

**Язык правовой доктрины
(в правовой концепции Ганса Кельзена)***

В истории политико-правовой мысли правовой доктрине уделялось различное внимание в зависимости от того значения, которое она имела для построения соответствующих философско-правовых концепций. Значимость правовой доктрины для формирования правового материала, для познания права особенно была подчеркнута в социологии права (равно как и в ее предшественниках – таких как движение «свободного права») и в нормативной философии права. Данный момент является одним из важнейших связующих звеньев между этими двумя разновидностями правового позитивизма; та роль, которую играл язык профессионального общения юристов при создании права, позволяет увидеть сущностное сходство в объяснении механизмов правогенеза сторонниками нормативной и социологической юриспруденции. В этом аспекте та граница, которую зачастую проводят между этими двумя вариантами позитивизма, не представляется непреодолимой, и в то же самое время ставится под сомнение претензия нормативизма на создание «чистого учения о праве», свободного от элементов психологии, социологии, лингвистики и прочих социальных наук.

Противоположность между социологическим и нормативистским пониманием права впервые была акцентирована в дискуссии между Гансом Кельзеном и Ойгеном Эрлихом, где со стороны первого была сформулирована систематическая критика социологической юриспруденции.¹ Данная критика не является репрезентативной, поскольку ее автор делает суждения о социологии права только на основании одной работы, «Основоположения социологии права» (1913), и при этом упускает из вида

[©] К.Ю.н., доцент, заведующий кафедрой теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета — Высшая школа экономики.

* Данное исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ (грант 11-03-00637а) и Фонда академического развития НИУ ВШЭ – Санкт-Петербург.

¹ Дискуссия Ганса Кельзена и Ойгена Эрлиха // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 595-637. См. также: Rottleuthner H. Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich // Krawietz W., Schelsky H. (hg.) Rechtstheorie und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen. Berlin, 1984. S. 521 usw.; Rein U. Rechtssoziologie und Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915-16 // Paulson S.L., Walter R. (hg.) Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Wien, 1986. S. 91 usw.; Antonov M. History of Schism: the debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law. 2011. Vol. 5. P. 5-21.

иные, альтернативные построения в области социологической юриспруденции.² В то же самое время в своих работах Кельзен сам постоянно обращался к социолого-правовым проблемам (таким как механизм действия, эффективность права), к вопросам политической и иной целесообразности применительно к созданию и толкованию права, далеко не всегда оставаясь верным идеалам чистоты учения о праве.³

Кельзен на протяжении всей своей карьеры повторял (с известными вариациями) те критические выпады против социологии права, которые он сформулировал в полемике 1915-1917 гг. с Эрлихом. Так, в «Чистом учении о праве» он утверждает, что «Социология права соотносит изучаемые ею бытийные факты не с действительными нормами, а с другими бытийными фактами (как причинами и следствиями)…, предмет этого познания составляет не право как таковое, но некоторые явления, сопутствующие ему в природе… Чистая теория права – как наука именно о праве – исследует, как уже указывалось, правовые нормы: не бытийные факты, т.е. не направленное на правовые нормы воление или представление о них, но правовые нормы как смысловые единства, объект воли или представления».⁴ В немалой степени такая критика верна в отношении «Основоположения» Эрлиха, но контексте работ других представителей социологии права (М. Вебер, Н.С. Тимашев, Г.Д. Гурвич, Т. Гейгер и др.) такая критика очень сомнительна.⁵ Принцип казуальности играл далеко не ведущую роль в социолого-правовых теориях Вебера, Гейгера или Гурвича, которые отнюдь не связывали право с

² Ср.: Антонов М.В. У истоков социологии права: Ойген Эрлих // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 565-592.

³ На это обращали внимание многие критики Кельзена, особенно четко эта критика была выражена Хартом: *Hart H.L.A. Kelsen Visited // Hart H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, 1983. P. 286-308.* К примеру, Вебер, также так и Кельзен, объяснял действие права через механизмы внутренних смыслов и значений поведения, говоря об «эмпирической значимости, которая состоит в том, что поведение осмысленно ориентируется на их (субъективно осмысленный) смысл и испытывает его влияние» (*Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 637*). То, что в описании он говорил об эмпирических данных, не исключает близости его позиции теории Кельзена, который любую эмпиричность в науке о праве отрицал, но при этом связывал действительность права с вполне социологическими показателями – например, минимальная эффективность (см. ниже).

