями;

2) компетенция государственного органа предполагает, что он даёт предписания другим;

⁴⁹³ Ross A. On Law and Justice. P. 34; Ross A. On the Concepts «State» and «State Organs» in Constitutional Law // Scandinavian Studies in Law. V. 5. 1961. P. 127.

⁴⁹⁴ Ibid. P. 128.

⁴⁹⁵ Ibid. P. 129.

⁴⁹⁶ Ibid. P. 116-121.

3) власть осуществляется не свободно, в собственном интересе её носителя, а ограничена определёнными требованиями и целями.

4) носитель власти не может сам себя от неё освободить, возможна только временная делегация полномочий.

5) каждый государственный орган – часть систематического единства органов.⁴⁹⁷

Кроме юридических актов, государственным органам могут вменяться и фактические действия. Общие критерии отнесения фактических действий к действиям государственных органов аналогичны и характеризуются наличием привилегии действовать так, как запрещено действовать обычному индивиду (например, применять силу).⁴⁹⁸

Вторичным критерием вменения действий государству и государственным органам является использование ими специальных финансовых фондов (казны). Рассматривая вопрос феномена государства как субъекта экономической деятельности (казны), Росс приходит к выводу, что обыденное словоупотребление, квалифицирующее действия государства как частноправового субъекта, может быть оправдано тем обстоятельством, что должностные лица, принимающие решения о расходовании средств соответствующих финансовых фондов, одновременно уполномочены осуществлять юридическую функцию публичной власти в указанном выше смысле.⁴⁹⁹

Вопрос о соотношении права и государства имеет особое значение для институционального юридического позитивизма О. Вайнбергера и Н. МакКормика, поскольку в нём содержится вся основная проблематика этой научной концепции. Подробный анализ этого вопроса бы проведён Нейлом МакКормиком в статьях «Правовая рамка: институциональный нормативный

⁴⁹⁷ Ibid. P. 119.

⁴⁹⁸ Ibid. P. 119.

⁴⁹⁹ Ibid. P. 121-123.

порядок»⁵⁰⁰ и «Право и государство»,⁵⁰¹ впоследствии вошедших в его сборник статей, посвящённый вопросам теории государства «Суверенитет под вопросом: право, государство и нация в Европейском сообществе».⁵⁰² Институциональный подход позволил построить теорию соотношения права и государства, альтернативную как традиционным подходам, так и теории Кельзена. В основе её лежит понятие институционального нормативного порядка как такого нормативного порядка, который предполагает возможность оценки поведения людей со стороны некоторого стороннего судьи.⁵⁰³

Анализируя теории соотношения права и государства, МакКормик выделяет четыре исторических подхода к решению этого вопроса.

- 1) Государство зависит от права (*естественно-правовой* подход, типичный представитель – Дж. Локк). В соответствии с этим подходом право на глубинном уровне представляет собой комплекс разумных норм, предоставляющих людям взаимные права и обязанности. Государство создано на основе общественного договора для того, чтобы защищать такие естественные права.⁵⁰⁴
- 2) Право зависит от государства (*правовой этатизм*, типичный представитель – Дж. Остин). Государством создаётся право, на основании которого людям предоставляются те или иные права. Государство создаётся через привычку подчинения.⁵⁰⁵
- 3) Государство и право сосуществуют (*исторический* подход, типичный представитель – О. фон Гирке). История показывает, что два и больше нормативных порядка могут сосуществовать на одной территории (например, торговое право и каноническое право). Несмотря на

⁵⁰⁰ MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order // Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. P. 1-15.

⁵⁰¹ MacCormick N. The State and the Law // Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. P. 17-26.

⁵⁰² MacCormick N. Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. 210 p.

⁵⁰³ MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order. P. 6-10.

⁵⁰⁴ MacCormick N. The State and the Law. P. 18-19.

⁵⁰⁵ Ibid. P. 19-20.

тенденцию ко всё большему подчинению нормативных порядков государству, они всё же существуют сами по себе.⁵⁰⁶

- 4) Государство и право тождественны (*нормативистский* поход, типичный представитель – Кельзен). Дуализм права и государства ложен, государство это персонификация территориального правового порядка.⁵⁰⁷

МакКормик приходит к выводу, что ни один из этих подходов не верен полностью. Правильным является тезис о частичном тождестве права и государства. Каждый из четырёх подходов содержит свою долю истины. *Естественно-правовой* и *нормативистский* подходы верны в том, что государство с необходимостью имеет конституцию, предоставляющую полномочия правительству, и всё государственное право зависит от действительности конституции. Конституционная легитимность правотворчества и правоприменения следует из факта существования конституции, которая должна уважаться.⁵⁰⁸ *Нормативизм* также прав в том, что государственная конституция может устанавливаться по-разному и для нормативного истолкования любой исторической конституции нужно предположение о существовании основной нормы, уполномочивающей её создание.⁵⁰⁹ *Исторический* подход даёт нам ключ к социальному измерению рассматриваемого явления. Нормативный порядок это постоянная часть человеческого опыта. Осмысленные человеческие действия предполагают нормативную рамку. Даже разговор и письмо требуют внимания к правилам языка. Языки развиваются спонтанно и только некоторые из них становятся официальными государственными языками, с регулируемыми их использованием национальными академиями. Всегда существует обычай, предшествующий конституции. Не общественный договор, а обычай придаёт конституции легитимность.⁵¹⁰ Зерно истины *правового этатизма* состоит в

⁵⁰⁶ Ibid. P. 20-21.

⁵⁰⁷ Ibid. P. 21-22.

⁵⁰⁸ Ibid. P. 22.

⁵⁰⁹ Ibid. P. 23.

⁵¹⁰ Ibid. P. 23-24.

том, что немало конституций и биллей о правах, которые были изданы и провозглашены, возможно даже поддержаны на референдуме, на практике были просто проигнорированы. Конституционные тексты могут быть простым фасадом для реальной государственной практики.⁵¹¹

Реальная жизнь, как правило, представляет собой нечто промежуточное между «кошмаром Гоббса» и «идеалом Локка». Ни одно государство нельзя представить себе без определённой нормативной рамки, идентифицирующей его органы. В большей или меньшей степени в нём присутствуют ограничение, контроль и разделение властей. Вместе с тем, цели, для которых используются полномочия власти, сами по себе не устанавливаются законами или конституцией. Они определяются политическими программами и поддерживаются политическими лидерами и персональными амбициями активистов. Деятельность государства включает в себя всё, что делается людьми, получившими конституционно определённые должностные полномочия. В этом смысле государство это театр политической власти, а не чистого правового авторитета. Государство не может существовать без минимального права и уважения к нему и не может процветать без значительного по объёму права и уважения к нему. Но полное отождествление права и государства ошибочно.⁵¹²

МакКормик приходит к выводу о частичном тождестве права и государства, их пересечении. Государство это территориальная организация политической власти, требующая конституционного определения и организации. Институциональный нормативный порядок может существовать отдельно от государства, а обычный нормативный порядок является основанием конституционного порядка государства. Государства могут установить свою монополию на институциональный нормативный

⁵¹¹ Ibid. P. 24.

⁵¹² Ibid. P. 25. – Как отмечает МакКормик, «Политика это вопрос власти, фактического осуществления власти в человеческих обществах и сообществах, а также выработки принципов целесообразного использования власти. Политическая власть это власть над социальными агентствами и индивидами в отношении определённых целей, предполагаемых в качестве общего блага, по осуществлению контроля над доступными благами (экономическими и неэкономическими) и по детерминированию или влиянию на их распределение среди отдельных людей и групп» (MacCormick N. The Legal Framework: Institutional Normative Order. P. 11-12).

порядок, но могут этого и не делать. Государственная власть фактически может выходить за свои юридические пределы и никогда в полной мере им не соответствует.⁵¹³

Исходя из вышеизложенного можно сделать вывод, что теория Кельзена произвела революцию в позитивистском представлении о соотношении права и государства. Одни позитивисты приняли её полностью (Харт, Булыгин и др.), другие стремились развить её в деталях (Росс). Единственная альтернативная концепция, институциональная, также испытала на себе сильное влияние теории Кельзена.

⁵¹³ *MacCormick N. The State and the Law. P. 25-26.*

Глава 4. Общая теория норм в юридическом позитивизме XX века

§ 1. Понятие правовой нормы

§ 1.1. Логико-лингвистический аспект нормы

§ 1.1.1. Понятие нормы

Понятие нормы у Г. Кельзена

1. Норма определяется Г. Кельзеном следующим образом: слово «норма» означает, что нечто должно быть или совершаться. Её лингвистическим выражением является императив или предложение долженствования. Акт, смысл которого состоит в том, что нечто скомандовано или предписано, является актом воли. Норма является смыслом акта воли, направленного на поведение другого лица.⁵¹⁴ Это определение практически полностью совпадает с определением, данным во втором «чистом учении о праве».⁵¹⁵ Тем не менее, есть одно важное отличие: во втором «чистом учении о праве» в него включено следующее утверждение, смысл которого можно понимать по-разному: «следует отличать субъективный смысл от объективного. "Долженствование" есть субъективный смысл всякого человеческого акта воли, интенционально направленного на поведение другого. Но не каждый такой акт имеет этот смысл также и объективно. И только когда он также и объективно имеет смысл долженствования, это долженствование называют "нормой". То, что "долженствование" есть также и объективный смысл акта, проявляется в том, что поведение, на которое акт интенционально направлен, воспринимается как должное не только с точки зрения того, кто осуществляет этот акт, но и с точки зрения третьего, незаинтересованного лица. И более того: даже если воля, субъективный смысл которой есть долженствование, фактически перестает существовать, а смысл (то есть долженствование) не исчезает

⁵¹⁴ Kelsen H. General Theory of Norms. Oxford, 1991. P. 2, 26. О проблеме соотношения акта и его смысла и решении данной проблемы в работах Г. Кельзена и Л. И. Петражицкого см.: Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. С. 144-164.

⁵¹⁵ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 11–12.

вместе с ней; если долженствование остается "действительным" ("gilt") и после исчезновения воли, если оно действительно даже тогда, когда индивид, который — согласно субъективному смыслу акта воли должен вести себя определенным образом, ничего не знает об этом акте и его смысле, и тем не менее он считается обязанным или управомоченным вести себя в соответствии с долженствованием, вот тогда долженствование как "объективное" долженствование есть "действительная", обязывающая адресата "норма". Так бывает, если акту воли, субъективный смысл которого есть долженствование, этот объективный смысл придается нормой, если этот акт уполномочен какой-либо нормой, которая тем самым приобретает значение "более высокой" нормы».⁵¹⁶ В конечно счёте, по отношению ко всему правопорядку эту функцию выполняет основная норма.⁵¹⁷ Именно на эти утверждения во многом опирается онтологическая интерпретация нормативности в теории Г. Кельзена.⁵¹⁸

2. Существует разница между волей, направленной на своё собственное поведение, и волей, направленной на то, чтобы кто-то другой вёл себя определённым образом. При этом, воление, направленное на своё собственное поведение, должно пониматься не как импульс, ведущий к стимуляции мускула, непосредственно вызывающий сознательное движение, а как определённый ментальный процесс, существующий отдельно от данного физиологического процесса. Обращаясь к методу интроспекции, Г. Кельзен утверждает, что, несмотря на различия, существует фундаментальное сходство между психическими процессами принятия решений относительно собственного поведения (например, голосования на выборах) и психическими процессами, сопровождающими приказы другим людям вести себя определённым образом. При этом, только воление,

⁵¹⁶ Там же. С. 16.

⁵¹⁷ Там же. С. 18.

⁵¹⁸ Raz J. The Concept of a Legal System. P. 61, 66.

направленное на поведение другого (включая собственное *alter ego*), имеет своим смыслом долженствование.⁵¹⁹

Отдающий команду ожидает от адресата команды понимания команды, то есть того, что он *должен* вести себя определённым образом (смысл акта воли), и того, *как* он должен себя вести (содержание акта воли).

Для решения проблемы соотношения смысла и содержания акта воли, взаимосвязи норм и суждений Г. Кельзен использует семантическую теорию, разработанную немецким логиком Г. Фреге. Пытаясь построить искусственный язык для анализа математики, Фреге ввёл различие суждения и содержания. Второе представляет собой *«простую связь представлений»*, о которой пишущий не сообщает, признаёт он её истинной или нет».⁵²⁰

Как указывает Г. Кельзен, бытие и долженствование являются чисто формальными понятиями, совершенно различными модусами. В высказываниях о том, что нечто есть или нечто должно быть, необходимо различать два разных компонента: *что* нечто есть и *то, что* есть, *что* нечто должно быть и *то, что* должно быть. *«То, что есть»* и *«то, что должно быть»*, содержание бытия и содержание долженствования представляет собой модально индифферентный субстрат. В предложении «А платит карточные долги», модально индифферентный субстрат «оплаты карточных долгов со стороны А» относится к модусу бытия, а в предложении «А должен платить карточные долги» он относится к модусу долженствования.

Модально индифферентный субстрат не может быть истинным либо ложным, подобно суждению (модус бытия) или действительным либо недействительным, подобно норме (модус долженствования), таким образом, *принципы логики к нему не применимы.*⁵²¹

⁵¹⁹ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 31–32. – В дальнейшем, для краткости мы будем обозначать воление, направленное на своё поведение как «воление в смысле 1», а воление, направленное на поведение другого, в том числе своего *alter ego* как «воление в смысле 2».

⁵²⁰ Фреге Г. Запись в понятиях // Фреге Г. Логика и логическая семантика. М., 2000. С. 68–69. – Позднее эта идея использовалась многими другими философами.

⁵²¹ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 60–61.

Используя различие суждения, нормы и модально индифферентного субстрата, Г. Кельзен также эксплицирует понятие *ценности*. Согласно этой экспликации, ценность состоит в тождестве модально индифферентных субстратов суждения и нормы.⁵²²

Понятие нормы у А. Росса и Г. Харта

А. Росс понимает норму как директиву,⁵²³ которая корреспондирует социальным фактам.⁵²⁴ По его мнению, невозможно дать понятию нормы полезное для социальных наук определение так, чтобы оно обозначало только определённое смысловое содержание или только совокупность определённых социальных фактов. В качестве директивы норма может соблюдаться, ощущаться обязательной, находится в логических отношениях с другими нормами, быть элементом системы норм. При этом она соответствует социальным фактам. Сказать, что норма существует, значит сказать, что эти факты существуют. То есть условием существования нормы является то, что в большинстве случаев модель поведения, представленная в директиве ($s \rightarrow b$), соблюдается членами общества.⁵²⁵ При этом соблюдение нормы членами общества должно ощущаться ими как обязательное.⁵²⁶

Понятие нормы у Г. Л. А. Харта близко к концепции А. Росса. Харт определяет правила следующим образом: «правила мыслятся и описываются как предписания, налагающие обязанности в том случае, когда существует настоятельное общее требование им соответствовать, подкрепленное значительным давлением со стороны социума против тех, кто не соблюдает их или пытается это сделать».⁵²⁷ Таким образом, как и Росс, Харт

⁵²² Ibid. P. 62.

⁵²³ Под директивой А. Росс понимает идею действия, рассматриваемую как модель поведения (Ross A. Directives and Norms. London, 1968. P. 34).

⁵²⁴ Ibid. P. 82.

⁵²⁵ Где s – положение дел, а b – требуемое поведение (Ibid. P. 83).

⁵²⁶ Что отличает нормы от моделей поведения, основанных на биологии (например, сон ночью), от технических моделей поведения (например, технология садоводства) и традиций (обычаев, не имеющих обязательной силы, например, празднование Рождества с наряженной ёлкой) (Ibid. P. 83-84).

⁵²⁷ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 91.

характеризует правила как соединение идеи обязанности и определённого, корреспондирующего ему поведения.

Лингвистический аспект понятия нормы (правила) в концепции Г. Л. А. Харта связан с его концепцией открытой структуры правовой нормы, которую мы рассмотрим ниже, в параграфе 4 настоящей главы.

Понятие нормы в институциональном юридическом позитивизме

Институциональная теория права исходит из дуалистической природы нормы.⁵²⁸ Норма понимается как идеальный объект и как определённая социальная реальность.⁵²⁹ Норма не является материальным объектом, доступным для какого-либо наблюдения. Тем не менее, она определённо связана с человеческим поведением и оказывает на него влияние. Регулярности человеческого поведения соотносятся с генезисом норм. Но сделать вывод о существовании нормы на основании одного лишь наблюдения за поведением невозможно в принципе. Нормы являются мыслями в объективном смысле, выводимыми при помощи абстракции из сознания и, соответственно, доступными логическому анализу, который с необходимостью депсихологизирован. Логические выводы из норм действительны при условии действительности норм, выступающих посылками в таком умозаключении.⁵³⁰ Волюнтаристские качества реально существующих норм не означают невозможности абстрагирования от соответствующих волевых актов в процессе логического исследования. Более того, для существования нормы не является необходимым её прямое лингвистическое формулирование.⁵³¹

⁵²⁸ Это понятие более подробно исследовано в работах О. Вайнбергера.

⁵²⁹ Ibid. P. 31–48. См. также: Weinberger O. Der semantische, der juristische und der soziologische Normenbegriff // Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts: Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag / hrsg. von Werner Krawietz und Jerzy Wróblewski. Berlin, 1993. S. 435–453. Критикуя теорию Г. Кельзена, игнорирующую, по его мнению, аспект социальной реальности норм, О. Вайнбергер полагает, что она чрезмерно ограничивала сферу юридической науки (MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 45–46).

⁵³⁰ MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 33, 35.

⁵³¹ Ibid. P. 33–34. При этом О. Вайнбергер предполагает не только возможность, но и необходимость указанного абстрагирования.

Логическая теория норм⁵³² основывается на трёх основных постулатах.

1. Нормативные предложения отличаются от дескриптивных. Нельзя переформулировать нормативное предложение в дескриптивное (и наоборот) без изменения его смысла.
2. Правила логического вывода логики норм должны предполагать невозможность вывода нормативных предложений исключительно из дескриптивных посылок.
3. Правила логического вывода логики норм должны предполагать невозможность вывода дескриптивных предложений исключительно из нормативных посылок.⁵³³

Первичная функция норм состоит в предопределении, в мотивации агентов норм, координации различных типов поведения людей в обществе и образовании порядка в человеческих группах. В качестве вторичной функции, норма является стандартом оценки. Несомненно, в определённых ситуациях дескриптивное предложение может иметь такой же эффект руководства к действию, но то же самое дескриптивное предложение, в отличие от нормы, не будет иметь этого эффекта в других ситуациях.⁵³⁴

Идеальные сущности, к числу которых относятся нормы, могут иметь существование в определённом смысле. Существует две точки соприкосновения идеального и реального — акты, то есть материальные события с идеальным содержанием (психические акты, волевые акты, акты понимания и т.д.), и возможность осмысленно говорить о существовании идеальных объектов во времени.⁵³⁵ Нормы, как разновидность таких объектов, можно понимать как установленные, как выражения желания определённых субъектов, как высказывания воли определённых институционализированных нормотворческих органов власти, что вполне

⁵³² По мнению О. Вайнбергера, логика норм не должна быть частью теории права, а должна выступать ветвью общей логики и относится к правоведению и другим социальным наукам как математика относится к наукам естественным (*MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 46*).

⁵³³ *MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 35.*

⁵³⁴ *Ibid. P. 36–37.*

⁵³⁵ *Ibid. P. 38.*

оправдывает утверждение о них как о реально (хотя и не материально) существующих.⁵³⁶

Норма существует в сфере человеческого сознания как переживание обязанности, сознание того, что нечто должно быть. Она переживается как обязательная не только тем, кто её установил, но и теми, кто её выполняет. Кроме того, существует знание обязанности, отличное от её признания.⁵³⁷

§ 1.1.2. Применимость логических принципов к нормам

Бурное развитие символической логики в прошлом столетии у многих правоведов, этиков и логиков вызвало стремление применить её методы к анализу норм и отношений между ними.⁵³⁸ Одним из основных направлений такого рода исследований является построение формальной системы⁵³⁹ логики норм. Попытки построения такой формальной системы, в свою очередь, строились на разных исходных понятиях. В целом, можно выделить такие направления, как логика норм (в узком смысле), логика императивов и логика удовлетворения императивов.⁵⁴⁰

Одной из основных проблем логики норм является парадокс, сформулированный датским философом Йоргеном Йоргенсеном, получивший название «дилемма Йоргенсена». Он состоит в следующем. С одной стороны, традиционные концепции логики исходят из того, что логический вывод является выражением того факта, что заключение является

⁵³⁶ Ibid. P. 39.

⁵³⁷ Ibid. P. 40.

⁵³⁸ Генеалогия логики норм (деонтической логики), впрочем, возводится, по крайней мере, к сочинениям Ансельма Кентерберийского (Кондаков Н. И. Логический словарь. М., 1971. С. 120). Из отечественных правоведов близкую проблематику рассматривал в своих логических сочинениях Л. И. Петражицкий (Петражицкий Л. И. Новые основания логики и классификация наук / перевод с польского А. В. Бабанова / науч. ред. пер. Е. В. Тимошиной // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2011. С. 775–856).

⁵³⁹ Формальной в логическом смысле. По определению Р. Карнапа, «теория, правило, определение и тому подобное называется *формальным*, когда ссылки не делаются ни на значение символов (например, слов), ни на смысл выражений (например, предложений), а просто и исключительно на виды и порядок символов, из которых конструируются выражения» (Carnap R. Logical Syntax of Language. London, 2001. P. 1). Формальная система определяется также как «конечное собрание принятых по соглашению символов и точных правил оперирования этими символами, которые дают возможность образовать некоторые комбинации, называемые вторичными аксиомами, или теоремами» (Кондаков Н. И. Логический словарь. С. 576–577). См. также: Смирнова Е. Д. Формализованные языки и логическая форма // Логическая структура научного знания. М., 1965. С. 3–51.

⁵⁴⁰ Первая связана главным образом со ставшими классическими в этой области работами Г. Х. фон Бригга. Относительно двух других см.: Ross A. Imperatives and Logic // Philosophy of Science. P. 30–46.

истинным при условии истинности посылок. О выводе, таким образом, речь может идти в том случае, если его составляющие могут быть истинными или ложными. Но императивы (например, «закрой дверь!»), очевидно, не могут быть истинными или ложными. Следовательно, они не могут быть компонентами логического вывода. С другой стороны, очевидно, что произвести вывод, в числе компонентов которого будут императивы (например, «выполняйте свои обещания; это ваше обещание; следовательно, выполняйте это обещание»), возможно. То есть, в соответствии с традиционной теорией, императивы не могут быть компонентами логического вывода, но можно привести примеры вывода, в который входят императивы.⁵⁴¹

Дилемма Йоргенсена вызвала обширную полемику о возможности логического вывода в логике норм (императивов). Исследователи разделились на тех, кто выступил за неприменимость логики к нормам и на тех, кто попытался предложить то или иное положительное решение.⁵⁴² Положительное решение в основном сводилось к двум вариантам. В первом предполагалось расширить сферу логики, включив в неё области высказываний долженствования.⁵⁴³ Во втором предполагалось построить формальную систему, основываясь на параллелизме императивов и суждений.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Название «дилемма Йоргенсена» ввёл А. Росс (Ross A. Imperatives and Logic // Philosophy of Science. P. 32–33). См. также: *Ивин А. А.* Логика норм. С. 7–8; *Ивин А. А.* Некоторые проблемы теории деонтических модальностей // Логическая семантика и модальная логика. М., 1967. С. 181–183.

⁵⁴² *Ивин А. А.* Логика норм. С. 8–20; *Ивин А. А.* Некоторые проблемы теории деонтических модальностей // Логическая семантика и модальная логика. С. 181–225.

⁵⁴³ Его придерживался Г. Х. фон Вригт (*Вригт Г. Х. фон.* Нормы, истина, логика // Логико-философские исследования. Избранные труды. С. 290–291). Одним из наиболее сильных аргументов против логики норм в таком её варианте является так называемый парадокс Росса, сформулированный А. Россом (Ross A. Imperatives and Logic // Philosophy of Science. P. 38–43). Логика норм предполагает, в частности, что из нормы A следует A или B ($A \rightarrow !(A \vee B)$), что можно проиллюстрировать примером: «Ты должен отправить письмо, следовательно, ты должен отправить письмо или сжечь его». Комментируя этот парадокс, Г. Х. фон Вригт отмечает, что парадоксальность ситуации исчезает, если не считать отношение между нормами $!A$ и $!(A \vee B)$ отношениями логического следования, но признаёт, что это показывает, что *в строгом смысле* логика норм действительно невозможна (*Вригт Г. Х. фон.* Нормы, истина, логика // Логико-философские исследования. Избранные труды. С. 311–312).