⁴ *Кельзен Г. Чистая теория права. М., 1987. Вып. 1. С. 66.* Схожие воззрения были высказаны им чуть ранее: *Kelsen H. 1) Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen, 1911; 2) Zur Soziologie des Rechtes // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1912. No 34. S. 601-614.*

⁵ Так, Вебер писал: «когда нормативно значимое в догматическом знании становится объектом эмпирического социологического исследования, оно в качестве объекта лишается своего нормативного содержания и рассматривается как сущее, а не как объективно-правильное значение» (*Вебер М. Избранные произведения. С. 590*), тем самым критикуя с позиций социологии права ту самую точку зрения, которую Кельзен приписывал социологам права. См. об этом: Антонов М.В. Элементы социологии права в чистой теории права Ганса Кельзена // Материалы международной научно-практической конференции «Социология права: идеи, проблемы, перспективы развития» (юридический факультет СПбГУ, 09.12.2011).

«бытийными фактами» и также акцентировали значимость внутренних смыслов права.⁶ Стоит отметить, что Эрлих через несколько лет опубликовал отрывки из незавершенной третьей части⁷ своей трилогии (первая – «Юридическая логика» (1918), вторая – «Основоположение социологии права»⁸) о социологии права, где признал некорректность некоторых тезисов «Основоположения» и указал на необходимость изучения средств правового общения как на ключ к пониманию социальной природы права, возвращаясь к базовым постулатам течения «свободного права».⁹ Реакции Кельзена на такое изменение научной позиции его визави по дискуссии не последовало, равно как и дальнейшее развитие социологии права осталось без внимания австрийского правоведа, который даже не находил нужным в своей повторяющейся критике цитировать новые работы по этой тематике.

Для понимания скрытых мотивов кельзеновской критики важно то, что утверждения о возможности познания права через изучение эмпирических фактов для этого мыслителя означали смешение двух разнородных порядков: права и силы.¹⁰ Это первая точка отталкивания, на которой Кельзен строил чистое учение о праве. Другой точкой служил тезис о недопустимости смешения права и политики, то есть протест против введения в право ценностных суждений о целесообразности, моральности и т.п. Эти две точки образовывали для австрийского правоведа систему координат, к которой он привязывал свою теорию права, полагая построить ее на «научных основаниях», то есть избегая Сциллы и Харибды двух обозначенных им подходов. Но вместо того, чтобы избегать крайностей этих подходов, Кельзен отверг их основополагающие принципы, руководствуясь при этом не детальным исследованием предпосылок

⁶ Особенно в этом ряду выделяются концепция юридического опыта Г.Д. Гурвича и понимающая социология права М. Вебера, не говоря уже о новых прочтениях социологии права (напр.: *Luhmann N. Die soziologische Beobachtung des Rechts. Frankfurt a/M., 1986*). См об этом: *Tur R. The Kelsenian Enterprise // Tur R., Twining W. (eds.) Essays on Kelsen. Oxford, 1986. P. 150-182; Shivakumar D. The Pure Theory as Ideal Type: Defending Kelsen on the Basis of Weberian Methodology // Yale Law Journal. 1996. No 105. P. 1383-1414.*

⁷ Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. Четыре отрывка из незавершенной работы "Теория судейского нахождения права" (1918) // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 332-375.

⁸ Подробнее см.: Антонов М.В. Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 9-63.

⁹ См.: Антонов М.В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 320-331.

¹⁰ Ср.: *Kelsen H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1920. S. 256 usw.* Хотя первое не обязательно предполагает второе – как известно, самый последовательный эмпиризм (к примеру, «гиперэмпиризм» правовой социологии Г.Д. Гурвича) вполне совместим с тезисом об институциональной независимости права, о невозможности сведения права к ряду принуждения. Критикуемая Кельзенем модель воспроизводит ход мыслей Дж. Остина и его учителя И. Бентама, но опять-таки критика эмпирического понимания права на основе концепций этих теоретиков уже в начале XX века не могла претендовать на репрезентативность.

социологической или естественно-правовой теорий, а воображаемыми непреодолимыми границами между тремя подходами.¹¹ Характерным примером такого «ложного» (в том смысле, что для него отсутствовали реальные методологические основания) противоположения чистого учения о праве по отношению к другим подходам, и в частности к социологической юриспруденции, является вопрос о языке права, то есть о роли и условиях применения средств общения (значений, знаков, символов) в области права.¹²

Кельзен исходил из того, что в основе нормативного порядка человеческого поведения лежит принцип вменения (*Zurechnung*), противоположный принципу причинности в естественных науках (к числу которых он относил и социологию). Вменение связывает между собой два акта человеческого поведения, это – «связь некоторого поведения с правовым последствием через особую систему правовых смыслов».¹³ Собственно, нормой (в отличие от факта) является «смысл акта вменения, которым нечто предписывается и, следовательно, которым между фактами впервые устанавливается функциональная связь, описываемая правовым высказыванием».¹⁴ Правовые высказывания о том, что люди должны вести себя определенным образом, относятся «к специфическому смыслу, которым обладает бытийный факт подобного акта воли».¹⁵ Именно в этом смысле и заключается сущность права. При этом важно, что данный смысл не является некоей трансцендентной вещью в себе, он раскрывается исследователю, юристу в системе права, в правопорядке, который представляет собой единство статического (иерархическое строение) и динамического (система управомачивания) аспектов права.

Система таких смыслов и актов опосредуется особыми лингвистическими средствами – правовыми высказываниями, суждениями, нормами, в общем – языком права, употребление которого позволяет отличить науку о праве от всех других социальных наук: «учение о праве описывает нормы, составляющие смысл этих актов, причем описывает их в форме правовых высказываний, т.е. законов, которые констатируют не каузальную связь, но связь, называемую вменением».¹⁶ Границы

¹¹ Основной границей для Кельзена был неокантианский водораздел между науками о духе и о природе (ср.: *Kelsen H. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1916. No 40. S. 1181-1239*).

¹² См. соответствующую критику в адрес Кельзена: *Klenner H. Rechtsleere. Verurteilung der Reinen Rechtslehre. Frankfurt a/M., 1972*.

¹³ *Кельзен Г. Чистая теория права. Вып. 1. С. 50*.

¹⁴ Там же. С. 53.

¹⁵ Там же. С. 68.

¹⁶ Там же.

науки о праве были для Кельзена границами самого права – постольку, поскольку право как «социальное явление» для мыслителя не представляло интереса в ракурсе чистого учения о праве. Вместе с тем, в вопросе о языке права австрийский правовед занимал позицию, которая во многом была близка идеям течений «свободного права» и социологии права, а также аналитической юриспруденции.¹⁷

В первую очередь, здесь важен вопрос толкования права, где Кельзен выступает с жесткой критикой «механической юриспруденции»,¹⁸ которая полагает возможным толковать нормы права как если бы они были заданными и неизменными фактами.¹⁹ Он утверждает, что «конкретное действие получает свой специфически юридический смысл, свое собственное правовое значение в силу существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования».²⁰ Это истолкование не является механическим применением законов причинности на область социального общения и поэтому не может быть предсказано правовой наукой, компетенция которой сводится только к установлению множества возможных значений, применимых к данному акту (см. ниже). Здесь Кельзен возвращается к вопросу о полисемантическом значении языка права, которое может быть объяснено только через отсылку к социальным условиям правового взаимодействия, где сформулированы соответствующие нормы.²¹ И в этом он, очевидно, был неоригинален по сравнению с социолого-правовым подходом.

Наиболее узнаваемый образ кельзеновского учения о праве – обоснование валидности (логической и юридической действительности) правовой нормы путем отсылки к вышестоящей норме и так далее по иерархии (*Stufenbau*). Но такое обоснование у Кельзена, как было показано выше, не является механическим, а предполагает выявление смысла нормы, акта и правомочия к каждой правовой ситуации путем толкования права. Толкование означает распространение некоего юридического смысла на социальные отношения, точнее проецирование этого смысла на отношения, которые уже имели место к моменту толкования. Юридический смысл

¹⁷ См. попытку истолковать чистое учение о праве Кельзена как вид аналитической философии права, основанный на теории речевых актов: *Van Roermund B. Instituting Authority. Some Kelsenian Notes // Ratio Juris. 2002. No 15. P. 206-218.* Позицию самого Кельзена см.: *Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 432-453.*

¹⁸ Выражение Роско Паунда: *Pound R. Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. 1908. No 8. P. 605-623.*

¹⁹ См.: *Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925. S. 231-244.*

²⁰ *Кельзен Г. Чистое учение о праве. М., 1987. Вып. 1. С. 8.*

²¹ *Conclin W.E. Hans Kelsen on Norm and Language // Ratio Juris. 2006. No. 19. P. 101-126.*