⁵⁴⁴ Такие попытки предприняли сам Й. Йоргенсен, Э. Малли, А. Росс (Ross A. Imperatives and Logic // Philosophy of Science. P. 30–46) и некоторые другие авторы.

Из трёх перечисленных вариантов Г. Кельзен отдал предпочтение скептицизму в отношении деонтической логики. Г. Кельзен указывает, что необходимо отличать проблему нормативного вывода от ряда других проблем, с которыми её иногда смешивают и к которым, в частности, относятся следующие: применяются ли фактически логические принципы к нормам, желательно ли это с точки зрения правовой политики, могут ли общие нормы позитивного права и позитивной морали быть выведены из некоторых высших, более общих принципов, возможности различных интерпретаций одной общей нормы, возможно ли изменение нормы (смысла лингвистической формулировки императива) с течением времени, можно ли предсказать судебное решение, как фактически отправляется правосудие и т.д. Вопрос состоит в том, могут ли следующие два логических принципа применяться к нормам: 1) может ли принцип непротиворечия применяться к конфликтующим нормам и 2) следует ли моральное осуждение или судебное решение в качестве заключения из посылок, которыми являются общая норма, предполагаемая правоприменителем в качестве действительной с таким смыслом, с каким он её интерпретировал, и предполагаемая им конкретная реализация абстрактно определённой гипотезы нормы в процессе умозаключения?⁵⁴⁵

Даже не рассматривая подробно вариант отказа традиционного понимания логики как теории получения истинного вывода из истинных посылок, Кельзен подробно рассматривает разнообразные варианты построения параллелизма императивов и суждения, приходя к выводу, что все они основываются на одной и той же ошибке. Эта ошибка состоит в попытке найти неявно содержащееся в норме суждение – индикативный фактор (Й. Йоргенсен),⁵⁴⁶ теоретическое содержание (Э. Гуссерль),⁵⁴⁷ утверждение (Х. Зигварт),⁵⁴⁸ найти возможность преобразования требования

⁵⁴⁵ *Kelsen H. General Theory of Norms. P. 189–191.*

⁵⁴⁶ *Ibid. P. 194–198.*

⁵⁴⁷ *Ibid. P. 199–201.*

⁵⁴⁸ *Ibid. P. 202.*

в утверждение (В. Дубислав),⁵⁴⁹ корреляцию суждения и нормы (Г. Фрей).⁵⁵⁰ Все эти теории смешивают модально индифферентный субстрат нормы (который не является ни истинным, ни ложным) с суждением, имеющим тот же модально индифферентный субстрат. Только к суждениям, а не к модально индифферентным субстратам могут применяться логические принципы.

Тем не менее, всё сказанное не означает (как это представляют некоторые исследователи),⁵⁵¹ что Г. Кельзен придерживался полностью скептической позиции по отношению к возможности рационального обсуждения норм и соответствия между нормами разной степени абстрактности. Всё дело в том, что он допускал возможность существования только теоретического силлогизма, описывающего нормы, то есть например, такой силлогизм:

Большая посылка: Общая норма «Каждый должен выполнять свои обещания» действительна;

Меньшая посылка: Существует акт воли, смысл которого «А должен выполнить своё обещание жениться на Б»;

Заключение: индивидуальный смысл, процитированный в меньшей посылке, является нормой, корреспондирующей общей норме, процитированной в большей посылке.⁵⁵²

Приведённый силлогизм состоит из суждений, которые, соответственно, могут быть истинными или ложными. При этом, по мнению Г. Кельзена, заключение данного силлогизма эквивалентно суждению о том, что действительность индивидуальной нормы, которая является смыслом акта воли, описанного в меньшей посылке, основывается на действительности нормы, описанной в большей посылке.⁵⁵³

⁵⁴⁹ Ibid. P. 203.

⁵⁵⁰ Ibid. P. 208–210.

⁵⁵¹ Raz J. Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms // *Philosophia*. 1976. V. 6 № 3-4. P. 503; Weinberger O. *Law, Institution and Legal Politics*. Dordrecht, 1991. P. 81–82.

⁵⁵² Kelsen H. *General Theory of Norms*. P. 252.

⁵⁵³ Ibid. P. 252.

Критикуя концепцию Г. Кельзена о невозможности нормативного вывода, Ота Вайнбергер замечает, что невозможно отрицать тот факт, что нормативный вывод не создаёт правоприменительное решение, более того, это никто никогда и не отрицал: «Найти и обосновать норму, разрешающую индивидуальное дело, не то же самое, что установить такую норму актом воли. Из процесса логического умозаключения не следует ничего, кроме того, что судья обязан вынести решение определённого содержания, но его акт воли не может быть результатом логического вывода».⁵⁵⁴ Таким образом, по мнению О. Вайнбергера, нормативный вывод не создаёт новую норму. Однако О. Вайнбергер оставляет без прямого ответа вопрос о том, что представляет собой заключение нормативного силлогизма. Если это не норма, то тогда, по всей видимости, это заключение является суждением. Соответственно, это должно быть суждением о действительности норм. Но в таком случае, как представляется, между позициями Г. Кельзена и О. Вайнбергера нет реального противоречия. Противоречие это является мнимым и связано с различным пониманием логики. Консервативное понимание логики у Г. Кельзена предполагает, что логическими являются только отношения между суждениями (которые, соответственно, могут быть истинными или ложными). О. Вайнбергер придерживается подхода, который распространяет понятие логики на семантические и синтаксические отношения между иными смысловыми образованиями. При этом Г. Кельзен признаёт существование семантических отношений между нормами.⁵⁵⁵ Таким образом, противоречие между этими позициями вполне может быть разрешено при помощи принципа толерантности Р. Карнапа,⁵⁵⁶ значение которого неоднократно подчёркивал сам О. Вайнбергер.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Weinberger O. Normological Inferences and Generation of Legal Norms // Ratio Juris. 1995. V. 8. № 3. P. 263.

⁵⁵⁵ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 258–265.

⁵⁵⁶ Этот принцип, сыгравший очень важную роль в развитии логики, формулируется так: «мы должны не устанавливать запреты [на словоупотребление и содержание аксиом], а отталкиваться от конвенций» (Carnap R. Logical Syntax of Language. P. 51–52).

⁵⁵⁷ MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 17, 29.

Своё своеобразное продолжение спор о возможности нормологического вывода получил в экспрессивной концепции норм Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона. Первоначально аргентинские философы права в своих работах основывались на концепции нормативного вывода, близкой к концепции фон Вригта, в частности, на ней основана их наиболее известная работа «Нормативные системы».⁵⁵⁸ Впоследствии, однако, они разработали собственную концепцию, основанную на нормативно-логическом скептицизме А. Росса и Г. Кельзена. Эта концепция разделяет нормы на речевые акты и модально индифферентные субстраты (по выражению Г. Кельзена), между которыми возможны такие же логические отношения как между суждениями.⁵⁵⁹ Данная концепция вызвала резкую критику О. Вайнбергера. Возражения последнего во многом аналогичны возражениям против теории норм Кельзена: по мнению чешско-австрийского правоведа такая концепция невозможна, в частности, потому что различие между нормами и суждениями существует не только на прагматическом, но и на семантическом уровне.⁵⁶⁰

§ 1.2. Социально-психологический аспект нормы

§ 1.2.1. Концепция Г. Кельзена

1. Норма, предписывающая определённое поведение может быть соблюдена, нарушена или применена. Моральная норма применяется тогда, когда соответствующее ей поведение одобряется, а поведение, нарушающее её, не одобряется. Правовая норма применяется тогда, когда исполняется санкция, установленная для поведения, нарушающего эту норму. Действительность нормы состоит в предрасположенности нормы к соблюдению или, в случае несоблюдения, к применению. Действенность

⁵⁵⁸ Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 309-472.

⁵⁵⁹ Alchourrón C. E., Bulygin E. The Expressive Conception of Norms // Normativity and Norms. P. 383–410.

⁵⁶⁰ Weinberger O. The Expressive Conception of Norms — an Impasse for the Logic of Norms // Law and Philosophy. 1985. № 4. P. 165–198.

нормы состоит в фактическом соблюдении нормы или, в случае несоблюдения, её применении.⁵⁶¹

Необходимо различать согласие с командой (и признание нормы) и соблюдение команды (и нормы). Когда А приказывает Б сделать что-то, Б соглашается с командой А тогда, когда он адресует сам себе (своему *alter ego*) команду, в соответствии с которой он должен выполнить приказ А. Таким образом, согласие с командой представляет собой отдельный акт воли. Смысл этого акта можно выразить словами «я должен сделать это», но не словами «делаю это». Возможно воление в смысле 1 долженствования сделать нечто без воления в смысле 2 сделать это. И наоборот, возможно воление в смысле 2 сделать нечто без воления в смысле 1 долженствования сделать это. В качестве иллюстрации этих ситуаций, Г. Кельзен приводит следующие примеры.

1) Офицер в военное время приказывает своему подчинённому застрелить пленного вражеского солдата. Подчинённый соглашается с командой «застрели взятого в плен вражеского солдата» со словами «есть, господин офицер!». Но, даже согласившись с командой офицера, он может оказаться неспособен её исполнить. По мнению Г. Кельзена, возможность такой ситуации особенно хорошо видна в тех случаях, когда человек, не сумевший исполнить команду, осуждает себя за это.⁵⁶²

2) Офицер, как и в первом примере, приказывает своему подчинённому застрелить пленного вражеского солдата. Подчинённый исполняет команду, осознавая, что в противном случае застрелят его самого. При этом, однако, он не соглашается с командой, поскольку справедливо полагает, что это будет нарушением международного права.

⁵⁶¹ *Kelsen H. General Theory of Norms.* 31–32.

⁵⁶² Это положение теории Г. Кельзена можно считать интерпретацией ситуации, описанной апостолом Павлом: «Ибо мы знаем, что закон духовен, а я плотян, продан греху. Ибо не понимаю, что делаю: потому что не то делаю, что хочу, а что ненавижу, то делаю. Если же делаю то, чего не хочу, то соглашаюсь с законом, что он добр, а потому уже не я делаю то, но живущий во мне грех. Ибо знаю, что не живет во мне, то есть в плоти моей, доброе; потому что желание добра есть во мне, но чтобы сделать оное, того не нахожу. Доброго, которого хочу, не делаю, а злое, которого не хочу, делаю» (Римл. 7: 14–19).

Понятия согласия с командой и признания нормы соотносятся следующим образом: человек признаёт общую норму (например, «каждый должен выполнять свои обещания») в том случае, если всякий раз, когда возникают условия, предполагаемые гипотезой нормы (в нашем примере — обещание), он адресует себе команду, повторяющую смысл данной нормы «выполни обещание, данное тобой».⁵⁶³ Соответственно, признание нормы также не эквивалентно её соблюдению, как согласие с командой не эквивалентно её исполнению.

2. Непосредственно соблюсти можно только индивидуальную норму, поскольку поведение, которое можно охарактеризовать как соблюдение или нарушение нормы возможно только после конкретной реализации условия, абстрактно определённого в общей норме. Г. Кельзен приводит следующий пример: если общая норма устанавливает «если кто-либо даёт обещание, он должен его сдержать», о соблюдении или нарушении нормы мы можем говорить только после того, как некоторое лицо А даёт некоторому лицу Б определённое обещание, например, уплатить 1 000 условных единиц, и после того, как А уплатил (или, наоборот, не уплатил) Б 1 000 условных единиц. Чтобы быть действительной, индивидуальная категорическая норма должна быть

установлена реальным актом воли, отличным от акта воли, установившего общую норму. Г. Кельзен критикует общее мнение о том, что в таком акте воли нет необходимости, поскольку индивидуальная норма заложена в общей. По его мнению, это убеждение основано на фикции того, что акт воли, устанавливающий индивидуальную норму заложен в акте воли, устанавливающей общую норму, иначе говоря, что если бы законодатель, установивший общую норму, знал конкретное дело, по обстоятельствам которого А обещал Б заплатить 1 000 условных единиц, он установил бы индивидуальную категорическую норму о том, что поведение, определённое абстрактно в этой общей норме, должно осуществиться конкретно (то есть,

⁵⁶³ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 42–44.

что А должен уплатить Б 1 000 условных единиц). Это фикция, поскольку моральный или юридический законодатель не может предвидеть будущих конкретных дел и возможно также, что если бы он предвидел данное конкретное дело, он мог бы установить исключение из установленной им общей нормы. По мнению Г. Кельзена, существует принципиальная разница между отношениями суждений «Все люди смертны» и «Сократ смертен» с одной стороны, и общей и индивидуальной нормой с другой.⁵⁶⁴ Истинность суждений не зависит от акта мышления, в то время как действительность нормы зависит от акта воли. Утверждение, что действительность индивидуальной нормы заложена в действительности общей, эквивалентно утверждению, что индивидуальная норма может быть логически выведена из условной общей нормы и истинности абстрактно сформулированного в ней условия.

В соответствии с теорией Г. Кельзена, обычно человек нарушает норму только тогда, когда осознаёт общую норму, касающуюся его поведения, например «возлюби врага своего». Здесь существует две возможности. Человек А, имеющий врага Б, может признавать эту моральную норму для себя, то есть адресовать себе индивидуальную категорическую норму «А, возлюби своего врага Б». После этого он может соблюсти или нарушить эту норму. Но он также может отказаться признавать общую норму, то есть адресовать себе индивидуальную категорическую норму. Тогда, с его точки зрения, ни нарушенной, ни соблюденной нормы нет. Может случиться так, что А осознает общую норму только после того, как испытает любовь или ненависть к своему врагу. Если после этого он признает для себя эту общую норму, он сможет одобрить или не одобрить своё поведение, то есть адресовать себе индивидуальную норму, соответствующую общей норме, и оценить своё поведение как соблюдение или нарушение этой индивидуальной нормы, то есть применить общую норму к самому себе. Он сможет оценивать своё поведение как морально хорошее или плохое, быть

⁵⁶⁴ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 46–47.

удовлетворённым собой или испытывать угрызения совести и критиковать себя. Но если он не признаёт для себя общую норму и, таким образом, не адресует себе индивидуальную норму, соответствующую общей норме, то, как и в первом случае, с его точки зрения нет ни нарушенной, ни соблюденной нормы.⁵⁶⁵

Если мы говорим, что общая норма действительна для человека, даже если он её не признаёт, это означает, что общая норма применяется к его поведению, то есть оно оценивается как плохое или хорошее. И это корректно в той степени, в которой (применительно к моральным нормам) одобрение или неодобрение его поведения основывается на признании нормы со стороны других членов сообщества. Это происходит потому, что моральный порядок, предписывая определённое поведение в качестве обязательного при определённых условиях, предписывает также, что это поведение должно одобряться или не одобряться другими в зависимости от того, соответствует оно или нет тому, что было предписано. Но это одобрение или неодобрение предполагает, что общая норма признаётся для конкретного случая, и, таким образом, констатацию того, что условие, абстрактно сформулированное в общей норме, реализовалось в конкретном случае. Это признание влечёт установление индивидуальной категорической нормы, предписывающей в качестве обязательного данное человеческое поведение. Например: если А не одобряет поведение Б, не сдержавшего обещание, он должен признавать общую норму «тот, кто дал обещание должен его держать», для данного случая, то есть констатировать, что Б, обещавший 1000 условных единиц В, не сдержал своё обещание, и после этого установить индивидуальную категорическую норму «Б должен держать свое обещание заплатить 1000 условных единиц В». Неодобрение А непосредственно касается этой индивидуальной категорической нормы. Повелевая, что одобрение соблюдающего норму и неодобрение нарушающего её поведения обязательно, моральный порядок наделяет

⁵⁶⁵ Ibid. P. 47.

полномочиями устанавливать индивидуальные категорические нормы. Таким образом, даже если человек не признаёт для себя общей нормы и, соответственно не адресует себе индивидуальную категорическую норму, корреспондирующую общей норме, его поведение всё равно может характеризоваться как соблюдение или нарушение индивидуальной категорической норм, связанное с одобрением или неодобрением со стороны членов сообщества, учреждённого моральным порядком. Выражая моральное одобрение или неодобрение чужого поведения, индивид соблюдает норму, уполномочивающую его одобрять или не одобрять, и он применяет к рассматриваемому поведению общую норму, которую он признаёт.⁵⁶⁶

§ 1.2.2. Концепции А. Росса, Г. Харта и институционального юридического позитивизма

Как уже упоминалось выше, в концепции А. Росса условием существования нормы является то, что в большинстве случаев модель поведения, представленная в директиве ($s \rightarrow b$), соблюдается членами общества.⁵⁶⁷ При этом соблюдение нормы членами общества должно ощущаться ими как обязательное.⁵⁶⁸ Это сопровождается психологическим импульсом адресата (агента) нормы к определённому поведению. Для наблюдателя, который представляет себя на месте агента норм, этот импульс выражается в ожидании следования соответствующей модели поведения. Это ожидание носит не теоретический характер, а выражение одобрения или неодобрения, в зависимости от того, было ли удовлетворено требование нормы. А. Росс называет их переживаниями действительности. Именно

⁵⁶⁶ Ibid. P. 48. – По мнению Г. Кельзена, именно в этом состоит автономия морали. Мораль не автономна в том смысле, что общие нормы действительны, только если они установлены индивидом, поведение которого они регулируют, поскольку возможно установление моральных норм обычаями или отдельными личностями, в частности, основателями религий. Но мораль автономна в том смысле, что эти общие нормы могут применяться к отдельным делам только через индивидуальные нормы, которые индивиды адресуют себе, признавая общую норму, или которые устанавливают другие (признающие общую норму), одобряя или не одобряя его поведение.

⁵⁶⁷ Где s – положение дел, а b – требуемое поведение (Ross A. Directives and Norms. P. 83).

⁵⁶⁸ Что отличает нормы от моделей поведения, основанных на биологии (например, сон ночью), от технических моделей поведения (например, технология садоводства) и традиций (обычаев, не имеющих обязательной силы, например, празднование Рождества с наряженной ёлкой) (Ibid. P. 83-84).

ложная интерпретация этих переживаний, по мнению А. Росса, породила идею объективного качества действительности, доступного познанию.⁵⁶⁹

В теории Г. Л. А. Харта, как уже упоминалось, происходит разделение внешней и внутренней точек зрения на правило. Первая, по его мнению, соответствует позиции наблюдателя, который сам не принимает правила, а вторая – позиции члена социальной группы, который принимает и использует правила как руководство к действию.⁵⁷⁰

Внутренний аспект правил связан с образом «пут», связывающих того, кто взял на себя обязательство. При этом, несмотря на серьёзное социальное давление, сопровождающее правило, обязанный не обязательно испытывает чувство давления или принуждения. Как замечает Харт, в этом смысле нет противоречия в том, чтобы сказать о закоренелом жулике, что он имел обязанность заплатить арендную плату, но не испытывал никаких чувств, когда сбежал, не сделав это.⁵⁷¹ Практическая же проблема состоит в том, что в любой момент в жизни любого социума, который живет по правилам, правовым или нет, могут возникнуть трения между теми, кто, с одной стороны, принимает и добровольно содействует исполнению права и воспринимает свое собственное поведение и поступки других людей в свете этих правил, и, с другой стороны, теми, кто отвергает эти правила и относится к ним с внешней точки зрения как к знакам, предупреждающим о возможном наказании за их нарушение.⁵⁷²

С точки зрения институционального юридического позитивизма норма представляет собой институциональный факт. При этом она функционирует как мотивационный элемент человеческого поведения. Как пишет О. Вайнбергер, способ, которым это происходит, весьма непрост, «это странный процесс, непосредственно связанный с человеческим существованием и осуществляющийся несколькими путями. Осознание нормы в качестве схемы поведения, имеет тенденцию проявлять себя в индивидуальном поведении частично благодаря добровольному принятию, частично через общественный

⁵⁶⁹ Ibid. P. 84–85.

⁵⁷⁰ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 93.

⁵⁷¹ Там же. С. 92.

⁵⁷² Там же. С. 95.

инстинкт подражания, частично как результат угрозы принуждения в случае нарушения нормы».⁵⁷³ Кроме того, необходимо иметь в виду, что воздействие действительных норм на человеческое поведение не сводится к их выполнению. Нормы имеют многочисленные вторичные эффекты в отношении поведения индивидов и структуры общества, в первую очередь связанные с функционированием социальных институтов.

Таким образом, можно увидеть существенную близость в рассмотренных подходах как в вопросе о понятии нормы, так и в вопросе о её действии. Норма рассматривается как идеальный объект (некоторая идея), которой корреспондирует с одной стороны соответствующее внешнее поведение и, с другой стороны, специфическое психологическое представление о ней как об обязательной.⁵⁷⁴ Вопрос о применимости законов логики к нормам вызвал большее расхождение позиций, которое, как показал наш анализ, не так существенно, как может показаться на первый взгляд.

§ 2. Классификация норм

§ 2.1. Подходы к классификации норм

§ 2.1.1. Классификация норм у Г. Кельзена

В чистом учении по праву содержатся три наиболее важные классификации норм:

- 1) Классификация норм на самостоятельные и несамостоятельные;
- 2) Классификация норм на общие и индивидуальные;
- 3) Классификация норм по их функциям.

Каждая из этих классификаций тесно связана с одной или несколькими доктринами, составляющими теорию Кельзена

⁵⁷³ MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 40.

⁵⁷⁴ С этой точки зрения интересно сравнение упомянутых позитивистских концепций с психологической теорией права Л. И. Петражицкого: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46-71; Тимошина Е. В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. С. 144-164.

Первая классификация связана с его теорией принуждения. В соответствии с ней, все нормы делятся на два вида — самостоятельные и несамостоятельные в зависимости от того, предписывают ли они своим содержанием акты принуждения. Самостоятельные нормы — предписывают, а несамостоятельные, так или иначе, являются условием применения самостоятельных норм.⁵⁷⁵

Вторая классификация играет важную роль в доктрине ступенчатой структуры правового порядка и уже рассмотренной выше теории действия права. Индивидуальная норма предписывает однократное индивидуально-определённое поведение (например, судебный приговор о наказании за кражу). Общая норма предписывает поведение, определённое общим образом (например, что все совершившие кражу должны быть наказаны лишением свободы). Общий или индивидуальный характер нормы не зависит от того, адресована ли она открытому или закрытому классу людей.⁵⁷⁶ Таким образом, даже поведение отдельного индивидуально определённого человека, определённое общим образом, является общей нормой.

Третья классификация норм была полностью сформулирована только в «Общей теории норм» и, таким образом, формировалась параллельно теориям позитивистов следующего поколения. Данная классификация имеет много прообразов и вариаций по крайней мере начиная с работ Ансельма Кентерберийского,⁵⁷⁷ а начиная с Лейбница, строится по аналогии с общефилософскими модальностями.⁵⁷⁸ В соответствии с ней существует четыре нормативные функции: предписание, разрешение, уполномочивание и дерогация. Их понятия и взаимное соотношение в концепции Кельзена мы рассмотрим ниже.

⁵⁷⁵ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 1. С. 77–81.

⁵⁷⁶ *Kelsen H. General Theory of Norms.* P. 7–8.

⁵⁷⁷ Символическая логика: Учебник / Под ред. Я. А. Слинина, Э. Ф. Караваева, А. И. Мигунова (автор главы — Е. Н. Лисанюк). СПб., 2005. С. 413.

⁵⁷⁸ фон Вригт Г. Х. Логико-философские исследования. С. 245–247.

§ 2.1.2. Классификация норм у А. Росса

Альф Росс в целом принимает первые две классификации норм Кельзена, вместе с тем, его понятие индивидуальной нормы отличается от понятия Кельзена, в соответствии с ним основанием деления в данной классификации является закрытость либо открытость класса адресатов нормы.⁵⁷⁹

Аналогом классификации норм по функциям у Кельзена в концепции Росса является теория правовых модальностей. Строго говоря это не классификация *норм*, это классификация их *функций*. Но несмотря на то что Росс, вслед за американским юристом У. Хофельдом⁵⁸⁰ и «ранним» Г. Кельзеном,⁵⁸¹ рассматривает правовые модальности в первую очередь, как инструмент анализа правовых отношений, он применяет данную классификацию модальностей и к нормам.⁵⁸²

А. Росс развивает свою теорию правовых модальностей. В соответствии с этой теорией, всё многообразие правовых ситуаций можно описать при помощи восьми нормативных модальностей.

Модальности норм поведения⁵⁸³

- | | | |
|-------------------------------------|---|---------------------------------|
| (1) Обязанность А-В (С) | ~ | Требование В-А (С) |
| ↓ | | ↓ |
| (2) Разрешение (свобода) А-В (не-С) | ~ | Отсутствие требования В-А (С) |
| | | |
| (3) Требование А-В (С) | ~ | Обязанность В-А (С) |
| ↓ | | ↓ |
| (4) Отсутствие требования А-В (С) | ~ | Разрешение (свобода) В-А (не-С) |

Модальности норм компетенции

⁵⁷⁹ Ross A. Directives and Norms. P. 106-110.

⁵⁸⁰ Теория У. Хофельда изложена в его монографии «Фундаментальные правовые концепции» (Hohfeld W. N. Fundamental Legal Conceptions. New Haven, 1920. P. 23-114).

⁵⁸¹ Ср.: Voegelin E. Kelsen's Pure Theory of Law // Political Science Quarterly. 1927. V. 42, № 2. P. 271-272.

⁵⁸² Ross A. Directives and Norms. P. 116-119.

⁵⁸³ Ross A. 1) On Law and Justice. P. 165; 2) Directives and Norms. P. 119. – Символ ~ обозначает эквивалентность рассматриваемых понятий, а символ ↓ обозначает их противоположность. Формула «Обязанность А-В (С)» означает «А в отношении к В обязан совершить поведение С», где С описывает содержание обязанности (соответствующую ситуацию). «Подчинение А-В (F)» читается как «А подчинён нормотворческим актам В в сфере F», где F описывает компетенцию В.

(5) Подчинение А-В (F)	~	Компетенция В-А (F)
↑↓		↑↓
(6) Иммуни́тет А-В (F)	~	Ограничение компетенции В-А (F)
(7) Ограничение компетенции А-В (F)	~	Иммуни́тет В-А (F)
↑↓		↑↓
(8) Компетенция А-В (F)	~	Подчинение В-А (F)

Указанная схема предполагает возможность выражения всех модальностей норм поведения через любую отдельно взятую⁵⁸⁴ и аналогичную возможность модальностей норм компетенции. При этом, как отмечает А. Росс, поскольку подчинение А со стороны В выразимо через обязанность В, все восемь модальностей выразимы через обязанность.⁵⁸⁵

С точки зрения А. Росса, приведённая система основных юридических модальностей позволяет решить многие проблемы традиционной юриспруденции. В частности, одной из таких проблем является поверхностное разделение и противопоставление права и обязанности. Термин «право» включает в себя такие разнородные понятия как требование, свобода (разрешение), полномочие (компетенция) и иммунитет. Таким образом, юридический анализ в пределах дихотомии права и обязанности принципиально неполон. Кроме того, по мнению А. Росса, это противопоставление некорректно ещё и потому что субъективное право представляет собой систематическое понятие, объединяющее вместе множество разных правовых эффектов. Субъективное право это не отдельная модальность, выражающая определённое правило, а доктринальная

⁵⁸⁴ Например, свобода (C) = отсутствие запрета (C) + отсутствие предписания (C) = отсутствие обязанности (C)+ отсутствие обязанности (не-C) (Ross A. On Law and Justice. P. 164).

⁵⁸⁵ Ross A. On Law and Justice. P. 162. Строго говоря, все восемь модальностей взаимовыразимы. Но модальность обязанности занимает особое положение как самая фундаментальная, поскольку непосредственно выражает специфический оператор директивы, который, в случае, если директивой является норма, имеет основу своего существования в чувстве действительности нормы. По мнению А. Росса, это особенно показательно в том, что нормативная система, состоящая только из норм, устанавливающих обязанности, вполне возможна, но невозможна нормативная систем, состоящая только из норм, устанавливающих разрешения. Последние не имели бы смысла при отсутствии норм, устанавливающих, что не разрешено, то есть обязанности (Ross A. Directives and Norms. P. 120).

конструкция, служащая систематическому представлению действующего права (в объективном смысле).⁵⁸⁶

§ 2.1.3. Классификация норм у Г. Харта и Дж. Раза

Основная классификация норм, введённая Г. Л. А. Хартом состоит в уже рассмотренном нами выше делении правил на первичные и вторичные. Классификация правовых функций (модальностей) подробно им не рассматривается,⁵⁸⁷ в то же время две другие классификации Кельзена им отвергаются: теория самостоятельных и несамостоятельных норм отвергается эксплицитно,⁵⁸⁸ а теория индивидуальных норм – имплицитно.⁵⁸⁹

Джозеф Раз следует концепции Харта в своей критике классификации норм Кельзена на самостоятельные и несамостоятельные. Вместе с тем, он признаёт существование индивидуальных норм.⁵⁹⁰

Классификация Харта также не избежала критики. Основной её недостаток, по мнению Дж. Раза, состоит в том, что она смешивает нормативные типы и социальные функции, пытаясь тем самым одновременно достичь несовместимых целей. По мнению Раза четыре первичные социальные функции права следующие: а) предотвращение нежелательного поведения и защита желательного поведения б) обеспечение возможности частных договорённостей между индивидами с) предоставление (публичных) услуг и перераспределение благ d) разрешение неурегулированных споров. Кроме первичных функций существуют и вторичные (определение процедур изменения права и регулирование действий правоприменительных органов). В концепции Харта первичные правила выполняют первую первичную

⁵⁸⁶ Ross A. On Law and Justice. P. 168–169. Данную позицию можно считать косвенной критикой теории классификаций, выделяющих управомочивающие нормы как отдельную категорию (см., напр.: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 274).

⁵⁸⁷ Единственная известная нам работа, в которой Харт прямо обращается к проблеме правовых модальностей – статья, посвящённая обзору работы Бентама (*Hart H. L. A. Bentham's Of Laws in General // Essays on Bentham*. P. 112-122). К сожалению, собственную точку зрения в данной работе Харт не высказывает.

⁵⁸⁸ *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 46-49.

⁵⁸⁹ Основным понятием теории Харта является правило (rule), имеющее само по себе признак общности.

⁵⁹⁰ *Raz J.* Practical Reason and Norms. P. 50.

функцию, а вторичные - вторую первичную функцию. На самом деле, полагает Раз, и те, и другие выполняют обе функции. Кроме того, такая корреляция затемняет существование двух других основных функций права. Аналогичные проблемы возникают при применении этой классификации к вторичным функциям.⁵⁹¹

Основная классификация норм, предложенная Дж. Разом, больше похожа на традиционные классификации и сформировалась, по-видимому, в большей степени под влиянием шведского философа Г. Х. фон Вригта,⁵⁹² чем Г. Л. А. Харта. Раз выделяет предписывающие (mandatory) нормы и непредписывающие (non-mandatory) нормы. Последние, в свою очередь, подразделяются на разрешающие и уполномочивающие.⁵⁹³

§ 2.1.4. Классификация норм в институциональном юридическом позитивизме

Институциональный юридический позитивизм, в первую очередь в лице О. Вайнбергера, проанализировал целый ряд классификаций норм (правил) предложил некоторые собственные. Результаты данных исследований тезисно изложены в статье О. Вайнбергера «Роль правил».⁵⁹⁴

Вайнбергер выделяет четыре важнейшие классификации правил:

1. правила поведения и уполномочивающие правила;
2. правила, различающиеся по модальным операторам;
3. принципы и правила, применяемые посредством подведения;
4. регулятивные и конститутивные правила (концепция Сёрла).⁵⁹⁵

В первой классификации Вайнбергер в целом поддерживает позицию «позднего» Кельзена, которую мы рассмотрим ниже. В связи с этой же

⁵⁹¹ Raz J. The Authority of Law. P. 177–178.

⁵⁹² фон Вригт Г. Х. Логико-философские исследования. С. 245–448.

⁵⁹³ Raz J. Practical Reason and Norms. P. 49–106.

⁵⁹⁴ Weinberger O. The Role of Rules // Ratio Juris. V. 1. № 3. 1988. P. 224–240.

⁵⁹⁵ Ibid. P. 228. Мы не приводим здесь четвёртую указанную Вайнбергером классификацию (регулятивные и конститутивные правила в концепции Сёрла), поскольку в конечном счёте Вайнбергер отрицает эту концепцию (Ibid. P. 234–235).

классификацией он критикует концепцию Харта, выдвигая следующие критические замечания.

1. Сфера обязанностей, существующих в правовом сообществе, которая по Харту должна охватываться первичными правилами, включает в себя заключение договоров и другие частноправовые сделки, нормы о заключении которых относятся к уполномочивающим.
2. Классификация вторичных правил на правила признания, изменения и суда не основана на ясном основании деления и их отношение к уполномочивающим правилам не прояснено в теории Харта.⁵⁹⁶

Во второй классификации (классификация правил по модальности) Вайнбергер исходит из трёхчастного деления последних на операторы «обязательно», «запрещено» и «разрешено». При это Вайнбергер показывает сложности взаимного соотношения данных операторов в зависимости от правил данной нормативной системы. В закрытых нормативных системах действует один из двух принципов: «разрешено всё, что не запрещено» или «запрещено всё, что не разрешено». В открытых нормативных системах требуется введение дополнительного модального оператора «безразлично».⁵⁹⁷

В третьей классификации Вайнбергер соглашается с возможностью проведения различия между принципами и правилами, основанными на подведении фактов под гипотезу, однако не считает это различие настолько существенным, чтобы отказываться от общего понятия правила, охватывающего и то, и другое.⁵⁹⁸

§ 2.2. Проблема разрешающих норм

С точки зрения Кельзена термин «разрешено» может употребляться в разных ситуациях. Во-первых, он может употребляться для характеристики ситуации, при которой данное поведение не является объектом нормы, то

⁵⁹⁶ Ibid. P. 229.

⁵⁹⁷ Ibid. P. 231-233.

⁵⁹⁸ Ibid. P. 233-234.

есть не предписано, не уполномочено, не разрешено (позитивно). Разрешение в этом смысле не является функцией норм.

Позитивное разрешение возможно в двух случаях. В первом из них оно означает, что действительность нормы, запрещающей (или предписывавшей) данное поведение прекращена другой, дерогационной нормой. Во втором случае действительность нормы, запрещающей (или предписывавшей) данное поведение ограничивается другой, дерогационной нормой. Например, норма запрещает причинение смерти, а другая норма ограничивает действительность первой нормы, устанавливая исключение для случаев самообороны. В этих случаях разрешение — это функция дерогационной нормы. В отличие от негативно разрешённого, поведение, разрешённое в позитивном смысле, не просто свободно, а сделано свободным. Таким образом, функция разрешения сводима к дерогационной функции.

По мнению Г. Кельзена, некорректно говорить о том, что то, что предписано, при этом разрешено. Разрешение предполагает, что у лица есть выбор между тем, чтобы совершить разрешённое действие, и тем, чтобы воздержаться от него. Предписание исключает такую возможность выбора. Некорректно говорить о том, что «запрещено» и «не разрешено» — эквивалентные выражения, поскольку то, что предписано — тоже не разрешено.⁵⁹⁹

Анализируя известное выражение «всё, что не запрещено — разрешено», Г. Кельзен приходит к выводу, что если термин «разрешение» используется здесь в негативном смысле (того, что не запрещено и не разрешено), то оно ложно, так как означает утверждение, что всё то, что не запрещено — не запрещено и не предписано. Если же он используется в позитивном смысле, то это выражение тавтологично, так как означает, что «всё, что не запрещено — не запрещено». Анализируя возможность противоположного принципа, «всё, что не разрешено — запрещено», Г. Кельзен приходит к выводу, что (рассматривая разрешение в позитивном

⁵⁹⁹ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 98–101.

смысле) такую норму теоретически представить можно, однако это невозможно практически. Кроме того, Г. Кельзен опровергает встречающееся утверждение о том, что этот принцип можно рассматривать как применяющийся к правотворческим и правоприменительным актам законодательных, судебных и административных органов, поскольку создание и применение права не разрешено ни в негативном, ни в позитивном смысле, а представляет собой реализацию другой нормативной функции, а именно, уполномочивания.⁶⁰⁰

Анализируя роль разрешающих норм в нормативной системе, Е. В. Булыгин приходит к выводу, аналогичному тому, что был сделан Кельзеном: функция разрешительных норм (позитивных разрешений) – дерогационная, она состоит в возможности отменять предыдущие запреты и обязанности (в соответствии с принципом *lex posterior derogat priori*) и делать нормативно невозможными последующие (в соответствии с принципом *lex superior derogat inferiori*). Это объясняет, почему в праве, для которого характерны иерархичность и динамическая перспектива, разрешающие нормы играют большую роль, чем в морали.⁶⁰¹

§ 2.3. Проблема уполномочивающих норм

В соответствии с определением Кельзена, нормативная функция уполномочивания⁶⁰² состоит в наделении индивида властью устанавливать и применять нормы. Так, моральная норма уполномочивает отца отдавать обязательные для сына команды. Правовая норма уполномочивает

⁶⁰⁰ Ibid. P. 101.

⁶⁰¹ Булыгин Е. В. Разрешающие нормы и нормативные системы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 473-480.

⁶⁰² Мы, как и в других случаях, исходим из окончательного вариант концепции уполномочивающих норм Кельзена, сформулированного в «Общей теории норм». Вместе с тем, эта концепция исторически развивалась и сыграла важную роль в становлении современного юридического позитивизма. Как отмечает Е. В. Булыгин, именно Кельзен впервые объединил такие категории традиционной юриспруденции, как компетенция (Kompetenz), правовая власть (Rechtsmacht), правоспособность, (Handlungsfähigkeit) и деликтоспособность (Deliktsfähigkeit) в общем понятии уполномочивания (Bulygin E. On Norms of Competence // Law and Philosophy. V. 11. 1992. P. 202-203).

определённых индивидов создавать правовые нормы или применять правовые нормы.

Индивид, который не уполномочен на это, не может создавать или применять право. Даже если его акты имеют такую цель, объективно они не имеют характера правотворчества или правоприменения. Их субъективный смысл не совпадает с объективным. Они не имеют юридического эффекта, они ничтожны, они не существуют юридически. Они не нарушают никаких норм, потому что не запрещены. Если индивид отдаёт приказ с угрозой причинить вред (например, приказ предпринимателям отдать часть прибыли), не будучи на это уполномочен, то имеет место вымогательство, запрещённое как преступление. Но запрещёнными их делает не то, что они не уполномочены, а то, что они запрещены соответствующей нормой.

Акт, уполномоченный моральной или правовой нормой, также может быть предписан. Законодательный орган уполномочен конституцией устанавливать общие нормы, но обычно ему это не предписано. Судья уполномочен законом применять общие правовые нормы к конкретным делам, и обычно ему это предписано.

Хотя нормативная функция уполномочивания отличается от нормативных функций разрешения и предписания, она может влечь предписание. Это так, если полномочие состоит в установлении норм. Если моральная норма уполномочивает отца отдавать обязательные для сына команды, то тем самым она предписывает сыну слушаться отца. Если норма конституции уполномочивает законодательный орган устанавливать общие правовые нормы, обязательные для всех субъектов права, речь идёт не только о компетенции законодательного органа, но и об обязывающей природе этих норм для субъекта права. Таким образом, в конечном счёте, субъекты подчиняются самой конституции не непосредственно, а посредством устанавливающих санкции законов, создание которых уполномочено конституцией. Другими словами, конституцией им предписано подчиняться законам. Соответственно, норма, уполномочивающая отца или законодателя,

выполняет две функции, касающиеся двух разных предметов. Первая норма устанавливает, что 1) отец уполномочен давать указания сыну, 2) сын должен слушаться отца. Вторая норма устанавливает, что 1) законодательный орган может устанавливать нормы, 2) люди, поведение которых регулируется этими нормами, должны их соблюдать.⁶⁰³

Мнения последующих авторов относительно кельзеновской концепции уполномочивающих норм разделились.

Ота Вайнбергер рассматривает концепцию уполномочивающих норм в контексте доктрины чистого учения о праве о ступенчатой структуре правопорядка. Сравнивая эту концепцию с теорией Харта он отдаёт предпочтение первой, выражая также согласие с дуалистической концепцией уполномочивающей нормы, которая, с одной стороны, является специфической нормой о компетенции, а с другой стороны, представляет собой условное предписание, передающее обязательность норме следующей ступени.⁶⁰⁴

Ряд авторов, в первую очередь А. Росс⁶⁰⁵ и Е. В. Булыгин⁶⁰⁶ (по мнению Булыгина, с которым можно согласиться, близкой точки зрения придерживался Г. Л. А. Харт),⁶⁰⁷ пытались применить к уполномочивающим нормам концепцию американского философа Дж. Сёрла о различении регулятивных и конститутивных правил. Последние, с которыми в данном случае отождествляются уполномочивающие нормы, не столько регулируют поведение, сколько создают и определяют новое поведение,⁶⁰⁸ классическим примером чего для всех четырёх указанных авторов являются правила игр. Так, например, конститутивным является правило, определяющее мат в шахматах.⁶⁰⁹ Данная теория вызвала критику со стороны институционалистов, полагающих, что такое разграничение вводит в

⁶⁰³ Kelsen H. General Theory of Norms. P. 102–105.

⁶⁰⁴ Weinberger O. The Role of Rules. P. 228–231.

⁶⁰⁵ Ross A. Directives and Norms. P. 53–57.

⁶⁰⁶ Bulygin E. On Norms of Competence. P. 207–216.

⁶⁰⁷ Ibid. P. 207–208; Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 35–50, 246–247.

⁶⁰⁸ Bulygin E. On Norms of Competence. P. 209.

⁶⁰⁹ Ibid. P. 210.

заблуждение.⁶¹⁰ По мнению О. Вайнбергера, такая позиция затемняет нормативную и социальную природу институтов и институциональных фактов. Конституции таких институтов, как игры, основаны на некоторых понятиях и некоторых отношениях. Они вводятся в социальную практику при помощи некоторых дефиниций. Однако существенно то, что функцию этих институциональных объектов определяет система нормативных правил (не дефиниций), и ими же задаются рамки для возможных действий с этими объектами.⁶¹¹

§ 2.4. Проблема дерогационных норм

Одним из наиболее характерных и интересных нововведений поздней теории Г. Кельзена является понятие дерогации. Он определяет её как «очень специфическую нормативную функцию, состоящую в прекращении действительности другой нормы».⁶¹² По мнению Г. Кельзена, эта нормативная функция играет особенно важную роль в праве, но используется и в морали. Существует два других способа прекращения действительности нормы (чаще встречающихся в морали): истечение срока, на который норма была установлена, и потеря нормой действительности вследствие несоблюдения и неприменения (потери действенности). В отличие от них, дерогация представляет собой прекращение действительности нормы другой нормой. Дерогационная норма устанавливает не долженствование, а отсутствие долженствования. Она не может быть действительна сама по себе, она действительна только в соединении с другой нормой (той, действительность которой она прекращает). В этом смысле дерогационные нормы это зависимые нормы.⁶¹³

⁶¹⁰ См.: *MacCormick N. Powers and Power-Conferring Norms // Normativity and Norms. P. 493-506; MacCormick N., Weinberger O. An Institutional Theory of Law. P. 21-24; 49-76.*

⁶¹¹ *Weinberger O. The Role of Rules. P. 234-235.*

⁶¹² *Kelsen H. General Theory of Norms. P. 106.*

⁶¹³ Как отмечает Г. Кельзен, дерогационная норма обычно имеет своей лингвистической формулировкой утверждение, которое, однако, имеет не дескриптивный, а прескриптивный смысл (*Ibid. P. 108*).

Вопрос дерогации — это вопрос сферы действительности нормы, в особенности сферы действительности во времени. Дерогация касается действительности нормы, а не акта, её установившего, который отменён быть не может. Поскольку дерогационная норма не касается поведения, она не может быть соблюдена, применена или нарушена. Выполнив свою функцию, то есть прекратив действительность нормы, к которой она относится, дерогационная норма сама теряет действительность по отношению к данной норме. Поэтому её действительность не может быть прекращена в отношении нормы, действительность которой уже прекращена. Установление дерогационной нормы по отношению к такой дерогационной норме не возымает эффекта и не восстановит действительность уже прекращённой нормы. Если законодатель установит норму, которая будет читаться как «действительность нормы, прекращающей действительность нормы, запрещающей доступ к определённому земельному участку, прекращается» с намерением восстановить действительность нормы, запрещающей доступ к определённому земельному участку, то установленная им норма будет не дерогационной, а запрещающей нормой, чья формулировка технически дефектна. В действительности, восстановить норму невозможно. Норма, которая становится действительной, это уже не та норма, действие которой было прекращено, а другая, даже если у них одно и то же содержание.⁶¹⁴

Как отмечает Г. Кельзен, дерогация возможна в двух различных ситуациях: когда имеет место конфликт норм, и когда его нет. В последнем случае нормотворческая инстанция считает действительность действительной нормы неудовлетворительной и желает её прекратить. Дерогационная норма не вступает в конфликт с какой-либо другой. *Конфликт между двумя нормами существует тогда, когда имеет место несовместимость между тем, что предписывает каждая из этих норм, а принцип «Lex posterior derogat priori» неприменим.* Конфликт разрешается, если действительность одной из конфликтующих норм прекращается

⁶¹⁴ Ibid. P. 106–107.

дерогационной нормой.⁶¹⁵ Законодатель также может по тем или иным причинам установить норму, тождественную по содержанию норме уже существующей. В этом случае он может прекратить действительность первой нормы.

Норма, действительность которой прекращается дерогационной нормой, может быть общей или индивидуальной.⁶¹⁶ Норма, действительность которой прекращается, может быть установлена как правовым актом, так и обычаем. Но дерогационная норма может быть установлена только правовым актом. Обычай, в свою очередь, может своим эффектом иметь потерю нормой действительности путём потери действенности (продолжительное несоблюдение и неприменение нормы). Возможно также установление путём обычая нормы, противоположной по смыслу норме правового акта. Однако здесь, как и в первом случае, нет конфликта норм, поскольку появление такой обычно-правовой нормы предполагает продолжительное несоблюдение и неприменение нормы правового акта.⁶¹⁷

Г. Кельзен рассматривает вопрос о том, могут ли существовать нормы, которые нельзя подвергнуть дерогации. По его мнению, могут (хотя и не существует норм, которые могли бы потерять свою действительность из-за потери действенности). Идея Г. Кельзена состоит в том, что норма может сама определять свою действительность — может определить, что она действительна для определённого места, времени и лиц, а может определить, что она действительна всегда и для всех. Например, республиканская конституция может устанавливать, что она не может быть отменена монархической конституцией и т.д.⁶¹⁸ В качестве аргумента в пользу существования норм, которые не могут быть подвергнуты дерогации, Г. Кельзен приводит пример принципа *res judicata*⁶¹⁹ для судебных и

⁶¹⁵ Ibid. P. 108.

⁶¹⁶ Например, отмена судебного решения судом вышестоящей инстанции.

⁶¹⁷ Ibid. P. 109.

⁶¹⁸ Ibid. P. 109–110.

⁶¹⁹ В соответствии с этим принципом не допускается пересмотр решения, вынесенного судом последней инстанции (см., напр.: A Dictionary of Law / Ed. by Elizabeth A. Martin. Oxford, 2003. P. 430) или иным юрисдикционным органом последней инстанции.