таких отношений не меняет природы самих этих отношений, но образует систему правомочий и обязанностей, которые являются первичными для данной системы права (правопорядка). Эти первичные правомочия и обязанности путем вменения связываются в единое логическое целое, в общие нормы, а задача толкования заключается в установлении связи между отдельными высказываниями и нормами.²² В конечном итоге, несмотря на все усилия разграничить должное и сущее, Кельзен вынужден был признать связь между действенностью и действительностью права,²³ между актами толкования права и социальными отношениями, к которым эти акты отсылают. Концепция «минимальной действенности права» и теория толкования как распространения юридических смыслов на социальные отношения являются показательными примерами такого «примирения» между социологической и нормативистской юриспруденцией. Границы между чистым учением о праве и социологией права в этой перспективе становятся достаточно призрачными, но Кельзен тем не менее хочет их сохранить, критикуя традиционные каноны толкования.

Эти каноны, где тот или иной вариант понимания правовой нормы принимается или отвергается в зависимости от нравственных и иных убеждений толкователя, либо реконструируется как «замысел законодателя», Кельзен отвергает как метафизические, как основанные на смешении права с политикой и идеологией.²⁴ Но, несмотря на часто формулируемые в отношении Кельзена упреки,²⁵ его позиция отнюдь не сводится к сухому формализму юриспруденции понятий. Как Кельзен отмечает в вышедшей в 1929 году статье: «Рассматривать чистую теорию права как разновидность юриспруденции понятий – нередко встречающийся упрек – есть действительно достойное сожаления заблуждение».²⁶ В полемике с Карлом Шмиттом он указывает на ошибочность такого понимания судебного процесса, когда «судебное решение представляется как заранее заданное в предписаниях закона и выводимое из них путем логических операций..., а суд видится как своего рода аппарат по раздаче права».²⁷ При этом Кельзен категорически возражает против этатистской концепции права Шмитта,

²² См.: *Green M.S.* Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems // *Alabama Law Review*. 2003. No 54. P. 365-413; *Paulson S.L.* Kelsen on Legal Interpretation // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1990. No 10. P. 136-152.

²³ Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 2. С. 89-92.

²⁴ Ср., напр.: *Kelsen H.* Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Berlin, 1928. S. 26 usw.

²⁵ Этот упрек Кельзену в формализме и дедуктивизме (выведении правовых норм из правовых понятий) с легкой руки Р. Паунда (*Pound R.* Law and the Science of Law in Recent Theories // *Yale Law Journal*. 1933-1934. No 43. P. 525-532) крепко укоренился в американском правоведении и до настоящего времени часто воспроизводится в работах по юриспруденции.

²⁶ *Kelsen H.* Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre // *Juristische Wochenschrift*. 1929. No 58. S. 1723.

²⁷ *Kelsen H.* Wer soll der Hüter der Verfassung sein? // *Die Justiz*. 1930-1931. No 6. S. 576.

который находил в государстве единственного создателя и гаранта права, и указывает на творческую роль сообщества юристов, которое путем толкования находят право.²⁸

Схожая критика в отношении юриспруденции понятий была сформулирована Франсуа Жени, Германом Канторовичем и другими представителями движения «свободного права». Так, Канторович пишет: «Если бы судебное решение можно было бы предвидеть, то тогда не было бы судебных процессов и самих судебных решений, поскольку никто не стал бы подавать иск, обреченный на отклонение».²⁹ Причем речь шла не об отвержении правовых текстов как источников права и нашего знания о праве, о чем патетически заявлял Эрлих в полемике с Кельзеном,³⁰ о чем говорил Канторович в ответах своим критикам.³¹ Свободное нахождение права судьями позволяло видеть не только статическую, но и динамическую картину формирования правовой материи – цель, которую ставил себе и Кельзен (см. выше). Здесь интересно отметить, что не только направленность критики против механического видения права и процессов судоговорения, но и само ее содержание во многом совпадало у сторонников свободного права и чистой теории права (среди последних не только Кельзен, но и его ученики – Адольф Меркль, Альфред Фердросс и др.). На это совпадение первым обратил внимание ученик Кельзена Фриц Шрейер в опубликованной в 1929 году статье.³² Речь идет о критике таких основополагающих элементов традиционного учения о толковании права, как уяснение смысла правовых текстов, использовании аналогии, презумпций и фикций в праве, концепции права как средства разграничения интересов и др.³³

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Kantorowicz H. (Gnaeus Flavius) Der Kampf um die Rechtswissenschaft.* Heidelberg, 1907. S. 43.

³⁰ Эрлих О. Возражение // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 638-635.

³¹ *Kantorowicz H. Die Kontra-Legem Fabel // Deutsche Richterzeitung.* 1911. No 3. S. 258 usw.