административных решений. Его смысл состоит именно в невозможности подвергнуть дерогации индивидуальную норму, которая является решением *res judicata*. Г. Кельзен, впрочем, делает оговорку о том, что этот принцип может проводиться с разной степенью строгости, например, строгого соблюдения этого принципа нет в случае возможности отмены этой индивидуальной нормы законодательным органом.⁶²⁰ Неотменяемость нормы не означает, что не может быть установлена и получить действительность другая, конфликтующая с ней норма. Конфликт разрешается либо дерогацией второй нормы, либо отменой положения о неотменяемости первой нормы.⁶²¹

По мнению Г. Кельзена, строго говоря, некорректно проводить различие между полной (*abrogatio* или *obrogatio* в римском праве) и частичной (*derogatio* в римском праве) отменой нормы.⁶²² Под частичной отменой нормы понимают изменение сферы её действия (частичное изменение её содержания).⁶²³ Как отмечает Г. Кельзен, аналогия между

⁶²⁰ В принципе, возможна отмена даже уже исполненной нормы.

⁶²¹ Представляется интересным сравнить здесь позицию Г. Кельзена с позициями А. Росса и Г. Л. А. Харта, высказанными в ходе уже упоминавшейся нами полемики по поводу возможности законов, ссылающихся сами на себя. Началом дискуссии можно считать работы Л. И. Петражицкого, в которых в качестве аргумента против теорий принуждения как отличительной черты права он указал на бесконечный регресс санкций в том случае, если мы считаем, что каждая правовая норма должна быть ею обеспечена (*Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. СПб., 2000. С. 221–224). Этот аргумент был воспроизведён Н. С. Тимашевым (*Timasheff N. S. Introduction to the Sociology of Law*. New Brunswick, 2007. P. 264), а также Г. Кельзеном против теории Дж. Остина (*Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 28–29). Позднее эта проблема привлекла внимание Г. Л. А. Харта (*Hart H. L. A. Self-Referring Laws // Essays in Jurisprudence and Philosophy*. P. 170–178). В своей статье он выразил сомнение в адекватности аргумента Петражицкого, точнее, в егосылке о том, что норма, устанавливающая санкцию, не может устанавливать санкцию за нарушение самой себя. Эта же посылка присутствовала в рассуждениях А. Росса о логической невозможности существования норм (в частности, норм конституции), которые, устанавливая особый порядок изменения других норм, распространяли бы его и на себя (*Ross A. On Law and Justice*. P. 80–84). По мнению Г. Л. А. Харта, нормы, ссылающиеся сами на себя, вполне возможны и осмысленны, во всяком случае тогда, когда они ссылаются не только на себя, но и на другие нормы. В ответной статье (*Ross A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law // Mind, New Series*. 1969. V. 78. № 309. P. 1–24) А. Росс подробнее раскрыл логическое обоснование своей позиции (основанной на теории типов Б. Рассела и семантической теории А. Тарского) и возразил Г. Л. А. Харту, что нормы, ссылающиеся не только на себя, но и на другие нормы возможны и осмысленны в той степени, в которой они ссылаются не на себя, а на другие нормы. О продолжении этой полемики см. также: *Raz J. Professor A. Ross and some Legal Puzzles // Mind, New Series*. 1972. V. 81. № 323. P. 415–421.

⁶²² Различие, проводимое со времён Цицерона, писавшего в диалоге «О государстве»: «Предлагать полную или частичную отмену такого закона — кошунство; сколько-нибудь ограничивать его действие не дозволено; отменить его полностью не возможно» (*Цицерон М. О государстве // Диалоги: О государстве. О законах*. М., 1966. 3, XXII, 33).

⁶²³ Помимо персональной, временной и территориальной сферы действия Г. Кельзен выделяет материальную сферу действия нормы, то есть предписываемое поведение и его условия (*Ibid.* P. 111, 147–148).

нормой и физическим объектом, который может сохранять тождество при частичном изменении, ошибочна. Когда содержание нормы изменяется (то есть, когда действительной становится норма, содержание которой частично изменено по сравнению с другой нормой), существует две возможности. Либо более ранняя норма продолжает действовать без изменения и две нормы вступают в конфликт, либо более ранняя норма прекращает своё действие на основании принципа «*lex posterior derogat priori*» и единственной действительной нормой остаётся вторая (содержание которой частично отличается от содержания первой). Ни в том, ни в другом случае первая норма не продолжает действовать с изменившимся содержанием.⁶²⁴

Концепция дерогационных норм Кельзена, который впервые выделил данную нормативную функцию, вызвала неоднозначную оценку среди позитивистов следующего поколения. С одной стороны, она стала важным элементом построения экспрессивной концепции норм Е. В. Булыгина и К. Э. Альчуррона.⁶²⁵ С другой стороны, она вызвала критику О. Вайнбергера. Чешско-австрийский правовед признаёт правоту Кельзена в том, что дерогационный эффект моментален и никакой последующей связи между отменяющей и отменяемой нормой нет. Вместе с тем, по мнению Вайнбергера, этот эффект порождается не самой отменяющей нормой, а методологическим правилом «*lex posterior derogat priori*», определяющим действие норм во времени, в сочетании с соответствующим отменяющим разрешением или предписанием.⁶²⁶

§ 2.5. Самостоятельные и несамостоятельные нормы

Как мы уже отмечали, одно из наиболее важных исходных положений чистого учения о праве состоит в том, что право является принудительным

⁶²⁴ Ibid. P. 114.

⁶²⁵ Alchourrón C. E., Bulygin E. The Expressive Conception of Norms // Normativity and Norms. P. 383–410.

⁶²⁶ Weinberger O. The Role of Rules. P. 232-233.

порядком (или порядком, устанавливающим акты принуждения).⁶²⁷ Принудительность является основным свойством права. Из этого положения Кельзен делает вывод о том, что норма является правовой лишь постольку, поскольку обладает принудительностью. В свою очередь из последнего делается вывод о том, что «если понимать право как порядок принуждения, т. е. порядок, устанавливающий акты принуждения, тогда описывающее право правовое высказывание имеет следующий вид: “При определенных (т. е. определенных правопорядком) условиях должен быть осуществлен определенный правопорядком акт принуждения”». ⁶²⁸ При этом Кельзен критикует традиционную теорию соотношения правонарушения и санкции. Он определяет санкцию как акт принуждения, предусмотренный правопорядком в качестве реакции на определенное действие или бездействие.⁶²⁹ Традиционно правонарушение рассматривается как поведение, противоречащее норме, противоположное ей.⁶³⁰ Кельзен же, развивая свои идеи о противоположности нормативного и каузального,⁶³¹ приходит к выводу, что правонарушение не только не является чем-то «противоположным норме», но является ее необходимым условием. Определенное действие или бездействие квалифицируется как противоправное деяние (или правонарушение) только потому, что правопорядок делает его условием предусмотренного этим порядком акта принуждения; акт принуждения приобретает характер санкции или правового последствия только потому, что он предусмотрен правопорядком в качестве последствия определенного действия или бездействия.⁶³² Таким образом, правонарушение (delict) определяется Кельзеном как поведение

⁶²⁷ *Чистое учение о праве*. Выпуск 1. С. 50–55.

⁶²⁸ *Там же*. С. 146.

⁶²⁹ *Там же*. Но не всякий акт принуждения является санкцией. Вторым видом данных актов являются акты, условием которых не является действие или бездействие индивида, например, принудительное помещение в специальные заведения индивидов, которые поражены опасными болезнями.

⁶³⁰ См., напр.: Меркель А. Юридическая энциклопедия. СПб., 1902. § 212, с. 65.

⁶³¹ Закон природы, который невозможно нарушить, и закон в юридическом смысле, нарушение которого принципиально возможно. См., напр.: Kelsen H. Causality and Imputation // *Ethics*. 1950. Vol. 61. № 1. P. 1–11.

⁶³² *Чистое учение о праве*. Выпуск 1. С. 150.

индивида, против которого как следствие этого поведения направлена санкция.⁶³³

Большинство представителей советской теории права поддерживало тезис о принудительности права (во всяком случае, с конца 1930-х годов). В качестве следствия из этого признака права многие ученые делали вывод о том, что санкция является обязательным элементом любой правовой нормы. Идея этих исследователей была в том, что части (нормы права) должны обладать свойствами целого (самого права). Из этого родилась теория трехэлементной структуры правовой нормы, обязательным элементом которой всегда является санкция. Очевидным недостатком этой теории является то, что в тексте правового акта редко можно встретить (если вообще можно) одновременно все три элемента нормы. Для решения этой проблемы вводятся нормы, в которых неразделимо срослись гипотеза и диспозиция, диспозиция и санкция и т. п., а также нормы, части которых разбросаны по всей системе права (что не мешает их объединению в рамках «логической» структуры).⁶³⁴ При этом зачастую появляются нормы, в которых одна диспозиция имеет две и более санкций. Кроме того, некоторые виды норм не соответствуют и этой структуре (специальные нормы).

В чистом учении о праве сходные проблемы были решены иначе. В нем не выдвигается требование изоморфности всех правовых норм. Правовая норма рассматривается как атом права, элементарное смысловое образование. Все нормы делятся на два вида — самостоятельные и несамостоятельные в зависимости от того, предписывают ли они своим содержанием акты принуждения. Самостоятельные нормы — предписывают, а несамостоятельные, так или иначе, являются условием применения самостоятельных норм. Например, нормы конституции, которые по мнению некоторых исследователей опровергают тезис о принудительности права, с точки зрения Кельзена являются несамостоятельными нормами,

⁶³³ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 54.

⁶³⁴ С логической точки зрения третий элемент является совершенно избыточным и искусственным усложнением. Чтобы убедиться в этом достаточно сопоставить на элементарном формальном языке структуру нормы из двух ($A \rightarrow B$) и трех ($A \rightarrow B \square (\sim B \rightarrow C)$) элементов.

определяющими «только одно из условий, при которых должны быть назначены и исполнены акты принуждения, установленные другими нормами».⁶³⁵ Нормы, регулирующие законодательный процесс, являются условием осуществления этого процесса, т. е. принятия законов, которые могут непосредственно устанавливать акты принуждения или содержать несамостоятельные нормы, которые в свою очередь будут опосредованным условием применения актов принуждения. Все правовые нормы складываются во множество подобных цепочек.⁶³⁶ Приведем пример из российской правовой системы:

1. Основная норма (предполагаемая) — *Должно следовать Конституции РФ, принятой на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.*⁶³⁷
2. Ст. 105 Конституции РФ (ч. 1) — *Федеральные законы принимаются Государственной Думой.*
3. Ст. 2.1. КоАП РФ (ч. 1) — *Административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.*
4. Ст. 19.10. КоАП РФ — *Нарушение установленных правил присвоения или употребления наименований географических объектов — влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двух тысяч рублей.*

Каждая из перечисленных норм является условием для следующей. Однако этот пример (так же как и последующие) является сильным упрощением, потому что количество норм, связывающих норму № 1 (основную норму) и норму № 4 (норму, устанавливающую акт принуждения), несравненно больше. Как минимум, в пример необходимо

⁶³⁵ Чистое учение о праве. Выпуск 1. С. 73.

⁶³⁶ Примеры цепочек норм с точки зрения теории Кельзена в гражданском праве см.: Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств. М., 2001. С. 39–58.

⁶³⁷ Данная норма принята нами в качестве основной нормы лишь для примера. Является ли она действительно основной нормой российской правовой системы в смысле Чистого учения о праве (т. е. самой первой в цепи уполномочивающих норм) — проблема, достойная отдельного исследования.

включить все нормы, касающиеся законодательного процесса, большую часть норм общей части Кодекса РФ об административных правонарушениях и норм ФЗ «О наименованиях географических объектов». Еще более сложными и длинными являются цепочки норм, включающие в себя нормы процессуального права. Кроме условий процессуального права они предполагают также условия материального права, в том числе и самостоятельные нормы.

Нетрудно заметить, что таким образом все нормы, предшествующие той, что устанавливает акт принуждения, можно рассматривать не более чем как ее условия. Из этого следует очень важный для чистого учения о праве вывод, что любая норма может рассматриваться исключительно как предписание, адресованное соответствующим органам (т. е. примерно так: при обстоятельствах X1, X2, X3 и X4 орган Y должен осуществить акт принуждения Z). Понимаемая таким образом норма получает у Кельзена наименование «первичная норма» (*primary norm*), в противоположность вторичной норме (*secondary norm*).⁶³⁸ Это различие объясняет и устраняет дуализм норм, регулирующих поведение органов, осуществляющих принуждение, и норм, регулирующих поведение лиц, в отношении которых осуществляется принуждение. Этот дуализм является причиной актуальных для отечественной юридической науки дискуссий о значении правовых актов, которые адресованы государственным и муниципальным органам (ведомственные инструкции, письма, приказы и т. д.). С точки зрения чистого учения о праве все они являются первичными нормами. Это относится и к актам высших судов, разъясняющим законодательство судам нижестоящим. Любая правовая норма имеет юридическое значение как одно из условий потенциального акта принуждения. Различие между ними — в положении в пределах цепочки норм от основной нормы до нормы, предписывающей принуждение.

⁶³⁸ *Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 61; Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford, 1992. P. 29–30.*

Теория самостоятельных и несамостоятельных норм (вместе с теорией первичных и вторичных норм), также как и понятие правонарушения, подвергалась критике. Наиболее известным критиком этой теории был Г. Л. А. Харт.⁶³⁹ Как уже упоминалось, по мнению Харта, теория Кельзена приводит к «затемнению роли права в качестве средства социального контроля»,⁶⁴⁰ не позволяет провести различие между штрафом и налогом, не прибегая к метаюридическим определениям (например, определениям через цели законодателя)⁶⁴¹ и «скрывает механизм действия правил».⁶⁴²

Своё развитие критика данной теории получила в работах Дж. Раза. Помимо развития доводов Харта, он выдвигает новый аргумент: доктрина самостоятельных и несамостоятельных норм, представляющая правовую систему в статике, не отражает существование уполномочивающих норм, которые ещё не были реализованы, то есть вновь созданная уполномочивающая норма не является ни самостоятельной нормой, ни нормой, дополняющей самостоятельную до тех пор, пока на её основе не будет создана норма, устанавливающая или дополняющая условия применения акта принуждения.⁶⁴³

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что классификация норм в целом двигалась в направлении, указанном Кельзеном. Несмотря на дискуссионность каждого отдельного элемента данных классификаций, все они нашли отражение в последующих позитивистских доктринах и стимулировали дальнейшие исследования в данном направлении. В этом смысле характерна полемика Е. В. Булыгина и О. Вайнбергера, каждый из которых стремился развить свою (отличную от оппонента) часть нормативной доктрины Г. Кельзена, критикуя другую.

⁶³⁹ *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 43–50. О дискуссии между Г. Кельзеном и Г. Хартом, состоявшейся в Калифорнийском университете в 1963 г. см.: *Hart H. L. A. Kelsen visited // Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy.* P. 286–308.

⁶⁴⁰ *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 47–49.

⁶⁴¹ *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy.* P. 296–300.

⁶⁴² *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 48.

⁶⁴³ *Raz J. The Concept of a Legal System.* P. 114–120.

§ 3. Система норм

§ 3.1. Структура системы норм

Важной составной частью чистого учения о праве является теория ступенчатой структуры правопорядка, разработанная Г. Кельзеном⁶⁴⁴ и А. Мерклем.⁶⁴⁵ Это — чистое учение о праве в действии, собственно анализ структуры правовой системы, в котором раскрывается теория Кельзена. Теория ступенчатой структуры правопорядка оказало большое влияние на развитие юридического позитивизма и была принята практически всеми позитивистами после Кельзена.⁶⁴⁶

Динамическая теория права предполагает, что право регулирует свое собственное создание, поскольку одни нормы определяют способ создания и содержание других норм. Если одна норма определяет способ создания другой, то первая является вышестоящей по отношению ко второй. Вышестоящая норма является основанием действительности для нижестоящей. Правопорядок представляет собой не систему норм одного уровня (*coordinated*), а иерархию разных уровней норм.⁶⁴⁷ Его единство в теории Кельзена, как уже отмечалось, связано с тем, что в результате регресса от нижестоящих норм к вышестоящим происходит восхождение к основной норме, которая является основанием действительности всего правопорядка.

⁶⁴⁴ К сожалению, соответствующий раздел «Чистого учения о праве» не вошел в русский перевод этой книги.

⁶⁴⁵ Теория А. Меркля наиболее полно изложена в книге: *Merkel A. Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien; Berlin, 1927. 400 s. — По поводу теории Меркля см.: *Jelić Z. A Note on Adolf Merkl's Theory of Administrative Law // Facta Universitatis. Series: Law and Politics*. 1998. Vol. 1. № 2. P. 147–155.

⁶⁴⁶ Теория ступенчатой структуры правопорядка была принята и включена собственные концепции А. Россом, (*Ross A. On Law and Justice*. P.) институциональными позитивистами (*Weinberger O. The Role of Rules // Ratio Juris*. V. 1. № 3. 1988. P. 228-231), Е. В. Булыгиным (*Булыгин Е. В. Динамика права*. С. 7-10) и, с оговорками, Дж. Разом (*Raz J. The Concept of a Legal System*. P. 121-167). Некоторое исключение здесь составляет Г. Л. А. Харт, не высказавший достаточно ясно своё отношение к данной теории, однако, представляется, что его позиция близка к позиции Раза.

⁶⁴⁷ *Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 123–124; *Kelsen H. Pure Theory of Law*. Berkeley; Los Angeles; London, 1970. P. 221; *Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory*. P. 64.

Конституция, получающая свое основание действительности в основной норме, является высшим уровнем норм. Кельзен различает понятие конституции в материальном и формальном смысле,⁶⁴⁸ уделяя внимание в основном первой. Под конституцией в материальном смысле он понимает совокупность норм, регулирующих создание общих норм, в частности законов (statutes).⁶⁴⁹ Конституция в материальном смысле может быть писаной или неписаной, иметь характер закона или обычая. Материальная конституция может устанавливать не только государственные органы и законодательную процедуру, но и, отчасти, содержание будущих нижестоящих норм. Чаще всего их содержание определяется негативно, например, закреплением гражданских прав и свобод. Как отмечает Кельзен, наибольшую эффективность эта юридическая техника приобретает при наделении определенного должностного лица (президента, министра и т. д.), участвующего в издании закона, личной ответственностью за издание неконституционного закона или учреждении специального органа, который мог бы отменить неконституционный закон (конституционный суд).⁶⁵⁰ Но конституция может определять содержание будущих законов и позитивно, путем указания на то, какие правовые нормы и принципы должно содержать будущее законодательство,⁶⁵¹ например, конституционные принципы уголовного процесса.

Следующим уровнем в иерархии норм являются нормы, созданные в законодательном порядке или обычаем. Впрочем, по мнению Кельзена, этот уровень не является необходимым. Он может и отсутствовать, когда конституция непосредственно уполномочивает суды и административные

⁶⁴⁸ *Ibid.* P. 124–125. О различении конституций в формальном и материальном смысле см. у Еллинека: «Всякий постоянный союз нуждается в порядке, согласно которому создается и исполняется его воля, ограничивается его компетенция, урегулируется положение его членов в самом союзе и по отношению к нему. Такого рода порядок называется конституцией» (Еллинек Г. *Общее учение о государстве*. СПб., 2004. С. 486). Необходимо отметить, что теория государства Еллинека оказала большое влияние на формирование идей Кельзена. С. Полсон даже полагает, что из всех юристов именно Еллинек оказал на Кельзена наибольшее влияние — как положительное, так и отрицательное (Paulson S. *Kelsen in the Role of Critic // Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts: Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag* / hrsg. von Werner Krawietz und Jerzy Wróblewski. Berlin, 1993. S. 51).

⁶⁴⁹ *Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 124.

⁶⁵⁰ *Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory*. P. 65.

⁶⁵¹ *Kelsen H. General Theory of Law and State*. P. 125–126.

органы на принятие решений (создание индивидуальных норм), которые те считают справедливыми.⁶⁵²

В связи с этим, Кельзен критикует распространенную теорию обычая, в соответствии с которой он должен быть санкционирован государством, чтобы его содержание стало правом.⁶⁵³ По его мнению, это не более корректно, чем утверждать, что нормы, содержащиеся в законе, становятся правом только после их применения судами⁶⁵⁴ (хотя такая точка зрения и встречалась у американских реалистов).⁶⁵⁵ С точки зрения Кельзена, как закон, так и обычай являются «методами правотворчества», оба существуют до применения судами соответствующих норм. Роль обычая в правовой системе и его соотношение с законом определяется конституцией (в материальном смысле). Один может отменять другой по принципу *lex posterior derogat priori*.⁶⁵⁶

Необходимо также отметить, что Кельзен помещает во второй уровень иерархической структуры правопорядка не только законы (*statutes*) в строгом смысле слова, но нормативные правовые акты органов исполнительной власти (*ordanances, regulations*) и т. д., то есть то, что можно назвать законом в материальном смысле (правовой акт, содержащий общие правовые нормы).⁶⁵⁷ Общая норма, абстрактно определяющая факт и абстрактно указывающая его последствие, нуждается в индивидуализации применительно к конкретному случаю. Необходимо, во-первых, установить (*ascertain*), определен ли данный конкретный факт в абстрактно сформулированной правовой норме и, во-вторых, определить для данного случая конкретный акт принуждения.

⁶⁵² Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 224.

⁶⁵³ Austin J. Lectures on Jurisprudence and Philosophy of Positive Law. Jersey City, 1875. P. 22; Алексеев С. С. Общая теория права. В 2-х т. Т. 1. М., 1981. С. 315; Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 113.

⁶⁵⁴ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 127–128.

⁶⁵⁵ Gray J. The Nature and Sources of the Law. New York, 1948. P. 125.

⁶⁵⁶ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 226–227. Для обозначения отмены закона обычаем Кельзен использует латинский термин «*desuetudo*», известный еще римскому праву (Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 119–120).

⁶⁵⁷ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 130–131; Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 229–230; Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 65–67. К этому уровню относятся и общие нормы, создаваемые судами (прецеденты), характерные для стран семьи общего права.

Общие нормы, которые детерминируют (в большей или меньшей степени) содержание индивидуальных норм, составляющих третий уровень «пирамиды» и процедуру их создания.⁶⁵⁸

Эти два способа детерминирования индивидуальных норм отражают уже упоминавшиеся статический и динамический принципы построения системы норм. Они отражают отношения между разными уровнями иерархии правопорядка. Если связь между конституцией и основной нормой («нулевым» уровнем системы) — исключительно динамическая, то между первым (конституцией) и вторым уровнем действует уже и статический принцип, однако динамический все равно преобладает. При переходе к третьему уровню правопорядка (уровню индивидуальных норм) между принципами устанавливается баланс.⁶⁵⁹ Статический и динамический принципы соответствуют материальному и процессуальному праву. Материальное и процессуальное право неразрывно связаны друг с другом. Каждое правовое высказывание (описание правовой нормы) содержит оба (материальный и процессуальный) соответствующих элемента. Кельзен приводит пример (упрощенной) формулировки правового высказывания, описывающего норму уголовного права: «если индивид совершил преступление, предусмотренное общей правовой нормой, то орган, предусмотренный общей правовой нормой (суд), должен установить санкцию, предусмотренную первой правовой нормой в рамках процедуры, предусмотренной общей правовой нормой».⁶⁶⁰ По мнению Кельзена, отношение между первым и вторым уровнями «пирамиды», в сущности, такое же, как и между вторым и третьим уровнями. Создание общих норм является применением конституции так же, как применение общих норм судебными и административными органами является созданием индивидуальных норм.⁶⁶¹ Правотворчество — это всегда правоприменение,⁶⁶²

⁶⁵⁸ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 130.

⁶⁵⁹ Ibid. P. 129–130.

⁶⁶⁰ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 231.

⁶⁶¹ Ibid. P. 231.

⁶⁶² Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 133.

потому что хотя бы процессуальные вышестоящие нормы применяются в любом случае. А правоприменение — это всегда правотворчество,⁶⁶³ потому что тот, кто уполномочен на создание нормы, всегда обладает определенной свободой усмотрения в определении ее содержания. Различие в отношениях между уровнями заключается только в степени детерминированности содержания нижестоящей нормы.⁶⁶⁴ Она, впрочем, различается в разных правопорядках и даже в рамках одного правопорядка, как правило, администрация пользуется большей свободой усмотрения, чем суды.

С точки зрения чистого учения о праве, судебное решение носит не чисто декларативный, а конститутивный характер. Прежде всего, конститутивным является решение суда о том, существует ли в данной системе права соответствующая делу правовая норма (была ли она издана уполномоченным органом в надлежащем порядке).⁶⁶⁵ Судебное решение является конститутивным и в отношении фактов, являющихся условиями применения санкций.⁶⁶⁶ Только такой факт с точки зрения Кельзена может быть назван юридическим в строгом смысле (т. е. фактом, введенным в состав системы права). В сфере права нет фактов «самих по себе», но только факты, установленные уполномоченным на то органом. Если правопорядок связывает с определенными фактами правовые последствия, то он и устанавливает (прямо или косвенно) орган, который должен их установить и (хотя и необязательно) процедуру, которую должен соблюсти этот орган. Когда уполномоченный орган устанавливает соответствующий факт, это установление имеет ретроактивное действие, т. е. он связывается не с тем моментом времени, в который он установлен и создан как юридический факт, а в момент прошлого, установленный судом. Правопорядок может предоставлять сторонам возможность оспаривать судебное решение в вышестоящем суде, но решение суда последней инстанции определенно

⁶⁶³ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 234.

⁶⁶⁴ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 134.

⁶⁶⁵ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 238.

⁶⁶⁶ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 136.

сделает факт юридическим, даже если ему не соответствует реальный факт.⁶⁶⁷

Если суд установит виновность обвиняемого или нарушение обязанности ответчиком, он должен применить санкцию против них. Если он установит невиновность обвиняемого и отсутствие нарушения со стороны ответчика, то должно быть установлено, что санкция не должна применяться. В первом случае он применяет действующее право (применение санкции). Но применением действительного права по Кельзену является и случай, когда, по мнению суда, не существует общей нормы, которая устанавливала бы санкцию.⁶⁶⁸ Однако возможен непредусмотренный правом порядком конфликт интересов. И в этом случае применением права стало бы отклонение иска. Но суд может быть уполномочен применить санкцию, если придет к выводу, что отсутствие соответствующей общей нормы является несправедливым,⁶⁶⁹ создав соответствующую ретроактивную индивидуальную норму. В этом случае применяется только процессуальное право. Но усмотрение суда в случаях применения процессуальной или также и материальной нормы различается только степенью свободы.⁶⁷⁰ Общая позитивная норма не может предусматривать всех обстоятельств данного дела и всего содержания судебного решения. Оно всегда добавляет что-нибудь новое, например, размер возмещения убытков, срок лишения свободы, дату исполнения приговора и т.д. *Общая норма это всегда только рамка (иногда более широкая, иногда более узкая), в пределах которой принимается индивидуальная норма.*⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 240–241.

⁶⁶⁸ В данном случае, по мнению Кельзена, применяется негативное правило, в соответствии с которым разрешено любое не запрещенное поведение (Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 147–148).

⁶⁶⁹ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 243–244 – Кельзен критикует традиционную теорию пробелов в праве. В соответствии с ней, существуют случаи, когда отсутствует общая норма, регулирующая соответствующую ситуацию и суд должен этот пробел восполнить, создав новую норму. По мнению Кельзена, в этих случаях правовое регулирование присутствует (а именно — на лицо не может быть возложена обязанность, не предусмотренная правом порядком), хотя и является негативным.

⁶⁷⁰ Ibid. P. 244–245.

⁶⁷¹ Ibid. P. 245.

Помимо судебного решения общая норма может индивидуализироваться в сделках, прежде всего в договорах. Место сделок — особое. Они занимают своего рода промежуточное положение между общими нормами и индивидуальными нормами, в которых применяется санкция (в первую очередь, судебными решениями).⁶⁷² Это является отражением техники гражданского права, которое в отличие от уголовного во многих случаях не непосредственно детерминирует содержание индивидуальной нормы, содержащейся в судебном решении, но делает это опосредованно, через предоставление полномочий на совершение сделок.⁶⁷³

Помимо судебных решений и сделок на третьем уровне «пирамиды» норм находятся административные акты.⁶⁷⁴ С точки зрения чистого учения о праве, их можно разделить на две категории. К первой относятся юрисдикционные акты, в которых применяется санкция, и акты, предписывающие принуждение, не имеющее характера санкции. По мнению Кельзена, в сущности, юрисдикционные акты ничем не отличаются от судебных решений, кроме того, что эти индивидуальные нормы создаются другими органами. Акты, устанавливающие меру принуждения, функционально отличаются от них.⁶⁷⁵ Ко второй категории относятся административные акты в узком смысле, которые являются исполнением определенных правовых обязанностей. Такого рода индивидуальные нормы по своей природе аналогичны сделкам в своей роли посредников между общими нормами и индивидуальными нормами, применяющими санкции.⁶⁷⁶

Несложно представить ситуацию несоответствия между разными правовыми нормами, в том числе нормами разных уровней «пирамиды». С точки зрения чистого учения о праве, позитивное право предусматривает такую возможность и стремится предупредить или хотя бы ограничить такие

⁶⁷² Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 69–70.

⁶⁷³ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 136–138.

⁶⁷⁴ За исключением тех, которые создают общие нормы.

⁶⁷⁵ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 264.

⁶⁷⁶ Ibid. P. 266–268.

случаи. Однако оно же допускает действительность нежелательной нормы. Подлинное логическое противоречие между нормами разных уровней разрушило бы единство правовой системы, однако такого противоречия нет.⁶⁷⁷ Как отмечает Кельзен, если возможен неконституционный закон (закон, который обладает действительностью, не соответствуя конституции), это может быть интерпретировано только как то, что конституция допускает не только действительность конституционных законов, но и, в определенном смысле, действительность неконституционных законов, иначе вообще не могла бы идти речь о действительности последних.⁶⁷⁸ Этот пример показывает, что конституция предписывает не только то, что законы должны быть созданы определенным образом и с определенным содержанием, но также и то, что закон, созданный отличным от предписанного способом, с отличным от предписанного содержанием, не может быть признан ничтожным (null) или недействительным (void) и должен считаться действительным до тех пор, пока он будет лишен действительности уполномоченным на то органом (например, конституционным судом).⁶⁷⁹ Конституция может вообще не предусматривать полномочия какого-либо органа лишить действительности неконституционный закон, ограничиваясь установлением личной ответственности министра или главы государства, участвовавшего в процедуре принятия и утверждения закона.⁶⁸⁰ Таким образом, конституции допускают альтернативные способы создания законов, различие между которыми в том, что способ, не соответствующий предписаниям конституции по порядку своего принятия и содержанию, обладает пороком, выражающимся в дополнительных возможностях по лишению его действительности уполномоченным органом или в личной ответственности должностного лица. Такое же рассуждение приводится

⁶⁷⁷ Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 71–72.

⁶⁷⁸ Г. Еллинек приходит к похожим, хотя и менее общим выводам, используя совершенно иную аргументацию. Его доводы основаны на психологическом эффекте возведения фактического на степень нормального (Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 336–344). Однако такая метаюридическая аргументация сомнительна с точки зрения методов чистого учения о праве, поэтому Кельзен предлагает совершенно другую, нормативную интерпретацию этих явлений.

⁶⁷⁹ Ibid. P. 72.

⁶⁸⁰ Ibid. P. 72.

Кельзеном и в отношении конфликта общих норм закона и подзаконного акта (regulation, ordinance).⁶⁸¹

Другим ярким примером, отражающим тот же принцип, является судебное решение, не соответствующее закону по своему содержанию или порядку принятия. В самом деле, в случае, когда решение суда последней инстанции не соответствует материальному или процессуальному праву (или оставляет в силе решение нижестоящего суда, принятое в нарушение материального или процессуального права), оно, тем не менее, обладает действительностью в данном правовом порядке.⁶⁸² Опять же, различие между индивидуальными нормами судебных решений, принятыми в соответствии с общими нормами материального и процессуального права и принятыми не в соответствии с ними, заключается в дополнительной возможности лишения последних действительности судом вышестоящей инстанции (если, конечно, вышестоящий суд существует).⁶⁸³

Кельзен делает вывод, что в рамках правового порядка не может существовать ничтожность (nullity) нормы, т. е. правовая норма не может быть ничтожной, но только оспоримой (annullable).⁶⁸⁴ Однако степень оспоримости правовой нормы может быть разной. Как правило, норма может быть оспорена (отменена) только в отношении будущего времени, но в некоторых случаях отмена может быть ретроактивной. По мнению Кельзена, решение уполномоченного органа, лишаящее норму действительности, не является просто «декларацией ничтожности», но носит конститутивный характер. Норма, находящаяся под вопросом, не является недействительной изначально. Решение о том, что она «ничтожна», ретроактивно прекращает ее действие в отношении индивида.⁶⁸⁵ Кельзен не отрицает существование случаев, когда нечто, претендующее на то, чтобы являться правовой нормой, не нуждается в акте специально уполномоченного органа для того, чтобы не

⁶⁸¹ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 274–275; Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 158.

⁶⁸² Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 268–269.

⁶⁸³ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 154.

⁶⁸⁴ Ibid. P. 159.

⁶⁸⁵ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 277.

быть действительной правовой нормой (например, «закон», изданный сумасшедшим). Такие «нормы» являются ничтожными априори, однако по этой же самой причине они, с точки зрения Кельзена, принципиально находятся вне сферы права.⁶⁸⁶ Если, например, закон установит условия, при которых предполагаемая норма будет заведомо ничтожной (например, она не издана уполномоченным органом или противоречит материальному праву), то он должен будет также установить орган, уполномоченный на признание этой нормы недействительной. Такое решение в свою очередь будет не декларативным, а конститутивным, что приводит нас к началу этого круга. *Кельзен сравнивает право в этом отношении с царем Мидасом: так же как последний превращал в золото все, к чему прикасался, так и все, на что право ссылается (refers), становится правом.*⁶⁸⁷

§ 3.2. Основание системы норм

По-видимому, ни одно из положений чистого учения о праве не вызвало столько дискуссий и непонимания, как теория основной нормы. Г. Кельзен и сам называл основную норму проблемой, наиболее характерной для чистого учения о праве.⁶⁸⁸

Для философии права традиционными являются две концепции соотношения права и факта. Первая из них разделяет право и факт,

⁶⁸⁶ И потому не могут быть юридически определены (*Ibid.* P. 278).

⁶⁸⁷ *Ibid.* P. 278; Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 161.

⁶⁸⁸ Kelsen H. On the Basic Norm // California Law Review. 1959. Vol. 47. P. 107; Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // Normativity and Norms. P. 47. – Теория основной нормы Кельзена претерпела некоторые изменения в его поздних работах по теории норм, в частности, она была названа им «фикцией» (см. Kelsen H. General Theory of Norms. P. 252-265). Вместе с тем, мы полагаем, что в контексте рассматриваемого нами вопроса (понятия единства правовой системы) разница между «классической» и «поздней» позицией Кельзена не принципиальна. Возможно, если бы Г. Кельзен смог закончить «Общую теорию норм», идея фиктивных норм была бы рассмотрена им более подробно и ясно. Однако даже из того, что вошло в его посмертную работу, можно сделать очень важные выводы. Вероятно, термин «фиктивная норма» неудачен, потому что вводит в заблуждение. «Фиктивный» обычно понимается как не соответствующий действительности. Фиктивные нормы не соответствуют действительности в том смысле, что они не являются смыслом реальных волевых актов. Но значит ли это, что они не могут быть действительны, то есть не могут существовать в кельзеновском смысле? Действительность нормы определяется её признанием, а именно, признанием в конкретных случаях. *Признание нормы не предполагает существования реального акта воли, её установившего.* Таким образом, ничто не мешает фиктивной норме быть действительной.

предполагает нормативное⁶⁸⁹ существование права. При этом она исходит из морального основания права, отстаивая тезис о неразделимости права и морали,⁶⁹⁰ к ней относится большинство естественно-правовых теорий.⁶⁹¹ Вторая концепция исходит из требования описания правовых явлений исключительно в фактических терминах и, соответственно, принципиального разделения права и морали. Она лежит в основе социологического и психологического типов правопонимания, а также неявно предполагается в этатистских правовых теориях.⁶⁹² Как отмечает известный исследователь теории Кельзена С. Полсон, положение чистого учения о праве в этом отношении уникально, потому что оно сочетает в себе тезис о нормативности права с тезисом о принципиальном разделении права и морали.⁶⁹³

Идея основной нормы является следствием представления о праве (конкретном правопорядке) как о единой системе.⁶⁹⁴ Наиболее важные связи между нормами – генетические, т. е. такие, в которых одна норма (высшая) является основанием действительности другой (соответственно, низшей). Возможны два принципа такой связи между нормами – статический и динамический. Первый из них имеет место в тех случаях, когда содержание одной нормы может быть выведено из содержания другой, например, основанием действительности нормы, запрещающей давать невыполнимые

⁶⁸⁹ Сходство и различие концепций нормативности в современном юридическом позитивизме и психологической теории права Л. И. Петражицкого см. в: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46-71; Тимошина Е. В. Теория и социология права Л. И. Петражицкого: генезис постклассического правопонимания в русской философии права. Диссертация на соискание учёной степени доктора юридических наук. СПб., 2013. С. 295-311.

⁶⁹⁰ Известным сторонником такой точки зрения во второй половине XX века был Л. Фуллер. См., напр.: Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

⁶⁹¹ Это верно в отношении собственно *права* в этих теориях, однако моральные нормы во многих из этих теорий выводятся из фактов (человеческой природы, законов природы в целом и т. д.). Наиболее последовательно тезис о несводимости права (и норм вообще) к фактам проводит И. Кант, выводящий все нормы из категорического императива, не сводимого к фактам (Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. С. 228–289).

⁶⁹² Как отмечает С. Полсон, эта идея заложена даже в теории Г. Харта, которую часто называют нормативистской (Paulson S. Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They? // Ratio Juris. 1993. Vol. 6. № 3. P. 236–241).

⁶⁹³ Paulson S. On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm // Ratio Juris. 2000. Vol. 13. № 3. P. 280–282.

⁶⁹⁴ Это положение настолько важно для динамической теории права Кельзена, что именно с него, как правило, начинаются соответствующие разделы его работ (См.: Чистое учение о праве. Выпуск 2. С. 67; Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory. P. 55; Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 110).

обещания, может быть норма, запрещающая лгать.⁶⁹⁵ Второй принцип предполагает уполномочивание определенной властной инстанции на создание новых норм. Например, нормы любого федерального закона имеют в качестве своего (непосредственного) основания действительности нормы Конституции, регламентирующие законодательный процесс. При этом можно, соответственно, говорить о вышестоящей и нижестоящей властных инстанциях.⁶⁹⁶ Таким образом, количество норм увеличивается с увеличением уровня и уменьшается с его уменьшением. Что является основанием действительности конституции? Норма, уполномочивающая ее создателей на ее создание. Эта норма может быть предусмотрена предшествующей Конституцией, но в таком случае возникает вопрос о том, что является основанием действительности предшествующей конституции. Рано или поздно этот исторический регресс должен остановиться. Это происходит при ответе на вопрос об основании действительности первой конституции после последней революции.⁶⁹⁷ Конечным основанием действительности правопорядка является основная норма. В краткой форме она формулируется как: «Должно вести себя так, как предписывает конституция».⁶⁹⁸ Основная норма при этом постулируется. В чем же ее смысл? Для ответа на этот вопрос необходимо обратиться к кантианским (и неокантианским) истокам чистого учения о праве.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 112.

⁶⁹⁶ Ibid. P. 113.

⁶⁹⁷ В связи с этим интересен вопрос о том, почему после революции (и изменения основной нормы) прежнее законодательство нередко продолжает действовать. С точки зрения Кельзена происходит своеобразная рецепция частей прежней правовой системы в новую, как это было с римским правом. При этом в правовой системе должна содержаться (явно или неявно) норма, устанавливающая такую рецепцию. Эти нормы новой правовой системы не тождественны старым законам (Ibid. P. 117–118; *Чистое учение о праве*. Выпуск 2. С. 87–88).

⁶⁹⁸ *Чистое учение о праве*. Выпуск 2. С. 76–77.

⁶⁹⁹ Хотя само по себе понятие основной нормы происходило не из кантианской философии. С. Полсон полагает, что непосредственное влияние на формирование теории основной нормы оказала идея современника Г. Кельзена, Вальтера Еллинека (немецкого государствоведа, сына Г. Еллинека), который в своей монографии «Закон, применение закона, соображения целесообразности» ввёл понятие «конечной» или «высшей» нормы, которая не может быть обоснована ссылкой на норму более высокого порядка (Paulson S. Two Problems in Hans Kelsen's Legal Philosophy // Pragmatism, Reason and Norms: a Realistic Assessment. New York, 1998. P. 232–233).

Кельзен использует так называемый трансцендентальный аргумент теории познания Канта.⁷⁰⁰ Его можно сформулировать следующим образом в виде силлогизма:

1. А.
2. А возможно только если В.
3. Следовательно, В.

При этом А — это представление, данное сознанию, а В — это соответствующая категория познания (чистое рассудочное понятие).⁷⁰¹ В соответствии с гносеологией Канта, познание и сама возможность познания определены *a priori*. Все созерцания автоматически подводятся под то или иное понятие (которое, с точки зрения Канта, является представлением второго порядка).⁷⁰² В теории Кельзена воспроизводится этот аргумент:

- *Познание права как системы норм возможно.*
- *Познание права как системы норм возможно только при условии существования основной нормы.*
- *Следовательно, существует основная норма.*⁷⁰³

⁷⁰⁰ Paulson S. On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm // Ratio Juris. 2000. Vol. 13. № 3. P. 285.

⁷⁰¹ См.: Кант И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н. Лосского, сверен и отредактирован Ц. Г. Арзакяном и М. И. Иткиным. М., 2006. С. 108–117.

⁷⁰² Там же. С. 102–103.

⁷⁰³ С. Полсон иначе трактует применение трансцендентального аргумента Кельзеном и рассматривает в качестве первой посылки «возможность познания правовых норм», в качестве второй посылки — «возможность познания норм только в случае признания принципа нормативного вменения», в качестве вывода — постулат о «необходимости нормативного вменения» (Paulson S. On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm // Ratio Juris. 2000. Vol. 13. № 3. P. 288), после чего следует критика второй посылки в связи с ее неочевидностью. Однако едва ли с этой трактовкой можно согласиться. Прежде всего сомнительна трактовка второй посылки. Полсон полагает, что Кельзен понимал вменение не как связь между фактами через долженствование, но исключительно как связь поступка с наказанием, считая это единственной нормативностью чистого учения о праве. По нашему мнению, эта позиция — результат смешения описанного выше кельзеновского различия первичных и вторичных норм. Кельзен произвел свой «коперниканский поворот» в теории права, изменив адресата правовых норм, однако по отношению к инстанциям, применяющим принуждение, идея долженствования принципиально не изменилась (в противном случае Кельзен не смог бы отвергнуть аргумент Л. И. Петражицкого о бесконечной серии санкций в отношении своей теории (Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 28–29)). Кроме того, речь идет лишь о самостоятельных нормах, а все уполномочивающие нормы (в том числе основная норма) являются по Кельзену несамостоятельными. И, наконец, представляется, что цель Кельзена была совсем не в том, чтобы доказать необходимость принципа вменения через возможность познания норм (в его терминологии это было бы практически тавтологией, не нуждающейся в привлечении теории познания Канта), а в том, чтобы доказать необходимость именно основной нормы. Первая посылка у Полсона игнорирует отмеченный нами акцент Кельзена на *системности* права. Подробнее мы рассмотрим этот вопрос далее, при сравнении основной нормы Кельзена с правилом признания Г. Харта.

Несмотря на то что сам Кельзен неоднократно подчеркивал значение и роль основной нормы как средства обеспечения единства правовой системы, многие авторы ставили под сомнение способность основной нормы исполнять такую роль. Например, Дж. Раз при обсуждении понятия основной нормы выделяет две функции этого понятия в чистом учении о праве: во-первых, функцию обеспечения тождественности (identity) правовой системы, а во-вторых, функцию объяснения нормативности права в смысле «оправданной нормативности» (justified normativity).⁷⁰⁴ По мнению Раза, теория основной нормы как средства обеспечения тождественности правовой системы исходит из следующих аксиом:

1. два закона (laws), один из которых прямо или косвенно уполномочивает создание другого, необходимо принадлежат к одной правовой системе;
2. создание всех законов в правовой системе уполномочивается прямо или косвенно одним законом.

В дальнейшем Раз критикует эти аксиомы и более подробно останавливается на второй функции основной нормы. Первая аксиома опровергается при помощи контрпримера. Раз предлагает представить следующую ситуацию: страна А имеет колонию В, причем на обе распространяется одна и та же правовая система. А предоставляет независимость В изданием закона, предоставляющего неограниченную законодательную власть в В избираемому населением В парламенту. Этот парламент принимает признаваемую населением конституцию, на основе которой в дальнейшем издаются законы. Правительство, суды и население В рассматривают себя как независимое государство с независимой правовой системой. Суды А признают конституцию и законы В как отдельную правовую систему. Несмотря на все эти обстоятельства, с точки зрения первой аксиомы конституция и законы В представляют собой часть правовой

⁷⁰⁴ В противоположность «социальной нормативности». О двух функциях основной нормы у Кельзена см.: Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. New York, 1998. P. 48, 52.

системы А, что противоречит здравому смыслу и обычному употреблению термина «правовая система».⁷⁰⁵

Доводы Раза, приводимые в опровержение первой аксиомы, верны и едва ли могут быть оспорены. Однако, по нашему мнению, в чистом учении о праве *нет такой аксиомы*. Аксиома, которая в нем предполагается, другая: если создание двух законов, не уполномочивается прямо или косвенно некоторым общим законом, то эти законы не могут принадлежать к одной правовой системе. Необходимо вспомнить об отождествлении Кельзеном правопорядка (правовой системы) и государства. А вопрос о тождественности государства традиционная теория связывает с тремя элементами государства — территорией, населением и государственной властью.⁷⁰⁶ Кельзен в целом принимает эту теорию, добавляя к ней еще один элемент — время.⁷⁰⁷ Таким образом, теория Кельзена предполагает пять *необходимых* критериев тождественности правовой системы (четыре элемента государства и основная норма), а не один. Если учесть все эти критерии, то в примере Раза конституция и законы В не будут входить в правовую систему А хотя бы потому что пространственное действие правовой системы А не будет распространяться на территорию В.

Фундаментальная ошибка Раза состоит в том, что он, вслед за другим видным представителем оксфордской школы философии права Г. Хартом,⁷⁰⁸ смешивает понятия единства (unity) правовой системы и ее тождественности (identity). При этом одна проблема подменяется другой. По всей видимости, Харт ошибочно полагал, что роль основной нормы в чистом учении о праве аналогична (по своей цели) роли вводимого им самим правила признания.⁷⁰⁹

⁷⁰⁵ Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // Normativity and Norms. P. 51–52; Raz J. The Concept of Legal System. Hong Kong, 1997. P. 100–109.

⁷⁰⁶ См., напр.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 383–420.

⁷⁰⁷ Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 207–220.

⁷⁰⁸ Hart H. L. A. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law // Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. P. 309–342. Большая часть аргументации Харта против приписываемой им Кельзену теории основной нормы как критерия тождественности правовой системы также основана на игнорировании элементов государства как иных критериев тождественности.

⁷⁰⁹ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 104–126, 253–258.

В связи с этим интересно сравнить понятие правила признания Харта и понятие основной нормы Кельзена.

Частично это сравнение проводит сам Харт. По его мнению, основные различия между ними следующие.

1. *Вопрос о правиле признания является эмпирическим (вопросом факта), в то время как основная норма у Кельзена является «юридической гипотезой».*
2. *Кельзен говорит о юридической действительности основной нормы, а в теории Харта вопрос о действительности правила признания не имеет смысла помимо вопроса о его фактическом существовании.*
3. *Согласно теории Кельзена, основная норма всегда имеет в определенном смысле одинаковое содержание, а именно: должно следовать первой конституции, с точки же зрения теории Харта, если суды и официальные лица действуют в соответствии с конституцией, то она (или предлагаемые ей критерии) и будет правилом признания, а основная норма будет здесь избыточной.*
4. *По мнению Кельзена, невозможно по логическим основаниям считать правило закона действительным и одновременно считать действительным противоречащее ему правило морали, в теории же Харта подобной идеи нет.*⁷¹⁰

Сразу отметим, что Харт не выделяет главного отличия основной нормы от правила признания. Оно заключается в том, что правило признания решает вопрос об отличии данной правовой системы от других правовых систем, а основная норма придает правовой системе единство, делая ее единым целым. Правило признания конституирует множество норм, именуемое в дальнейшем правовой системой, путем указания определяющих признаков,⁷¹¹ а основная норма делает систему норм единым целым, получаемым в результате генетического восхождения к ней. Характеризуя

⁷¹⁰ Там же. С. 254—255.