³² *Schreier F. Freirechtslehre und Wiener Schule // Die Justiz.* 1929. No 4. S. 321 usw. См. также: *Luzzati C. Discretion and "Indeterminacy" in Kelsen's Theory of Legal Theory // Giangormaggio L. (ed.) Hans Kelsen's Legal Theory: A Diachronic Perspective.* Turin, 1990. P. 123 ff.; *Koch H.-J. Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung // Zeitschrift für Verwaltung.* 1992. S. 1-13; *Walter R. 1) Die Entwicklung der reinen Rechtslehre und das Auslegungsproblem // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.* 1984. No 20. S. 129-133; 2) *Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie // Festschrift für Nobert Braumüller.* Wien, 1993. S. 191-207; *Mayer H. Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre // Walter R. (hg.), Schwerpunkte der reinen Rechtslehre.* Wien, 1992; *Jestaedt M. Wie das Recht, so die Auslegung // Zeitschrift für Öffentliches Recht.* 2000. S. 133-158; *Paulson S.L. Formalism, Free Law, and the Cognition Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation // Queensland Law Journal.* 2008. No 27(2). P. 7-39.

³³ У Канторовича эта критика сформулирована: *Kantorowicz H. (Gnaeus Flavius) Der Kampf um die Rechtswissenschaft.* S. 5-43; у Кельзена наиболее показательная критика дана в статье 1934 года: *Kelsen H. Zur Theorie der Interpretation // Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts.* 1934. No 8. S. 9-17. См. об этом: *Paulson S.L. Formalism, Free Law, and the Cognition Quandary.* P. 20-23.

Еще одним из ключевых пунктов схождения взглядов Кельзена и сторонников «свободного права» является их отношение к проблеме пробелов в праве. Для Канторовича, Эрлиха, Паунда и других «социологически настроенных» мыслителей источник права находился в обществе, поэтому право не могло содержать в себе пробелов – писаное право было лишь небольшой частью огромного массива социального права, права в действии, которое по определению беспробельно. Поэтому при отсутствии ответа на конкретный юридический вопрос в официальном праве достаточно обратиться к социальным источникам права, к разграничению интересов, к фактически действующим правилам решения споров. Чем, собственно, и был призван заниматься судья с точки зрения концепций «свободного права».

На протяжении большей части своей научной карьеры Кельзен также склонялся к беспробельному видению права, черпая из теории толкования основные аргументы в обоснование своей позиции. Для него толкование права правоприменителями всегда подразумевало создание нового права *ad hoc*, а именно – введение в правовой порядок новой правовой нормы под прикрытием расширительного толкования прежней нормы. Функцией толкования всегда является изменение или замена толкуемой нормы на лучшую, более правильную норму, такую, какой должна быть, по мнению правоприменительного органа, норма для данного случая.³⁴ Хотя с общепринятой точки зрения, судья и другой интерпретатор нормы не создают новое право, а лишь устанавливают, выявляют право уже существующее, по сути, как убежден Кельзен, толкование является способом правотворчества, которое особо полезно в тех случаях, когда официальное право запрещает или затрудняет введение законодательных новаций в отдельные правовые акты или нормы (типичный случай – толкование конституционных норм).³⁵

Такое толкование всегда предполагает привнесение ценностных суждений о том, каким должно быть право – в рамках чистого учения о праве это абсолютно недопустимо и поэтому такое толкование из сферы науки о праве Кельзен переносит в

³⁴ «В любом случае, неопределенность правового акта может невольно повлечь следствия для природы той нормы, которая должна быть применена в силу этого акта. Именно здесь прежде всего проявляется полисемия некоего слова или набора слов, через которые выражается норма: лингвистический смысл нормы не является однозначным; применяющий норму орган находит в ней множество значений» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960. S. 348*).

³⁵ Так, Кельзен пишет: «путем аутентичного толкования, то есть толкования со стороны того правового органа, которому надлежит применять норму, возможно осуществить не только одну из возможностей, обнаруженных в ходе мысленного толкования применяемой нормы, но и возможно также создать еще одну норму, которая полностью выходит за рамки того, чем является исходная применяемая норма» (*Ibid. S. 346*).