⁷¹¹ «Оно должно указать признак или признаки, наличие которых в том или ином правиле признается в качестве конечного утвердительного указания на то, что перед нами именно такое правило, которое группа должна поддерживать социальным давлением» (Там же. С. 98).

правовую систему с лежащей в ее основании основной нормой, представляется уместным применить термин «целокупность» в смысле философии И. Канта, где она представляет собой третью категорию количества (и синтез первых двух категорий количества — единства и множества), а именно множество, рассматриваемое как единство.⁷¹² Таким образом, правило признания и основная норма выполняют разные функции в правовой системе. Критика же Раза и Харта основывается на приписывании основной норме функции правила признания.

Рассмотрим подробнее различия, приводимые Хартом. Различие 1 обусловлено использованием Кельзеном теории познания И. Канта. Категории Канта, по аналогии с которыми вводится основная норма, не являются реальными фактами, но лишь средствами упорядочивания созерцаний. Кроме того, это различие связано с фундаментальным различием Кельзеном права и факта, бытия и долженствования, в основе которого лежит принцип Юма, гласящий о невозможности логического вывода от бытия к долженствованию.⁷¹³ Для Харта же характерно смешения факта и нормы, действительности и действенности права. Правило признания рассматривается им как критерий, которым руководствуются судьи и иные органы власти, или как социальный факт, что содержит в себе противоречие. Оно должно либо тем или иным образом постулироваться как основная норма, либо констатироваться как факт, но в последнем случае оно не может рассматриваться как правило иначе как с нарушением принципа Юма.

Различие 2 также представляет собой результат разделения права и факта у Кельзена и смешения их у Харта.

Различие 3 отражает идею универсальности структуры правопорядка у Кельзена. Что касается теории Харта, то представляется, что правило признания является скорее постановкой вопроса, а не решением проблемы тождественности правовой системы, так же как понятие доказательства

⁷¹² Кант И. Критика чистого разума. С. 111, 114–116.

⁷¹³ См.: Ивин А. А. Логика норм. М., 1973. С. 109–113.

теоремы Пифагора не является самым доказательством теоремы. Ссылка на то, что содержание правила признания всегда различно, означает отказ от поиска правила признания в общем виде. Оно не может быть каким-либо образом выведено из иных норм, и, по сути, является скорее констатацией определенного поведения судов и иных органов, принимающих властные решения. В теории Кельзена для различения разных правовых систем используются упоминавшиеся выше критерии элементов государства, а для различения права и других социальных порядков — такое свойство права, как принудительность. В теории Харта используется правило признания, а также его определение права как единства первичных и вторичных правил. Однако критики Харта отмечают, что последний критерий не позволяет отличить право от других социальных порядков.⁷¹⁴ Поэтому, по всей видимости, из теории Харта следует возможность одновременного функционирования нескольких правопорядков на одной территории.

Различие 4 не связано непосредственно с основной нормой и, как представляется, является мнимым. Утверждение Кельзена означает не более, чем тезис о разделении права и морали как двух совершенно различных нормативных систем, из которых ни одна не является подчиненной другой. Это тезис о логической несовместимости нормативных систем, каждая из которых исключает другую. Харт, а вслед за ним и Раз⁷¹⁵ интерпретируют это утверждение как психологическое, конструирующее особого «юридического человека», который не может представить себе одновременно действительными право и мораль. Кельзен, однако, имел в виду не «юридического человека», а всего лишь юридическую точку зрения.⁷¹⁶

Своеобразное обоснование концепция основной нормы получила в теории А. Росса. Отвергнув неокантианскую теорию основной нормы, как имеющую

⁷¹⁴ Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. С. 412 (автор главы — проф. А. В. Поляков).

⁷¹⁵ Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // Normativity and Norms. P. 57–69.

⁷¹⁶ См. также: Bindreiter U. Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine. Lund, 2000. P. 17-174.

морально-метафизический смысл обоснования действительности правовой системы, А. Росс по-новому обосновал её необходимость, построив свою собственную теорию.

Основная норма рассматривается А. Россом как позитивная норма, установленная обычаем: «нормы, определяющие компетенцию органа власти А, сами по себе могут быть писаным правом, то есть могут получать своё существование через законодательство вышестоящего органа власти А1. То же самое возможно и относительно норм компетенции, определяющих полномочия А1. Из конечности цепочки властных органов следует, что должен существовать высший орган власти А_n, конституированный нормами компетенции, которые не являются частью писаного права. Норму или совокупность норм, определяющих компетенцию высшего органа власти можно назвать *основной нормой* системы, которая необходимо существует как неписаное право, или, как мы можем сказать, *подразумеваемое право*, или *обычное право*».⁷¹⁷ При этом, как поясняет А. Росс, в целом об обычае можно говорить тогда, когда соответствие между директивами и социальными фактами возникает не посредством законодательства, а спонтанно, как продукт органической и бессознательной эволюции, медленного процесса адаптации под давлением сил, природу которых мы плохо понимаем. В случае обычаев, сами директивы (точнее, их вербальное выражение и распространение) не играют никакой действенной роли в социальной модели событий; «не существует властного органа, функцией которого было бы формулировать директиву; оценка директивы со стороны любого человека корректна и оправдана постольку, поскольку она согласуется с социальными фактами, существующими независимо от любой актуальной формулировки директивы».⁷¹⁸

С точки зрения анализа понятия основной нормы, чрезвычайно интересна полемика, развернувшаяся между А. Россом и оксфордской

⁷¹⁷ Ross A. Directives and Norms. P. 96.

⁷¹⁸ Ibid. P. 97.

школой философии права по поводу самореференции и «загадки конституционного права». «Загадка конституционного права», по мнению А. Росса, состоит в следующем. Каждый орган власти (например, орган А), конституируется некоторой совокупностью норм компетенции (совокупность С). Совокупность норм С, должна быть установлена вышестоящим органом власти А1 (если он существует), компетенция которого конституируется совокупностью норм С1. Восходящая последовательность органов власти не может быть бесконечной, неизбежно существует высший орган власти (А_n), компетенция которого (совокупность норм С_n) не установлена каким-либо другим органом власти.⁷¹⁹ Но что означает то, что С_n не установлена каким-либо другим органом власти? Как, в таком случае, она установлена? Возможны только два варианта ответа. Первый вариант состоит в том, что С_n установлена самим А_n. Вторая вариант состоит в том, что С_n является исходным фактом, предпосылкой действительности любой другой нормы системы. Ни один из этих вариантов не кажется удовлетворительным в свете конституционно-правовой проблемы изменения конституции, а именно: возможно ли изменение норм конституции на основании этих же самых норм?⁷²⁰ Первый вариант, который пытались обосновать, в частности, Г. Л. А. Харт и Дж. Раз,⁷²¹ как убедительно показывает А. Росс, не удовлетворителен с логической точки зрения, поскольку именно самореференция, как считается, является источником большинства логических парадоксов и означает бессмысленность соответствующего суждения.⁷²² Вторым вариантом, который не отстаивал ни один из оппонентов

⁷¹⁹ Например, в парламентской республике нормы о компетенции парламента.

⁷²⁰ Ross A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law // *Mind, New Series*. 1969. V. 78. № 309. P. 1–24. А. Росс разбирает эту проблему на примере статьи 88 Конституции Дании, которая определяет порядок изменения Конституции.

⁷²¹ Hart H. L. A. Self-Referring Laws // *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. P. 170-178; Raz J. Professor A. Ross and some Legal Puzzles // *Mind, New Series*. 1972. V. 81. № 323. P. 415-421.

⁷²² Самым известным парадоксом такого рода является парадокс лжеца, в котором некто говорит «я лгу», или, в его классической форме, критянин Эпименид говорит, что все критяне лжецы. В дедуктивных науках наибольший резонанс вызвал парадокс Рассела (парадокс класса всех классов, не включающих себя в качестве элемента), обнаружение которого вызвало кризис теории множеств и, соответственно, оснований математики (о парадоксах и попытках их устранения применительно к основаниям математики см., напр.: Френкель А. А., Бар-Хиллел И. Основания теории множеств. М., 2006. 552 с.; Клини С. Введение в

А. Росса, неудовлетворителен потому что не позволяет рационально объяснить, почему люди думают и действуют так, как если бы Сп можно было бы отменить в соответствии с ею же предусмотренной процедурой. Решение, предложенное А. Россом, состоит в том, чтобы допустить существование нормы N0, предписывающей соблюдать предписания органа власти, конституируемого Сп до тех пор, пока он сам не определит своего «правопреемника».⁷²³

Интересную саму по себе, эту теорию, кроме того, можно считать ответом на критику оксфордской школы в отношении понятия основной нормы в теории Г. Кельзена, (данная критика состояла в утверждении об избыточности понятия основной нормы).⁷²⁴

§ 3.3. Конфликт норм⁷²⁵

В неокантианском (гносеологическом) варианте чистого учения о праве правопорядок представлял собой не что-то существующее само по себе, а результат познавательной активности, некоторым образом предопределённый некоторой категорией познания (в данном случае, основной нормой). Соответственно, поскольку результатом познания является обладающий систематическим единством правовой порядок, в процессе познания все возможные конфликты норм разрешаются. Во втором издании «Чистого учения о праве» Г. Кельзен писал: «Это единство [правопорядка — А. К.] выражается ещё и в том, что правопорядок можно описать посредством не противоречащих друг другу правовых

метаматематику. М., 2009. С. 11–66; Рассел Б. Введение в математическую философию. Новосибирск, 2007. С. 22–27).

⁷²³ Ross A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law // Mind, New Series. 1969. V. 78. № 309. P. 22–24.

⁷²⁴ Смысл этого аргумента состоит в том, что юридическому мышлению достаточно позитивных норм, основанных на позитивно-правовой конституции, и норма, обосновывающая действительность конституции, просто избыточна (Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 109–115, 254–255).

⁷²⁵ При изложении концепции Кельзена мы вслед за ним используем термин «конфликт норм». Понятие конфликта норм никак не связано с понятием юридического конфликта в социолого-правовом смысле (о понятии юридического конфликта см.: Гревцов Ю. И. Социология. С. 320–324.). Данный термин понимался австрийским правоведом в том же смысле, в котором в российском правоведении обычно используется термин «коллизия норм».

высказываний. Конечно, правовые органы могут установить противоречащие друг другу нормы. Такую возможность нельзя отрицать».⁷²⁶ И далее: «Но поскольку правоведение, как и всякая наука, стремится понять свой предмет как исполненное смысла целое и описать его посредством непротиворечивых высказываний, то оно исходит из того, что конфликты норм в рамках рассматриваемого правового материала могут и должны разрешаться путём интерпретации».⁷²⁷ Конфликт норм определяется Г. Кельзеном следующим образом: «конфликт возникает, когда одна норма предписывает в качестве должного определённое поведение, а другая норма — тоже в качестве должного — предписывает поведение, несовместимое с первым».⁷²⁸ Позднее, однако, Г. Кельзен решительно отказывается от всех ключевых положений своей теории конфликта норм (аналогия между логическим противоречием и конфликтом норм, необходимость разрешения конфликтов норм как часть процесса познания правопорядка, возможность разрешения конфликтов норм при помощи интерпретации).⁷²⁹

В соответствии с теорией конфликта норм, разработанной в «Общей теории норм», *конфликт между двумя нормами существует тогда, когда имеет место несовместимость между тем, что предписывает каждая из этих норм так, что соблюдение или применение одной из норм возможно или необходимо повлечёт за собой нарушение другой*.⁷³⁰ Конфликт может быть односторонним и двусторонним. При двустороннем конфликте соблюдение или применение любой из норм влечёт нарушение другой, а при одностороннем конфликте соблюдение или применение только одной из норм влечёт нарушение другой.

⁷²⁶ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М., 1988. С. 82.

⁷²⁷ Там же. С. 83. — Соответственно, Г. Кельзен предлагает несколько правил такой интерпретации.

⁷²⁸ Там же. С. 82. — О понятии конфликта норм, преимуществах и недостатках понятия, предложенного Г. Кельзеном см.: *Kammerhofer J. Uncertainty in International Law: a Kelsenian Perspective*. London, 2011. P. 141–146; *Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law*. Cambridge, 2003. P. 164–188.

⁷²⁹ *Kelsen H. General Theory of Norms*. P. 214.

⁷³⁰ *Kelsen H. General Theory of Norms*. P. 123. — Это определение несколько отличается от определения, данного Г. Кельзеном конфликту норм в связи с рассмотрением проблемы дерогации («Конфликт между двумя нормами существует тогда, когда имеет место несовместимость между тем, что предписывает каждая из этих норм, а принцип «*lex posterior derogat priori*» неприменим»). *Ibid.* P. 108).

Конфликт может быть полным (тотальным) или частичным. Конфликт является тотальным, когда одна норма предписывает определённое поведение, а другая запрещает его. Конфликт является частичным, когда одна норма только частично отличается по своему содержанию от другой.

Г. Кельзен приводит следующие примеры, иллюстрирующие его классификацию.

I. Норма 1: Возлюби врага своего.

Норма 2: Не возлюби, а возненавидь врага своего.

Это двусторонний тотальный конфликт, происходящий с необходимостью. Соблюдение нормы 1 необходимо нарушает норму 2, соблюдение нормы 2 необходимо нарушает норму 1.

II. Норма 1: Двоежёнство должно наказываться.

Норма 2: Двоежёнство не должно наказываться.

Этот конфликт тоже является двусторонним, тотальным и происходит с необходимостью. Применение нормы 1 необходимо нарушает норму 2, применение нормы 2 необходимо нарушает норму 1.

III. Норма 1: Убийство должно наказываться смертной казнью.

Норма 2: Убийство должно наказываться лишением свободы.

Это двусторонний частичный конфликт, происходящий с необходимостью. Соблюдение одной нормы необходимо нарушает другую норму.

IV. Норма 1: Все должны воздерживаться от лжи.

Норма 2: Врачи должны лгать, если благодаря этому страданий их пациентов удастся избежать.

Это двусторонний частичный конфликт, происходящий с необходимостью со стороны нормы 2, но только возможный со стороны нормы 1.

V. Норма 1: Кража должна наказываться.

Норма 2: Кража у родственников не должна наказываться.

Это двусторонний частичный конфликт. Применение нормы 2 необходимо нарушает норму 1, но применение нормы 1 только возможно нарушает норму 2.

VI. Норма 1: Когда происходит X, правонарушитель должен быть наказан.

Норма 2: Когда происходит X, правонарушитель должен быть наказан, только если судья сочтёт наказание уместным.

Это двусторонний частичный конфликт, лишь возможный с обеих сторон.

VII. Норма 1: Убийство должно наказываться смертной казнью, если убийца старше 20 лет.

Норма 2: Убийство должно наказываться смертной казнью, если убийца старше 18 лет.

Это односторонний частичный конфликт, возможный со стороны нормы 1. Применение нормы 1 не нарушает норму 2. Применение нормы 2 возможно нарушает норму 1. Односторонний необходимый конфликт невозможен.⁷³¹

По мнению Г. Кельзена, существование конфликтов норм не может вызывать сомнения. Конфликт норм предполагает, что обе конфликтующие нормы действительны. Высказывания о действительности обеих истинны. Дерогация прекращает действительность одной из норм. В случае логического противоречия между двумя высказываниями, одно из них ложно изначально. Его истинность не отменяется, она никогда не существовала. Поскольку действительность нормы представляет собой её специфическое существование, конфликт норм можно сравнить (если вообще можно) не с логическим противоречием, а с двумя силами, действующими на одну точку в разных направлениях. Конфликт норм нежелателен, но он возможен и нередко встречается на практике.

Конфликт норм может быть разрешён дерогацией. Подобно тому, как конфликт норм это логическое противоречие, дерогация это не логический принцип, а функция некоторой позитивной нормы. Это не одна из

⁷³¹ Ibid. P. 123–124. – Классификация, предложенная Г. Кельзеном, значительно подробнее, чем классификация А. Росса, который ограничивается выделением трёх видов несовместимости норм: тотально-тотальной несовместимости (тотальный двусторонний конфликт, происходящий с необходимостью в терминологии Г. Кельзена), тотально-частичной несовместимости (двусторонний, частичный конфликт, необходимый со стороны одной нормы и возможный со стороны другой), частично-частичная несовместимость (двусторонний, частичный конфликт, возможный со стороны обеих норм). Таким образом, из классификации А. Росса (Ross A. On Law and Justice. P. 128–129) выпадают односторонние (по терминологии Г. Кельзена) конфликты норм.

конфликтующих норм, а третья. Конфликт возможен между нормами одного уровня, или между вышестоящей и нижестоящей. Примером последнего является конфликт норм конституции и закона. Однако, в соответствии с позитивным правом, неконституционный закон может сохранять свою действительность до прекращения его действия в специальном порядке, установленном конституцией, например конституционным судом. В этом случае конфликт норм отсутствует, поскольку сама конституция предполагает, что законодатель уполномочен на принятие такого закона, но устанавливает специальную процедуру его отмены.⁷³²

Конфликт возможен не только между нормами одного нормативного порядка, но и между нормами разных порядков, например, права и морали. Правовой порядок может устанавливать, что правовая норма, вступающая в конфликт с моральной нормой, теряет свою действительность, но не то, что свою действительность теряет вступающая в конфликт моральная норма. Соответственно, моральный порядок может устанавливать, что моральная норма, вступающая в конфликт с правовой, теряет свою действительность, но не наоборот. Дерогация возможна только в рамках одного нормативного порядка.⁷³³

Особое внимание всех исследователей проблемы конфликта норм привлекает пришедший из римского права принцип «*lex posterior derogat priori*». По мнению Г. Кельзена, эта теория во многих случаях скрывает природу дерогации. Сама формулировка («закон последующий отменяет предыдущий») вводит в заблуждение, поскольку создаёт впечатление, что дерогация является функцией одной из конфликтующих норм, что неверно.⁷³⁴ Рассматриваемый принцип проблематичен также потому, что он применяется не с необходимостью (так как дерогация это не логический

⁷³² Таким образом, Г. Кельзен интегрирует разработанную им и А. Мерклем теорию «исчисления ошибок» (теорию, в соответствии с которой установление порядка оспаривания правовых актов, не соответствующих иным правовым актам, легализует возможное несоответствие потенциально оспариваемого правового акта тому, которому он не соответствует) (см. *Kelsen H. Pure Theory of Law*. Berkeley, 1970. P. 267–278; *Kletzer C. Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory* // *Ratio Juris*. 2005. V. 18. № 1. P. 46–63).

⁷³³ *Kelsen H. General Theory of Norms*. P. 126.

⁷³⁴ В первую очередь потому, что она не ссылается на другую норму.

принцип, а норма позитивного права), а только если установлен позитивным правом, а также потому, что он применим не ко всем случаям конфликта норм. Возможны случаи, когда действительность теряет более поздняя норма или обе нормы. Тем не менее, в законодательстве редко можно найти прямую формулировку этого принципа, поскольку обычно он предполагается самоочевидным. Возможно разрешение конфликтов норм тремя способами, предполагаемыми законодателями и правоприменительными органами:

1. предполагается самоочевидным, что в случае конфликта норм конституции с нормами принятого после неё закона, действительность теряет норма закона;
2. предполагается самоочевидным, что если законодатель принимает норму, вступающую в конфликт с нормой, установленной им ранее, действительность теряет более ранняя норма;
3. предполагается самоочевидным, что если в одном законе содержатся конфликтующие нормы и законодательно не определён способ разрешения их конфликта, то правоприменительный орган может выбирать, какую из них применить, либо обе они теряют свою действительность.

В таком случае эти дерогационные принципы — нормы позитивного права. Но если они прямо не выражены и не предполагаются действующими, то конфликт норм остаётся неразрешённым и юридическая наука способна их разрешить не больше, чем установить новые нормы.⁷³⁵

По мнению Г. Кельзена, уместно различать два вида разрешения конфликта норм — разрешение конфликта на уровне общих норм (то есть дерогация) и разрешение конфликта для конкретного случая. Разрешение конфликта для конкретного случая не разрешает конфликт в целом — норма

⁷³⁵ Ibid. P. 126–127.

становится недействительной для данного случая, но остаётся действительной (опосредовано) для других случаев.⁷³⁶

§ 4. Познание и интерпретация права

1. Вопрос об объективности интерпретации права, проблема её соотношения с юридическим познанием – ключевой методологический вопрос теории права.

Классическое правоведение XIX века уверенно утверждало, что на вопрос о существовании права или обязанности всегда есть один и только один правильный ответ, который может быть получен путём толкования или логического развития юридических понятий. Возникновение и теоретическое осмысление данного метода, получившего название «юриспруденция понятий»⁷³⁷ связано с именами Ф. К. фон Савиньи, Г. Ф. Пухты и Р. фон Иеринга в ранний период его научного творчества. Сложность задачи анализа и теоретической обработки источников римского права повлекла за собой появление весьма изощрённого методологического инструментария теории толкования.⁷³⁸ Укреплению теоретических позиций данного метода способствовало и то, что он частично базировался на недедуктивных формах умозаключений (аналогия, индукция и др.), которые были глубоко исследованы в логико-методологических трудах философов XIX века.⁷³⁹ Господство юриспруденции понятий было поставлено под сомнение на рубеже XIX и XX веков, когда школа свободного права, частично предвосхищённая «немецким правовым реализмом Иеринга»,⁷⁴⁰ в Европе и американский правовой реализм в США попытались обосновать

⁷³⁶ Ibid. Р. 220–222. – Важно помнить, что при этом предполагается, что ни одна из конфликтующих норм не потеряла своей действенности (а значит и действительности), то есть практика их применения противоречива.

⁷³⁷ Kelsen H. On the Theory of Interpretation // Legal Studies. V. 10. № 2. 1990. Р. 132.

⁷³⁸ См., напр.: Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права. Т. 1. С. 387-455.

⁷³⁹ Наибольшее признание получили индуктивно-логические работы Дж. Ст. Милля, Х. Зигварта и В. Вундта. О применении в праве недедуктивных умозаключений см.: Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 281-361.

⁷⁴⁰ О концепции немецкого правового реализма см.: Кравиц В. Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 433-445.

теоретическую несостоятельность и практическую вредность «юридического формализма», утверждающего, что существует единственно верный ответ на любой юридический вопрос, и требующего от судьи найти его при помощи методов толкования. В условиях жёсткого противостояния этих двух крайних позиций чистое учение о праве стремилось отстоять собственный, средний путь.⁷⁴¹ Кельзен участвовал в этой дискуссии с обеих сторон, критикуя как юриспруденцию понятий, с одной стороны, так и школу свободного права и реалистов, с другой.

Многие философы права отмечали, что у Кельзена нет теории толкования в традиционном смысле метода толкования.⁷⁴² Однако это является прямым следствием его научной позиции, в соответствии с которой общая теория (метода) толкования невозможна. По выражению Г. Линдаля, Кельзен стремился ответить на вопрос, что делает юридическое толкование юридическим.⁷⁴³ Теория толкования Кельзена основана на его теории ступенчатой структуры права. В соответствии с последней, правоприменение — это всегда правотворчество, т.к. любое судебное решение создаёт право, но, при этом, и правотворчество — это всегда правоприменение, т.к. законодатель применяет нормы конституции. Интерпретация сопровождает процесс правоприменения на всех его ступенях — от издания закона до исполнения судебного решения, она необходима для соединения нормы и факта. Нормы предыдущего уровня детерминирует (статически и динамически) норму следующего уровня. Но детерминация никогда не может быть полной.⁷⁴⁴ Общая позитивная норма не может предусматривать всех обстоятельств данного дела и всего содержания судебного решения. Они всегда добавляют что-нибудь новое, например,

⁷⁴¹ Об этих дискуссиях и их историческом контексте см.: *Paulson S. L.* Formalism, 'Free Law' and the 'Cognition' Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation // *The University of Queensland Law Journal*. V. 27. № 2. 2008. P. 7-39.

⁷⁴² *Lindahl H.* Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Interpretation // *Cardozo Law Review*. V. 24. № 2. 2003. P. 769.

⁷⁴³ *Ibid.* P. 798.

⁷⁴⁴ *Ibid.* P. 127-129.

размер возмещения убытков, срок лишения свободы, дату исполнения приговора и т.д. Общая норма это всегда *только рамка (иногда более широкая, иногда более узкая), в пределах которой принимается индивидуальная норма.*⁷⁴⁵

Неопределённость правовой нормы может проистекать из сознательного применения соответствующей законодательной техники, но может и быть последствием других обстоятельств:

1. лингвистическая неясность слова или фразы, выражающей норму;
2. предполагаемое правоприменителем различие между волей издавшего норму и её лингвистическим выражением;
3. при наличии противоречия между двумя нормами одного уровня.⁷⁴⁶

Таким образом, правовой акт, имплементирующий вышестоящую правовую норму, может соответствовать одному из нескольких возможных прочтений нормы, или открытой правоприменителем воле лица, издавшего норму, или одной из конфликтующих норм. Если под интерпретацией понимается открытие смысла имплементируемой нормы, то её результатом может быть только открытие указанной рамки, перечисление возможных вариантов интерпретации. Традиционная юриспруденция исходит из того, что задача теории интерпретации – указать метод правильного заполнения данной рамки. Вместе с тем, само позитивное право не даёт критерия для выбор метода интерпретации. В доктрине же отсутствует единственный общепринятый метод интерпретации, существование же плюрализма методов неизбежно ведёт к противоположным результатам у юристов, их использующих. В качестве характерного примера Кельзен приводит методы толкования по аналогии и *a contrario*.⁷⁴⁷

Юриспруденция понятий исторически развивалась сторонниками (и предшественниками) юридического позитивизма, по этой причине «юридический формализм» нередко ассоциировался со всей позитивистской

⁷⁴⁵ Kelsen H. Pure Theory of Law. P. 245.

⁷⁴⁶ Kelsen H. On the Theory of Interpretation. P. 129.

⁷⁴⁷ Ibid. P. 129-131.

исследовательской программой. Отвечая на обвинения в «формализме», Кельзен указывает на происхождение этого понятия из дискуссий о судебном правотворчестве и отмечал что формализмом в этом смысле чистое учение о праве названо быть не может, более того, именно оно впервые дало научное обоснование движению за свободное право, показав неизбежное существование судебной дискреции.⁷⁴⁸ Вместе с тем, Кельзен возражал и против новых методов, предлагавшихся сторонниками свободного права: «Необходимо отметить, что в обществе, в котором законодательно предопределённые решения или административные действия или судебные мнения имеют нормативное значение в индивидуальных случаях, реальная жизнь не признаёт никаких интересов, но знает только конфликты интересов; и идея того, что интересы можно взвесить как масло, что есть объективная мера, которой можно определить абсолютно большую ценность одного интереса по сравнению с другим, представляет собой часть самой наивной иллюзии, которую практикующие юристы, довольно наивные в этом отношении, позволили себе внушить. Довольно близоруко, когда не просто отдельное решение, а целая практика верховного суда или даже вся судебная власть страны в течение долгого периода обвиняется в «формализме» со ссылкой на ошибку некорректной научной доктрины интерпретации... В целом мы должны заключить, что за конкретным методом интерпретации стоят вполне конкретные интересы. Соответственно, противоположные интересы стремятся получить признание через критику преобладающих методов толкования путём использования аргумента формализма. Нет ничего более понятного, чем факт, что строгое применение закона, не уделяющее внимание интересам отдельных групп, будет обвинено правовыми идеологиями этих групп в «формализме». В современной юриспруденции самоочевидно, что интересы, использующие эту критику, будут представлять

⁷⁴⁸ Kelsen H. Legal Formalism and the Pure Theory of Law // Weimar: a Jurisprudence of Crisis / Ed. by A. J. Jacobson, B. Schlink. Berkeley, 2000. P. 82.

сами себя как [обладающие] лучшим методом толкования, с более высокими «научными» стандартами».⁷⁴⁹

2. В своей концепции интерпретации А. Росс соглашается как с позицией о невозможности создания единой теории интерпретации, так и с представлением об интерпретации как о выборе одной из возможностей. Доктринальные теории интерпретации при этом рассматриваются им как своего рода идеологии.⁷⁵⁰

Росс подробно рассматривает источники неопределённостей, которые порождают существование разных вариантов интерпретации. Он выделяет следующие проблемы интерпретации:

1) Синтаксические проблемы:

- а) проблемы подчинённых предложений;
- б) проблемы, того, к каким словам относятся прилагательные и подчинённые предложения;
- в) проблемы указательных и относительных местоимений;
- г) проблемы фраз, устанавливающих модификации, исключения, условия.⁷⁵¹

2) Логические проблемы:

- а) противоречивость;
- б) избыточность правового регулирования (несколько норм одинакового содержания);
- в) проблемы предпосылок.⁷⁵²

3) Семантические проблемы (неопределённость и многозначность отдельных слов).⁷⁵³

Как отмечает Росс, эти проблемы могут решаться по-разному, но научного ответа на вопрос о том, как они должны решаться, нет и не может

⁷⁴⁹ Ibid. P. 81.

⁷⁵⁰ Ross A. On Law and Justice. P. 108-111, 155-157.

⁷⁵¹ Ibid. P. 123-128.

⁷⁵² Ibid. P. 128-134.

⁷⁵³ Ibid. P. 134-135.

быть.⁷⁵⁴ Росс выделяет стили интерпретации, которыми (как правовыми идеологиями) могут руководствоваться судьи. Первая классификация стилей – деление их на связанные и свободные, в зависимости от того, насколько судья считает себя связанным действующим правом. Примером первого стиля является юриспруденция понятий, примером второго – школа свободного права.⁷⁵⁵ Вторая классификация стилей – деление интерпретации на объективную и субъективную, известная также как спор сторонников выяснения «воли закона» и «воли законодателя».⁷⁵⁶ Первый стиль связан с ориентацией на буквальный текст закона, второй – на исследование целей и намерений законодателя, побудивших его принять такой закон.⁷⁵⁷

3. Концепция интерпретации Харта основана на теории открытой структуры языка. Данная концепция была предложена австро-британским философом Фридрихом Вайсманом⁷⁵⁸ для описания явления неопределённости в пограничных случаях употребления того или иного слова. Такая структура свойственная всем естественным языкам и является ценой возможности достижения относительного единообразия употребления слов в языковом сообществе.⁷⁵⁹ В праве также проявляется открытая структура языка, независимо от того, признаёт это правовая система или нет.

Харт пишет о двух ошибочных вариантах решения данной проблемы, её Сцилле и Харибде. Первый вариант – формализм, отрицание необходимости выбора в пограничных случаях.⁷⁶⁰ Второй вариант – скептицизм в отношении правил, отрицание существования и обязательности абстрактно сформулированных норм.⁷⁶¹ Опровержением нормативного

⁷⁵⁴ Ibid. P. 135-145.

⁷⁵⁵ Ibid. P. 141-142.

⁷⁵⁶ См. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. С. 83-87.

⁷⁵⁷ Ross A. On Law and Justice. P. 142-145.

⁷⁵⁸ Waismann F. Verifiability // Essays on Logic and Language / Ed. by A. Flew. Oxford, 1961. P. 117-144. См. также: Касаткин С. Н. Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // Антропология права: философский та юридичний виміри. Львів, 2012. С. 256-276.

⁷⁵⁹ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 127-131.

⁷⁶⁰ Там же. С. 134-138.

⁷⁶¹ Там же. С. 138-150.

скептицизма является функционирование законов в реальной жизни и то, что судьи испытывают чувство связанности правом.⁷⁶²

Решением, позволяющим избежать ложных крайностей, является признание существования ясных (не вызывающих сомнения) и неясных случаев. В неясных случаях всегда существует твёрдое ядро значения и полутень неопределённости.⁷⁶³

4. На основании изложенного можно усмотреть существенное сходство точек зрения Кельзена, Росса и Харта в вопросе о теории интерпретации. Работы других представителей юридического позитивизма следуют за позициями Харта, Росса или Кельзена (если их в принципе можно считать разными позициями).⁷⁶⁴ Можно сделать вывод, что главной тенденцией правового позитивизма в теории интерпретации является поиск срединного пути между Сциллой формализма⁷⁶⁵ и Харибдой скептицизма.⁷⁶⁶ Такой путь правовой позитивизм усматривает в признании частичной судебной дискреции и ограниченной детерминированности судебных решений.

На основании анализа общей теории норм в юридическом позитивизме XX века можно сделать вывод об определяющем влиянии на неё чистого учения о праве. Практически все основные принципы, заложенные в доктрины системы права, и теорию интерпретации были восприняты и

⁷⁶² Там же. С. 146-149. – Хартом также приводится интересный пример, получивший широкое распространение в литературе о теории толкования. Во время игры могут возникать споры по поводу подсчёта очков, в результате чего игроки могут назначить счётчика, который будет их считать. Но если счётчик начнёт считать очки не на основании первоначальных правил, а по своему произволу, то тогда изменится сам характер игры – это будет уже не первоначальная игра, а игра по произволу счётчика (Там же. С. 144-149).

⁷⁶³ Там же. С. 136-138, 146-149.

⁷⁶⁴ См., напр.: *Cognition and Interpretation of Law* / Ed. by L. Gianformaggio, S. L. Paulson. Torino, 1995. 313 p.; *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* / Ed. by A. Marmor. New York, 1997. 463 p.

⁷⁶⁵ В качестве примера обновлённой юриспруденции понятий можно привести работу *Cueto-Rua J. Judicial Methods of Interpretation of the Law*. Baton Rouge, 1981. 508 p.

⁷⁶⁶ В качестве примера можно привести позицию М. Тропера в его полемике с О. Пферсманном, отстаивавшим позицию чистого учения о праве. См.: *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 184-195; *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 196-204; *Тропер М.* Маршал, Кельзен, Барак и конституционный софизм // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 205-217; *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 218-272; *Тропер М.* Ответ Отто Пферсманну // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 273-291; *Пферсманн О.* Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу // *Российский ежегодник теории права*. № 4. 2011. С. 292-320.

развиты А. Россом, Г. Л. А. Хартом, Е. В. Булыгиным, О. Вайнбергером. Классификации норм, предложенные Кельзеном, хотя и не были приняты полностью, но, во всяком случае, задали соответствующие направления научных дискуссий. Концепция правовой нормы Кельзена, сформировавшаяся в окончательном виде относительно поздно, обнаруживает чёткий параллелизм с концепциями более поздних авторов, что позволяет делать вывод о формировании в позитивистской философии права консенсуса относительно основных признаков данного понятия.

Заключение

Подводя итог проведённому исследованию мы можем сделать вывод, что весь современный юридический позитивизм имеет тесные генетические и систематические связи с чистым учением о праве.

Юридический позитивизм как направление философии права может быть определён при помощи четырёх признаков: концептуального разграничения права и морали, характеристики права как социального факта, критика этического объективизма и эмпирического методологического основания. Его историческое формирование происходило в конце XVIII-первой половине XIX века параллельно в Великобритании и Германии. Важнейшим фактором его формирования была критика попыток применить естественно-правовые идеи в законодательстве США и Франции. В Великобритании идеи юридического позитивизма впервые были сформулированы И. Бентамом и были впоследствии систематизированы Дж. Остином. В Германии почва для юридического позитивизма была подготовлена исторической школой права, которая, однако сама не обладала всеми признаками юридического позитивизма. После критики Р. фон Иеринга метафизическая концепция народного духа была устранена из доминирующей правовой доктрины, что позволило ей приобрести все необходимые признаки юридического позитивизма.

В начале XX века, в первую очередь, в работах Г. Кельзена, возникло чистое учение о праве. Оно возникло под влиянием философии И. Канта, доминировавшей в то время в форме неокантианства, логического учения Э. Гуссерля, впоследствии развитого им в феноменологическую философию. Вопреки высказываемому в научной литературе мнению неопозитивизм не оказал значительного влияния на чистое учение о праве. Вместе с тем, учение Кельзена имело своим непосредственным источником два научных направления в правоведении, юридическую школу в германском государствоведении и философию права Р. фон Иеринга.

Чистое учение о праве оказало значительное влияние (как позитивное, так и негативное) как на современную ему, так и на последующую философию права, в том числе естественно-правовую философию. Определяющее влияние теория Кельзена оказала на правовой позитивизм второй половины XX века.

К основным тенденциям посткельзеновского юридического позитивизма можно отнести стремление построить свою методологию на основе аналитической философии (различных её направлений), а также включение в теоретический анализ социологических элементов, связанных с действительностью правовых норм, а также психологических элементов, связанные с восприятием нормы индивидуальной психикой.

Чистое учение о праве оказало существенное влияние на все без исключения основные более поздние направления юридического позитивизма. Влияние теории Кельзена проявляется, в частности, в следующем:

1) Для современного юридического позитивизма важнейшими признаками понятия права остаются системность права и его принудительность. При этом одни авторы вслед за Кельзеном делают акцент на принудительности права, а другие, вслед за Хартом, отказываются от признака принудительности в пользу уточнения и развития признака системности (в первую очередь в части наличия первичных и вторичных правил).

2) Теория Кельзена произвела революцию в позитивистском представлении о соотношении права и государства. Одни позитивисты приняли её полностью (Харт, Булыгин и др.), другие стремились развить её в деталях (Росс). Единственная альтернативная концепция, институциональная, также испытала на себе сильное влияние теории Кельзена.

3) Практически все основные принципы, заложенные в доктрины системы права, и теорию интерпретации были восприняты и развиты А.

Россом, Г. Л. А. Хартом, Е. В. Булыгиным, О. Вайнбергером. Классификации норм, предложенные Кельзеном, хотя и не были приняты полностью, но, во всяком случае, задали соответствующие направления научных дискуссий. Концепция правовой нормы Кельзена, сформировавшаяся в окончательном виде относительно поздно, обнаруживает чёткий параллелизм с концепциями более поздних авторов, что позволяет делать вывод о формировании в позитивистской философии права консенсуса относительно основных признаков данного понятия.

Библиографический список

1. Источники

1. Кельзен Г. Кто должен быть гарантом конституции? // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 359-410.
2. Кельзен Г. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 604-634.
3. Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве / пер. с англ. А. А. Краевского // Правоведение. № 2. 2013. С. 226-240.
4. Кельзен Г. Судебная гарантия Конституции (конституционная юстиция). Ч. 1–2 / пер. Д. В. Даниленко // Право и политика. 2006. № 8. С. 5–14; № 9. С. 5–18.
5. Кельзен Г. Судебный контроль законодательства: сравнительное исследование австрийской и американской конституций / пер. с англ. А. А. Краевского // Правоведение. № 2. 2012. С. 190-202.
6. Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 418-498.
7. Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 432-453.
8. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987. Сборник переводов. Вып. 1 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович / пер. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. М.: АН СССР ИНИОН, 1987. 195 с.
9. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987. Сборник переводов. Вып. 2 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович / пер. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. М.: АН СССР ИНИОН, 1988. 213 с.

10. *Kelsen H.* Allgemeine Theorie der Normen. Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien: Manz, 1979. 362 S.
11. *Kelsen H.* Causality and Imputation // *Ethics*. 1950. V. 61. № 1. P. 1–11.
12. *Kelsen H.* Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip. *The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, 1939. B. 8. S. 69-130.
13. *Kelsen H.* “Foreword” to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law* // *Normativity and Norms*. P. 3-22.
14. *Kelsen H.* *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht, 1973. 300 p.
15. *Kelsen H.* *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005. 516 p. + XL.
16. *Kelsen H.* *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press. 1991. LX, 465.
17. *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1911. XXVII, 709 S.
18. *Kelsen H.* *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992. XLII, 171 p.
19. *Kelsen H.* *Legal Formalism and the Pure Theory of Law* // *Weimar. A Jurisprudence of Crisis* / Ed. Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink. Berkeley: University of California Press, 2000. P. 76–83.
20. *Kelsen H.* *Natural Law Doctrine and Legal Positivism* // *General Theory of Law and State*. New Brunswick, 2006. P. 391-446.
21. *Kelsen H.* On the Basic Norm // *California Law Review*. 1959. Vol. 47. P. 107–110.
22. *Kelsen H.* On the Theory of Interpretation // *Legal Studies*. V. 10. № 2. 1990. P. 127-135
23. *Kelsen H.* *Peace through Law*. Chapell Hill, 1944. 155 p.
24. *Kelsen H.* *Pure Theory of Law*. Berkeley: California University Press, 1970. 356 p.+X.
25. *Kelsen H.* *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien, 1934. 236 s.

26. *Kelsen H.* Rudolf von Jhering in Briefen. Neue Freie Presse (Wien). № 17423, 23. Februar 1913. S. 32-35.
27. *Kelsen H.* Society and Nature: a Sociological Inquiry. Chicago, 1943. 391 p.
28. *Kelsen H.* The Law as a Specific Social Technique // The University of Chicago Law Review. V. 9. 1941. № 1. P. 75-97.
29. *Kelsen H.* The Pure Theory of Law, «Labandism» and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Trevis // Normativity and Norms. P. 169-176.
30. *Kelsen H.* Zur Theorie der Interpretation // Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. Offizielles Organ des "Institut international de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique". 1934. 8 Jahrgang. S. 9-17.

II. Исследования на русском языке

31. *Алексеев Н. Н.* Очерки по общей теории государства. Основные предпосылки и гипотезы государственной науки. М., 1919. 209 с.
32. *Алексеев С. С.* Собр. соч. В 10 т. Т. 5. М., 2010. 549 с.
33. *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х т. Т. 1. М., 1981. 360 с.
34. *Алекси Р.* По поводу тезиса о необходимой связи между моралью и правом: критика со стороны Булыгина // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 42–52;
35. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011. 192 с.,
36. *Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В.* Нормативные системы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 309-472.
37. *Антонов М. В.* Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. С. 645-668.
38. *Антонов М. В.* Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 9-63.

39. *Антонов М. В.* Спор Р. Алекси и Е. В. Булыгина о необходимой связи между правом и моралью // Там же. С. 34–37.
40. *Антонов М. В.* Чистое учение о праве: варианты перевода и интерпретации // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. СПб., 2012. С. 499-510.
41. *Аристотель.* Собр. соч. В 4 т. Т. 2. М.: Мысль, 1973. 687 с.
42. *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. 415 с.
43. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. 624 с.
44. *Бирюков Б. В.* Готтлоб Фреге: современный взгляд // *Фреге. Г.* Логика и логическая семантика: Сборник трудов. М., 2000. С. 8-62.
45. *Блинов А. К., Ладов В. А., Лебедев М. В.* Аналитическая философия: учебник. М., 2005. 708 с.
46. *Булыгин Е. В.* Динамика права // Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике. Материалы международного симпозиума (Санкт-Петербург, 9-10 сентября 2011 г.). СПб., 2011. С. 7-10).
47. *Булыгин Е. В.* К проблеме обоснования прав человека // Проблеми філософії права. 2006-2007. Том IV-V. С. 149-152.
48. *Булыгин Е. В.* К проблеме объективности права // Проблеми філософії права. 2005. Том III. № 1-2. С. 7-13
49. *Булыгин Е. В.* Разрешающие нормы и нормативные системы // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 473-480.
50. *Булыгин Е. В.* Основана ли философия права (ее часть) на ошибке? // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 53–62;
51. *Булыгин Е. В.* Тезис Алекси о необходимой связи между правом и моралью // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. СПб., 2011. С. 38–41;
52. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. 507 с.
53. *Вебер М.* «Объективность» социально-научного и социально-

- политического познания // Избранное: Протестантская этика и дух капитализма. СПб., 2012. С. 271-320.
54. *Виндельбанд В.* Избранное: Дух и история. М., 1995. 687 с.
55. *Витгенштейн Л.* Философские работы. Часть 1. М.: Гнозис, 1994. 612 с.
56. *Вригт Г. Х. фон.* Логико-философские исследования. Избранные труды: пер. с англ. / общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова / сост. и авт. предисл. В. А. Смирнов. М.: «Прогресс» 1986. 600 с.
57. *Геллнер Э.* Слова и вещи. М., 1963. 344 с.
58. *Гирке О., фон.* Историческая школа права и германисты // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 36-72.
59. *Гревцов Ю. И.* Социология: Курс лекций. СПб., 2003. 467 с.
60. *Гоббс Т.* Левиафан. М.: Мысль, 2001. 478 с.
61. *Гуссерль Э.* Логические исследования. Т. I: Прологомены к чистой логике. М., 2011. 253 с.
62. *Гуссерль Э.* Логические исследования. Т. II. Ч. 1: Исследования по феноменологии и теории познания. М., 2011. 565 с.
63. *Дворкин Р.* О правах всерьёз. М., 2004. 392 с.
64. *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. 957 с.
65. *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. Метод социологии. / Пер. с фр. и послесловие А. Б. Гофмана. М., 1990. 575 с.
66. *Еллинек Г.* Общее учение государстве. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. 752 с.
67. *Зорькин В. Д.* Позитивистская теория права в России. М., 1978. 269 с.
68. *Ивин А. А.* Логика норм. М.: Издательство Московского университета, 1973. 122 с.
69. *Ивин А. А.* Некоторые проблемы теории деонтических модальностей // Логическая семантика и модальная логика / отв. ред. Н. В. Таванец. М.: Наука, 1967. С. 162-232.
70. *Иеринг Р, фон.* Теория владения. СПб., 1895. 47 с.
71. *Иеринг Р., фон.* Избранные труды. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006. 618 с.

72. *Иеринг Р., фон.* Избранные труды. В 2 т. Т. 2. СПб., 2006. 547 с.
73. *Иеринг Р., фон.* Историческая школа юристов // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 73-101.
74. *Ильин И. А.* Ильин И.А. Собрание сочинений: Справедливость или равенство? М., 2006. 576 с.
75. *Кант И.* Критика чистого разума / пер. с нем. Н. Лосского / сверен и отредактирован Ц. Г. Арзакяном и М. И. Иткиным. М.: Издательство «Эксмо», 2006. 736 с.
76. *Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 4, в 2-х частях / ред. В. Ф. Асмус. М.: «Мысль», 1965. Ч. 1. 544 с.; Ч. 2. 478 с.
77. *Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 5 / ред. В. Ф. Асмус. М.: «Мысль», 1965. 564 с.
78. *Кант И.* Соч. В 6 т. Т. 6 / ред. Т. И. Ойзерман. М.: «Мысль», 1965. 743 с.
79. *Карнап Р.* Значение и необходимость. Исследования по семантике и модальной логике. Изд. 2-е. М.: Издательство ЛКИ, 2007. 384 с.
80. *Карнап Р.* Философские основания физики. Пер. с англ. Г. И. Рузавина. Общ. ред. И. Б. Новака. М., 1971. 390 с.
81. *Касаткин С. Н.* Аскриптивизм и отменяемость понятий юридического языка: очерк концепции Герберта Харта // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 656-699.
82. *Касаткин С. Н.* Постскрипtum к «Понятию права» Г. Харта // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 753-789.
83. *Касаткин С. Н.* Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // Антропологія права: філософський та юридичний виміри. Львів, 2012. С. 256-276.
84. *Кассирер Э.* Познание и действительность. Понятие субстанции и понятие функции. М., 2006. 400 с.
85. *Катков В. Д.* К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков, 1903. 462 с.
86. *Катков В. Д.* Наука и философия права? Берлин, 1901. 116 с.

87. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М.: Издание М. и С. Сабашниковых, 1916. 704 с.
88. *Клини С.* Введение в метаматематику. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2009. 528 с.
89. *Коген Г.* Теория опыта Канта. М., 2012. 618 с.
90. *Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В.* История политических и правовых учений. Учебник. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2007. 854 с.
91. *Козлихин И. Ю.* Рудольф фон Иеринг // Иеринг Р., фон. Избранные труды. Т. 1. СПб., 2006. С. 7-11
92. *Кондаков Н. И.* Логический словарь. М.: Наука, 1971. 638 с.
93. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. Изд. 5-е. СПб.: Издание Юридического книжного магазина К. К. Мартынова, 1898. 354 с.+X.
94. *Коркунов Н. М.* Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. Изд. 6-е. / под ред. и с доп. М. Б. Горенберга. СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1909. 623 с.
95. *Кравиц В.* Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 433-445.
96. *Краевский А. А.* Ганс Кельзен и теория судебного контроля законодательства // Правоведение. № 2. 2012. С. 186-189.
97. *Краевский А. А.* Принуждение в международном праве // Философия и современное международное право. 13-14 мая, Санкт-Петербург, Философский факультет СПбГУ. СПб, 2013. С. 66-67.
98. *Краевский А. А., Тимошина Е. В.* Проблема самореференции в праве: к истории дискуссии // Правоведение. Научно-теоретический журнал. № 3. 2012. С. 35-43.
99. *Краевский А. А.* [рец. на: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М.. 2011. 192 с.] // Правоведение. № 4. 2011. С. 246-249.

100. Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // Российский ежегодник теории права. № 3. 2010. С. 790-811.
101. Крафт В. Венский кружок. Возникновение неопозитивизма / пер. с англ. А. Никифорова. М.: Идея-Пресс, 2003. 224 с.
102. Куц Д. Л. Введение в Латиноамериканскую философию права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 387-401.
103. Куренной В. А. «Прологомены к чистой логике» Э. Гуссерля и спор о психологизме // Гуссерль Э. Логические исследования. Т. I: Прологомены к чистой логике. М., 2011. С. 225-241.
104. Куренной В. А. Феноменология Эдмунда Гуссерля // Гуссерль Э. Избранные работы. М., 2005. С. 7-22.
105. Луковская Д. И. Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект. Л., 1985. 160 с.
106. Меркель А. Юридическая энциклопедия / пер. с нем. Ф. К. Зейделя / под ред. В. М. Грибовского. СПб.: Издание Юридического книжного магазина К. К. Мартынова, 1902. 256 с.
107. Метафизика: учебное пособие / Под. ред. Б. И. Липского, Б. В. Маркова, Ю. Н. Солониной. СПб., 2008. 561 с.
108. Мишель А. Идея государства: критический опыт истории социальных и политических теорий во Франции со времени революции. М., 2008. 536 с.
109. Мур Дж. Э. Principia Ethica // Природа моральной философии. М., 1999. 351 с.
110. Назарова О. А. «От второго позитивизма к третьему...» // Крафт В. Венский кружок. Возникновение неопозитивизма / пер. с англ. А. Никифорова. М., 2003. С. 7–32.
111. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 2002. 552 с.
112. Никоненко С. В. Аналитическая философия: основные концепции. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета, 2007. 546 с.

113. *Новгородцев П. И.* Историческая школа юристов. СПб., 1999. 192 с.
114. *Оглезнев В. В.* Онтоэпистемологические основания философии права Герберта Харта // *ΣΧΟΛΗ* Т. 4. № 1. 2010. С. 137–148
115. *Оливекрона К.* Право как факт / пер. с англ. Е. Ю. Таранченко // *Российский ежегодник теории права.* № 1. 2008. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга»», 2009. С. 669-752.
116. *Остин Дж. Л.* Избранное. М., 1999. 322 с.
117. *Перов Ю. В.* Вступительная статья // Кант И. Критика способности суждения. СПб.: Наука, 2001. С. 5-64.
118. *Петражицкий Л. И.* Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга»», 2011. 1031 с.
119. *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Издательство «Лань», 2000. 608 с.
120. *Полсон С.* Ранняя теория права Ганса Кельзена: критический конструктивизм / пер. с англ. А. А. Краевского // *Российский ежегодник теории права.* № 4. 2011. СПб., 2012. С. 511-530.
121. *Поляков А. В.* Правовой нормативизм: Г. Кельзен // Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История политических и правовых учений. Учебник. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2007. С. 378-398.
122. *Поппер К. Р.* Иммануил Кант — философ Просвещения // Все люди — философы: как я понимаю философию; Иммануил Кант — философ Просвещения. М., 2003. С. 44-52.
123. Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. 832 с.
124. *Пухта Г. Ф.* Энциклопедия права. Ярославль, 1872. С. 29-32.
125. *Пфферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // *Российский ежегодник теории права.* № 4. 2011. С. 218-272.

126. *Пфферсманн О.* Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 292-320.
127. *Радбрух Г.* Философия права. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
128. *Раз Д.* Мысля с помощью правил // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 457-472.
129. *Рассел Б.* Введение в математическую философию. Избранные работы./ пер. с англ. В. В. Целищева, В. А. Суровцева. Новосибирск: Сибирское университетское издательство, 2007. 264 с.
130. *Рассел Б.* История западной философии. Новосибирск, 2001. 1805 с.
131. *Рассел Б.* Человеческое познание: Его сфера и границы. М., 2001. 560 с.
132. *Риккерт Г.* Науки о природе и науки о культуре. М., 1998. 413 с.
133. *Росс А.* Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 458-473.
134. *Росс А.* О самореференции и загадке конституционного права // Правоведение. Научно-теоретический журнал. № 3. 2012. С. 53-73.
135. *Савиньи Ф. К., фон.* О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. М., 2011. С. 128-207.
136. *Савиньи Ф. К., фон.* Рецензия на книгу Н. Т. фон Гённера «О законодательстве и юриспруденции в наше время» // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 219-246.
137. *Савиньи Ф. К., фон.* Система современного римского права Т. I. 510 с.
138. *Савиньи Ф. К., фон.* Система современного римского права: в 8 т. Т. II. М., 2012. 573 с.
139. *Символическая логика: Учебник / Под ред. Я. А. Слинина, Э. Ф. Караваева, А. И. Мигунова.* СПб., 2005. 506 с.

140. *Смирнова Е. Д.* Формализованные языки и логическая форма // Логическая структура научного знания / отв. ред. Н. В. Таванец. М.: Наука, 1965. С. 3-51.
141. *Сорокин П. А.* Система социологии. Т. 1. Социальная аналитика: учение о строении простейшего (родового) социального явления. М., 1993. 447 с.
142. *Тарановский Ф. В.* Юридический метод в государственной науке. (Очерк развития его в Германии). Варшава, 1904. 331 с.
143. *Тибо А. Ф. Ю.* О необходимости общего гражданского права для Германии // Савиньи Ф. К., фон. Система современного римского права Т. I. С. 102-127.
144. *Тимошина Е. В.* Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого. М., 2012. 295 с.
145. *Тимошина Е. В.* Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. № 5. 2011. С. 46-71.
146. *Тимошина Е. В.* Политико-правовая идеология русского пореформенного консерватизма. СПб., 2000. 204 с.
147. *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 196-204.
148. *Тропер М.* Маршал, Кельзен, Барак и конституционный софизм // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 205-217.
149. *Тропер М.* Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 273-291.
150. *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 184-195
- Фреге Г.* Логика и логическая семантика. Сборник трудов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова / под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. 512 с.
151. *Туманов В. А.* Избранное. М., 2010. 736 с.
152. *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М., 2012. 554 с.

153. *Фогельсон Ю. Б.* Избранные вопросы общей теории обязательств. М.: «Юрист», 2001. 192 с.
154. *Фреге Г.* Логика и логическая семантика. Сборник трудов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова / под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. 512 с.
155. *Френкель А. А., Бар-Хиллел И.* Основания теории множеств. М.: Ком-книга, 2006. 552 с.
156. *Фуллер Л. Л.* Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 125–159.
157. *Харт Г. Л. А.* Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.
158. *Харт Г. Л. А.* Понятие права: пер. с англ. / под общ. ред. Е. В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета, 2007. 302 с.
159. *Харт Г. Л. А.* Приписывание ответственности и прав / пер. с англ. и науч. ред. С. Н. Касаткина // Юриспруденция в поисках идентичности. Сборник статей, переводов, рефератов. Самара, 2010. С. 242–270.
160. *Харт Г. Л. А.* Сказка логика // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2009. № 4 (8). С. 123-136.
161. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. / Отв. ред. д.ю.н., проф. Н. А. Крашенинникова. Т. 2: Современное государство и право / Сост. Н. А. Крашенинникова. М., 2004. 672 с.
162. *Цицерон М.* Диалоги: О государстве. О законах / Пер. В. О. Горенштейна, прим. И. Н. Веселовского и В. О. Горенштейна, ст. С. Л. Утченко, отв. ред. С. Л. Утченко. М.: Наука, 1966. 224 с.
163. *Чичерин Б. Н.* Избранные труды / Подготовка текста.ю составление, вступ. статья и комм. А. В. Полякова. СПб., 1998. 555 с.
164. *Чичерин Б. Н.* История политических учений. Т. 2. СПб., 2008. 752 с.

165. Чичерин Б. Н. История политических учений. Т. 3. СПб., 2010. 784 с.
166. Шауер Ф. Существует ли понятие права // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 510-526.
167. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910. 512 с.
168. Шмелёв Д. И. Проблемы семантического анализа лексики. М., 2008. 280 с.
169. Шмитт К. Гарант конституции // Шмитт К. Государство: право и политика. М., 2013. С. 27-220.
170. Шмитт К. Диктатура. От истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб., 2005. 326 с.
171. Шмитт К. Политическая теология: четыре главы к учению о суверенитете. Пер. с нем. Ю. Коренца // Политическая теология. Сборник. М.: «Канон-Пресс-Ц», 2000. С. 7-98.
172. Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально-философское исследование. М., 2010. 312 с.
173. Штраус Л. Естественное право и история. М., 2007. 312 с.
174. Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб., 2011. 703 с.
175. Эрлих О. Социология права / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 1. С. 593-603.
176. Юм Д. Собр. соч. В 2 т. Т. 1. М.: Мысль, 1996. 733 с.
177. Юрлова М. Карл Шмитт: учение о гаранте конституции как пример «конкретного мышления» о государственных формах и порядке // Логос. № 5 (89). 2012. С. 196-204.
178. Явич Л. С. Общая теория права. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1976. 286 с.

III. Исследования на иностранных языках

179. A Dictionary of Law / Ed. by Elizabeth A. Martin. Oxford: Oxford University Press, 2003. 551 p.
180. Alchourrón C. E., Bulygin E. The Expressive Conception of Norms // Normativity and Norms. P. 383–410.
181. Austin J. Lectures on Jurisprudence and Philosophy of Positive Law. Jersey City: Frederic D. Linn & Company, 1875. 364 p.+lvi. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. London, 1832. 391 p.
182. Bentham J. Anarchical Fallacies // ‘Nonsense upon Stilts’: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Men / Ed. by J. Waldron. London, 1987. P. 46-76.
183. Bentham J. Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Kitchener, 2000. 248 p.
184. Bentham J. Of Laws in General. London, 1970. 342 p.
185. Bentham J. Principles of Legislation. Boston, 1830. 310 p.
186. Bernstorff J., von. The Public international Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law. Cambridge, 2010. 324 p.
187. Bersier Ladavac N. Hans Kelsen (1881-1973): Biographical note and bibliography // European Journal of International Law. 1998. Vol. 9. № 2. P. 391-400.
188. Bindreiter U. Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen’ Doctrine. Lund, 2000. 332 p.
189. Bulygin E. An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. V. 3. № 1. P. 29-45.
190. Bulygin E. On Norms of Competence // Law and Philosophy. № 11. 1992. P. 201-216.
191. Carnap R. Logical Syntax of Language. London: Routledge, 2001. 352 p.
192. Carty A. The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law // European Journal of International Law. 1998. Vol. 9. № 2. P. 344–354.
193. Cognition and Interpretation of Law /Ed. by L. Gianformaggio, S. L. Paulson. Torino, 1995. 313 p..

194. *Cohen H.* System der Philosophie. Teil 1: Logik der reinen Erkenntnis. Berlin, 1902. 520 s.
195. *Cohen H.* System der Philosophie. Teil 2: Ethik des reinen Willens. Berlin, 1904. 641 s.
196. *Coleman J.* Incorporationalism, Conventionality and the Practical Difference Thesis // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law* / Ed. by J. Coleman. New York, 2005. P. 99-147.
197. *Cueto-Rua J.* Judicial Methods of Interpretation of the Law. Baton Rouge, 1981. 508 p.
198. *Devlin P.* The Enforcement of Morals. Oxford, 1965. 139 p.
199. *Duxbury N.* Carlos Cossio and Egological Legal Philosophy // Ratio Juris. V. 3. №. 2. 1989. P. 274-282.
200. *Duguit L.* The Law and the State. French and German Doctrines // Harvard Law Review. 1917. Vol. 31. № 1. P. 1-192.
201. *Duxbury N.* Kelsen's Endgame // Cambridge Law Journal. 2008. V. 67. № 1. P. 51-61.
202. *Ebenstein W.* The Pure Theory of Law.
203. *Ehrlich O.* Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge, 1936.
204. *Gray J.* The Nature and Sources of the Law. New York: The Macmillan Company, 1948. 348 p.
205. *Hägerström A.* Inquiries into the Nature of Law and Morals. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1953. 377 p.
206. *Hammer S.* A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law? // Normativity and Norms. P. 177-194.
207. *Hart H. L. A.* Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 2001. 396 p.
208. *Hart H. L. A.* Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Philosophy. New York, 2003. 272 p.
209. *Hart H. L. A.* Law, Liberty and Morality. London, 1963. 88 p
210. *Hart H. L. A.* The Concept of Law. 2nd ed. Oxford, 1994. 315 p.

211. Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman
// *Journal of Law and Society*. V. 32. № 2. 2005. P. 267-293.
212. *Heidemann C.* Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens. Baden-Baden: Nomos, 1997. 368 p.
213. *Heidemann C.* Norms, Facts and Judgments. A Reply to S. L. Paulson
// *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999. V. 19. P. 345-350.
214. *Himma K. E.* Law's Claim to Legitimate Authority // Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law*. P. 271-309.
215. *Hohfeld W. N.* Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays. New Haven: Yale University Press, 1920. 114 p.
216. *Jablonek C.* Kelsen and his Circle: The Viennese Years // *European Journal of International Law*. 1998. Vol. 9. № 2. P. 368–385.
217. *Jelić Z.* A Note on Adolf Merkl's Theory of Administrative Law // *Facta Universitatis. Series: Law and Politics*. 1998. Vol. 1. № 2. P. 147–155.
218. *Kammerhofer J.* Uncertainty in International Law: a Kelsenian Perspective. London: Routledge, 2011. 286 p.
219. *Kletzer C.* Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory // *Ratio Juris*. 2005. V. 18. №. 1. P. 46–63.
220. *Korioth S.* The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany: Introduction // *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley, 2000. P. 41-49.
221. *Koskeniemi M.* Introduction: Alf Ross and Life beyond Realism // *European Journal of International Law*. 2003. V. 14, № 4. P. 653-659.
222. *Kraft J.* Review: Philosophical Essays in Memory of Edmund Husserl / ed. by Marvin Farber // *The Philosophical Review*. V. 51. №. 2. 1942.
223. *Kramer M.* In Defence of Legal Positivism: Law without Trimmings. New York, 2003. 313 p.
224. *Krošlak D.* Vaclav Chytil and his conception of guilt and punishment
// <http://ssrn.com/abstract=1159450>.
225. *Lask E.* Rechtsphilosophie. Heidelberg, 1905. 50 s.
226. *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* / Ed. by A. Marmor. New York, 1997. 463 p.

227. *Lindahl H.* Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Interpretation // *Cardozo Law Review*. V. 24. № 2. 2003. P. 769-798.
228. *Lobban M.* A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. V. 8. A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900. Dordrecht, 2007. 267 p.
229. *MacCormick N.* Institutions of Law: an Essay in Legal Theory. New York, 2007. 317 p.
230. *MacCormick N.*, Norms, Institutions, Institutional Facts // *Law and Philosophy*. 1998. V. 17. P. 301-345.
231. *MacCormick N.* Powers and Power-Conferring Norms // *Normativity and Norms*. P. 493-506.
232. *MacCormick N.* Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth. New York, 2002.
233. *MacCormick N.*, *Weinberger O.* An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986. 229 p.
234. *Marmor A.* Positive Law and Objective Values. New York, 2001.
235. *Mazlish B.* Comte, Auguste (1798-1857) // *Encyclopedia of Philosophy*. 2nd ed. / Ed. by D. M. Berchert. V. 2. New York, 2006. P. 409-414
236. *McKinney J. C.* Constructive Typology and Social Theory. New York, 1966. 250 p.
237. *Merkl A.* Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien; Berlin: Verlag von Julius Springer, 1927. 400 s.
238. *Mindus P.* A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström. Dordrecht, 2009. 271 p.
239. *Niemi M. I.* Facts, Fictions or Reasoning. Law as the Subject Matter of Jurisprudence // *Ratio Juris*. 2003. Vol. 16. № 1. P. 1–13.
240. *Nino C. S.* Some Confusions, surrounding Kelsen's Concept of Validity // *Normativity and Norms*. P. 253-262.

241. Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes, ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. New York: Clarendon Press, 1998. 627 + liii p.
242. Öhlinger T. The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation // Ratio Juris. V. 16. № 2. 2003. P. 206–222.
243. Olivecrona K. Editor's Preface // Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. Uppsala, 1953. P. X-XXVII.
244. Olivecrona K. Is a Sociological Explanation of Law Possible? // Theoria. A Swedish Journal of Philosophy and Psychology. 1948. Vol. 14. P. 168–181.
245. Paulson S. L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory // Oxford Journal of Legal Studies. 1999. V. 19. P. 351-364.
246. Paulson S. L. Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They? // Ratio Juris. 1993. V. 6. № 3. P. 227-244.
247. Paulson S. L. Formalism, 'Free Law' and the 'Cognition' Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation // The University of Queensland Law Journal. V. 27. № 2. 2008. P. 7-39.
248. Paulson S. L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization // Oxford Journal of Legal Studies. 1998. V. 18. P. 153-166.
249. Paulson S. L. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism // The Modern Law Review. V. 59. 1996. № 6. P. 801-802.
250. Paulson S. L. Kelsen on legal interpretation // Legal Studies. 1990. № 10. P. 136-152
251. Paulson S. L. Kelsen's Legal Theory: The Final Round // Oxford Journal of Legal Studies. 1992. V. 12. № 2. P. 265-274.
252. Paulson S. L. Two Problems in Hans Kelsen's Legal Philosophy // Pragmatism, Reason and Norms: a Realistic Assessment. Ed. Kennet R. Westphal. New York: Fordham University Press, 1998. P. 219-242.
253. Paulson S. Kelsen in the Role of Critic // Sprache, Perfomanz und Ontologie des Rechts: Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag /

- hrsg. von Werner Krawietz und Jerzy Wróblewski. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. 488 S.
254. *Paulson S.* On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm // *Ratio Juris*. 2000. Vol. 13. № 3. P. 279–293.
 255. *Pauwelyn J.* Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 522 p.
 256. *Peczenik A.* On Law and Reason. Dordrecht: Springer, 2008. 364 p.
 257. *Pound R.* Fifty Years of Jurisprudence III // *Harvard Law Review*. 1938. Vol. 51. № 5. P. 444–472.
 258. *Priel D.* Farewell to Exclusive-Inclusive Debate // *Oxford Journal of Legal Studies*. V. 25. 2005. № 4. P. 675-696.
 259. *Raz J.* Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms // *Philosophia*. 1976. V. 6 № 3-4. P. 495-504.
 260. *Raz J.* Legal Principles and the Limits of Law // *Yale Law Journal*. 1972. V. 81. P. 823–854.
 261. *Raz J.* Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 2002. 220 p.
 262. *Raz J.* Professor A. Ross and some Legal Puzzles // *Mind, New Series*. 1972. V. 81. № 323. P. 415-421.
 263. *Raz J.* The Authority of Law. Essays in Law and Morality. Hong Kong: Clarendon Press, 1979. 245 p.
 264. *Raz J.* The Concept of a Legal System. Hong Kong: Clarendon Press, 1997. 245 p. + x
 265. *Raz J.* The Concept of Legal System. Hong Kong: Clarendon Press, 1997. 245 p.+x.
 266. *Ross A.* Directives and Norms. London: Routledge & Kegan Paul, 1968. 188 p.
 267. *Ross A.* Imperatives and Logic // *Philosophy of Science*. 1944. V. 11. № 1. P. 30-46.
 268. *Ross A.* On Law and Justice. Berkeley: University of California Press, 1959. 383 p.

269. Ross A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law // *Mind*, New Series. 1969. V. 78. № 309. P. 1-24.
270. Ross A. On the Concepts «State» and «State Organs» in Constitutional Law // *Scandinavian Studies in Law*. V. 5. 1961. P. 113-129.
271. Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* / ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. New York, 1998. P. 147–164.
272. Schlick M. *Problems of Ethics*. New York: Prentice-Hall, Inc., 1939. 217 p.
273. Searle J. R. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. 203 p.
274. Shapiro S. J. On Hart's Way Out // *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law**. P. 149-191.
275. Simmel G. *Einleitung in die Moralwissenschaft: Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe*. B. 1. Berlin, 1892. S. 1-84.
276. Tarski A. The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics // *Philosophy and Phenomenological Research*. 1944. V. 4. № 3. P. 341-376.
277. Timasheff N. S. *Introduction to the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007. 418 p. + XLIII.
278. van de Kirchove M., Ost F. *Legal System Between Order and Disorder*. New York, 1994. 199 p.
279. van Klink B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // *The Tilburg Working Paper Series on Jurisprudence and Legal History*. Working paper 06-03 (<http://www.uvt.nl/eer/papers/WP06-03.pdf>). P. 2-33.
280. Villa V. Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments // *Ratio Juris*. V. 22 № 1. 2009. P. 110-127.
281. Voegelin E. Kelsen's Pure Theory of Law // *Political Science Quarterly*. 1927. V. 42, № 2. P. 268-276.

282. Voegelin E. The Collected Works of Eric Voegelin. V. 4. The Authoritarian State: An Essay on the Problem of the Austrian State. Columbia: University of Missouri Press, 1999. 396 p.
283. Voegelin E. The Collected Works of Eric Voegelin. V.33 The Drama of Humanity / Ed. by W. Petropulos, G. Weiss. London, 2004. 484 p.
284. Vojáček L. Brněnská novokantovská právní škola // Dny práva. 1. vyd. Brno: MU, 2008. S. 542-546
285. Waismann F. Verifiability // Essays on Logic and Language / Ed. by A. Flew. Oxford, 1961. P. 117-144.
286. Waluchow W. J. Inclusive Legal Positivism. New York, 2003. 290 p.
287. Weinberger O. Der semantische, der juristische und der soziologische Normenbegriff // Sprache, Perfomanz und Ontologie des Rechts: Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag / hrsg. von Werner Krawietz und Jerzy Wróblewski. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. S. 435-453.
288. Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991. 276 p.
289. Weinberger O. Normological Inferences and Generation of Legal Norms // Ratio Juris. 1995. V. 8. № 3. P. 261-270.
290. Weinberger O. Reine Rechtslehre: pro und contra (Bilanz aus Anlaß eines Doppel jubiläums) // Memoria del X. Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Vol. VI, Symposia II, México 1982, S. 23-37.
291. Weinberger O. The Expressive Conception of Norms – an Impasse for the Logic of Norms // Law and Philosophy. 1985. № 4. P. 165-198.
292. Weinberger O. The Role of Rules // Ratio Juris. V. 1. № 3. 1988. P. 224-240.
293. Wrathall M. A., Dreyfus H. L. A Brief Introduction to Phenomenology and Existentialism // A Companion to Phenomenology and Existentialism. Oxford, 2006. P. 1-6.
294. Wright G. H., von. Is and Ought // Normativity and Norms. P. 365-382.

III. Диссертационные исследования

295. *Архипов В. В.* Концепция права Лона Л. Фуллера: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01 - теория и история права и государства; история учений о праве и государстве / В. В. Архипов; науч. рук. И. Ю. Козлихин; Санкт-Петербургский государственный университет. СПб., 2009.
296. *Остроух А. Н.* Учение Бентама о праве (автореферат диссертации на соискание учёной степени кандидата юридических наук). М., 2002.
297. *Тимошина Е. В.* Теория и социология права Л. И. Петражицкого: генезис постклассического правопонимания в русской философии права. Диссертация на соискание учёной степени доктора юридических наук. СПб., 2013.
298. *Kletzer C.* The Mutual Inclusion of Law and its Science: Reflections on Hans Kelsen's Legal Positivism. Dissertation for the degree of Philosophical Doctor to the Faculty of Law, University of Cambridge. Cambridge, 2004.