сферу правоприменения. Истинное знание о праве не может дать единственно верный на вопрос о том, какой вариант толкования следует выбрать из всего многообразия смыслов, которое может быть заложено в толкуемой правовой норме: «Задачей научного комментария является, прежде всего, нахождение с помощью критического анализа всех возможных значений той нормы права, которая подвергается толкованию. Далее, нужно показать следствия, вытекающие из таких значений, оставив при этом компетентным органам выбор того варианта толкования из всех возможных вариантов – того варианта, которое эти органы по политическим мотивам сочтут предпочтительным и которое только эти органы вправе выбрать».³⁶ Поэтому нельзя научным путем получить что-то иное, кроме как знание всех возможных значений, которыми может обладать та или иная правовая норма.³⁷ Научное толкование предполагает выведение любых, даже политически или морально предосудительных вариантов толкования нормы права, и отказ на этом этапе от любых ценностных суждений. Но насколько применимо на практике так понимаемое «научное толкование» и насколько оно допустимо при толковании юристом правового текста? Характерно, что собственные попытки Кельзена толковать право – на примере Устава ООН – совершенно не были основаны на теоретических постулатах чистого учения о праве и обнаруживали политические и нравственные предпочтения автора. Для многих исследователей – это показатель неэффективности кельзеновской теории толкования.³⁸

Научное толкование права Кельзен отличает от толкования аутентичного, то есть от выбора правоприменительным органом того или иного из имеющихся значений (смыслов) правовой нормы. Аутентичное толкование отличается от научного за счет того, что, во-первых, в нем возможен выбор на основе ценностных, политических и иных предпочтений и, во-вторых, такое толкование является юридически значимым, то есть действительно связывает, обязывает субъектов права, создавая для них индивидуальную норму поведения.³⁹ При этом для Кельзена важно, что само по себе познание не создает право (как полагали сторонники юриспруденции понятий) – право создается благодаря воле и через волю. Воля здесь понимается не в психологическом

³⁶ Kelsen H. The Law of the United Nations. London, 1950. P. XVI.

³⁷ См.: Bulygin E. Cognition and Interpretation of Law // Gianformaggio L., Paulson S.L. (ed.) Cognition and Interpretation of Law. Turin, 1995.

³⁸ См.: Schachter O. Review of Kelsen, The Law of the United Nations // Yale Law Journal. 1951. No 60. P. 189 ff.; Paulson S.L. Formalism, Free Law, and the Cognition Quandary. P. 27-29.

³⁹ Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1934. § 36.

смысле, а как наделение правомочиями, осуществляемое через идеальную лингвистическую форму правовой нормы.⁴⁰

Такая позиция сформулирована австрийским мыслителем в полемике не только с Шмиттом, но и с Эрихом Кауфманом, Германом Геллером, Рудольфом Змендом, другими ведущими немецкими государствоведами той эпохи о путях и возможностях познания государства и его воли, якобы выраженной в праве.⁴¹ В своей борьбе против натурализма и психологизма в праве Кельзен считает абсолютно невозможным рассматривать государство как историко-эмпирическую реалию, способную обладать единой волей и выражать ее в правовых установлениях.⁴² При этом австрийский мыслитель изначально отказывается от привычного «волевого» подхода к толкованию, где в качестве смыслообразующего ядра правовой нормы предполагается воля законодателя, которую юристу должно найти и изложить.⁴³ Кельзен пишет: «Воля в этом отношении есть нечто иное, чем просто так называемый психологический факт..., а наделение юридической действительностью в зависимости от того, является ли нечто предметом воли или нет, ведет к грубой ошибке».⁴⁴

Если возвратиться к научному познанию права, то его функцией является интеграция, объединение знания о праве, и в этом отношении Кельзен остается преимущественно в русле неокантианской философии: «Правоведение как познание права, подобно всякому познанию, имеет конститутивный характер и потому "создает" свой предмет постольку, поскольку понимает его как исполненное смысла целое. Подобно тому, как хаос чувственных восприятий превращается в космос, т.е. в целостную систему природы лишь в результате упорядочивающего научного познания, точно так же и множество созданных правовыми органами общих и индивидуальных правовых норм (т.е. материал, которым располагает правоведение) лишь в результате познания правоведением превращается в единую, непротиворечивую систему, в правопорядок. Но это "создание" носит чисто теоретико-познавательный характер. Это

⁴⁰ Cp.: Paulson S.L. The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law // Law and Philosophy. 2000. No 19. P. 139-155.

⁴¹ Можно во многом согласиться с Робертом Вальтером, который небезосновательно указал на то, что кельзеновская теория толкования есть, по большому счету, полемический ответ на современные ему «традиционные» учения о толковании права, основанные на предполагаемой возможности найти и раскрыть «волю законодателя» (см.: Walter R. Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre // Kohlmann G. (hg.) Festschrift für Ulrich Klug zum 70 Geburtstag. 1983. No. 1. S. 187 usw.).

⁴² Kelsen H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. S. 244 usw.

⁴³ См. его первую значимую научную работу: Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen, 1911. S. 162-188.

⁴⁴ Ibid. S. 133.

совсем не то, что создание предметов человеческим трудом или создание права властной инстанцией».⁴⁵

Но откуда берется это единство, если оно не задано ни фактами, историческими, эмпирическими условиями, ни высшей моралью или религией? Для сохранения чистоты учения о праве Кельзен вынужден искать третий, путь между классическим позитивизмом и естественно-правовыми теориями – путь логики права.⁴⁶ И этот путь вновь ведет мыслителя к вопросу о волевом содержании права. В одной из своих ранних работ он пишет: «Нельзя забывать, что правовая система как единство всех правовых норм должна быть логически закрыта. То есть, быть непротиворечивой системой... Единство нормативной системы есть постулат того, что эта система понятна, доступна для изучения, есть логическое предположение того, что все нормативное познание (то есть познание, направленное на нормы) является ничем иным, как единством управляющей воли».⁴⁷

Итак, единство права создает не эмпирическая воля конкретного законодателя (парламента) и не метафизическая воля народа или иного верховного носителя суверенитета – речь идет о волеии как объективной функции правопорядка. Это достаточно сложная конструкция, которая вызвала множество споров между исследователями творчества Кельзена.⁴⁸ В полемике с Б. Виндшейдом, предложившим в начале XX века новое прочтение «волевой» теории толкования, Кельзен утверждает, что не воля является условием действительности правовой нормы, а, наоборот, действительность нормы (то есть ее соответствие более высокой в правопорядке норме⁴⁹) есть индикатор того, что эта норма создана волей законодателя. «Свойство действительности служит когнитивной основой для того, чтобы признать волю, направленную на эту норму. В этом отношении воля рассматривается как нечто иное, чем просто так называемый психологический факт».⁵⁰ Воля в данном аспекте оказывается синонимом юридической валидности, что в конечном итоге приводит

⁴⁵ Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 48.

⁴⁶ См.: Raz J. The Purity of the Pure Theory // *Revue internationale de Philosophie*. 1981. No 35. P. 441-459. См. также: Beyleveld D., Brownsword R. Normative Positivism: The Mirage of the Middle Way // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1989. No 9. P. 463-512.

⁴⁷ Kelsen H. Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft // *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1913. No 31. S. 200.

⁴⁸ Ср.: Hughes G. Validity and the Basic Norm // *California Law Review*. 1971. No 59. P. 695-714.

⁴⁹ Тут стоит уточнить, что, согласно меткому замечанию Стенли Полсона, соответствие вышестоящей норме и, в конечном итоге, основной норме есть достаточное условие действительности, но не есть условие необходимое, поскольку в правопорядке могут встречаться случаи, когда норма формально является действующей, хотя и не соответствует высшим нормам (Paulson S.L. On the Puzzle surrounding Hans Kelsen's Basic Norm // *Ratio Juris*. 2000. No 13. P. 279-293).

⁵⁰ Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. S. 133.

Кельзена к отождествлению права и государства⁵¹ – государство есть выражение единства права, персонификация правовой системы.⁵²

Опять-таки, нельзя забывать, что это не социологическое или политологическое объяснение права и государства – в рамках чистого учения о праве Кельзен ставит вопрос исключительно об условиях познания права, о способе упорядочивания позитивно-правового материала, подчеркивая, что логическое единство права не есть факт или норма, а лишь «предпосылка познания права»,⁵³ «фундаментальная аксиома любого нормативного познания».⁵⁴ До последнего периода своего творчества (до середины 60-х годов XX века) Кельзен считал, что это логическое единство также опирается на единство правопорядка, которое задано принадлежностью всех норм правопорядка к основной норме, а эта последняя «конституирует единство некоего множества норм»,⁵⁵ являясь основанием действительности всех остальных норм. И в этом смысле «функция основной нормы состоит в истолковании субъективного смысла правовых актов как их объективного смысла».⁵⁶ Но в «Общем учении о нормах» данное положение уже не защищается мыслителем, который рассматривает основную норму только как условие познания права, как необходимую для такого познания фикцию.⁵⁷

Исключительно эпистемологическая функция постулата логической полноты права (по последней версии кельзеновского учения о праве) позволяет лишь реконструировать систему позитивно-правовых предписаний, объяснять их нормативную природу, но не дает возможности привносить в право что-то новое, менять содержание норм, в том числе устранять из позитивно-правового материала неточности, неясности и противоречия, которые (что несомненно и для Кельзена) присутствуют в существующих правопорядках. Данный момент – ограниченность научного познания права и возможность устранения противоречий в праве только путем аутентичного толкования – неоднократно подчеркивается Кельзеном (см. выше). Таким перенесением функции открытия⁵⁸ (создания для конкретных ситуаций) права из

⁵¹ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. М., 1988. Вып. 2. С. 111-152.

⁵² Kelsen H. Das Verhiiltnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik // Klecatsky H. et al. (ed.) Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. 1968. S. 96.

⁵³ Kelsen H. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. S. 26.

⁵⁴ Kelsen H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. S. 111.

⁵⁵ Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 2. С. 69.

⁵⁶ Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 100.

⁵⁷ Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. См. об этом: Paulson S.L. Kelsen's Legal Theory: the Final Round // Oxford Journal of Legal Studies. 1992. No 12. P. 265-274.

⁵⁸ Здесь термин «открытие» употребляется в том смысле, в котором он был введен для характеристики теории толкования Кельзена Р. Гуастини и С. Полсоном (Guastini R. Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation // Cognition and Interpretation of Law. Gianformaggio L., Paulson S.L. (ed.) 1995. P.

области правовой науки в область практического правоприменения и объясняется главенствующая роль в концепции Кельзена актов применения права. В терминологии Кельзена речь идет об индивидуальных нормах права, которые вводятся в правовой порядок путем толкования общих норм права.

Даже если согласиться с этой конструкцией, перед Кельзеном оставался вопрос о том, как установить действительность (валидность) нормы как соответствие вышестоящей норме, и тем самым установить действительный статус рассматриваемого лингвистического акта (будет ли это норма, нормативное высказывание, обывательское мнение или нечто иное). Однозначного решения этого вопроса в чистом учении о праве нет. Можно вообще такое усмотрение из области права, конструируя процесс толкования как автоматическую передачу объективного смысла правовых норм посредством юрисдикционных органов. Но тогда мы возвращаемся к механической схеме юриспруденции понятий, где решения правоприменителя изначально предопределены существующими правоположениями. Этот выход не устраивает Кельзена, хотя нередко по ошибке ему приписывается.

Австрийский правовед неоднократно признавал невозможность регулирования с помощью общих норм: «Норма не может предопределять всех деталей ее применения на практике. Должно оставаться достаточное, более или менее широкое, пространство для усмотрения с тем, чтобы вышестоящая норма, на которую направлен акт правоприменения, оставалась бы некоей рамкой, заполняемой посредством правоприменительного акта».⁵⁹ Но если у правоприменителя остается усмотрение для наполнения «рамки» индивидуальной правовой нормы любым содержанием, то тезис о логическом единстве права рушится или, как минимум, попадает под сомнение. Тогда оказывается, что любое толкование имеет оценочный характер, содержание нормы не отражает объективного смысла правового текста, а репродуцирует волю толкователя, связанную с выбором одного из возможных значений текста. Тогда право и политика не могут быть четко разграничены, поскольку создание правовых норм через толкование всегда предполагает наличие некоей политической воли. Именно данную логику позднее развила французская неореалистическая школа толкования во главе с

107 ff.; *Paulson S.L.* Formalism, Free Law, and the Cognition Quandary. P. 34 ff. Речь идет о противопоставлении двух функций толкования – создание индивидуальных норм (открытие, *discovery*), работа юриста, с одной стороны, и объяснение права, его свойств (обоснование, *justification*), работа философа, с другой стороны.

⁵⁹ См. об этом: *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. 1934. § 113.

Мишелем Тропером (в противовес кельзеновской теории толкования).⁶⁰ В этом отношении можно вспомнить недавний спор о пределах и основаниях толкования права во французской правовой доктрине между Тропером и сторонником нормативной философии права Отто Пферсманом,⁶¹ который защищал кельзеновскую теорию толкования от неореалистической интерпретации.⁶²

Не решает проблему и введение неких общих принципов, которые руководят выбором правоприменителя между множеством альтернатив толкования. Эти принципы, во-первых, нарушили бы антиидеологическую чистоту кельзеновской теории права и представляли бы собой нечто подобное юснатуралистическим схемам (показательным примером такого хода мысли является концепция Р. Дворкина). Во-вторых, такое решение было бы паллиативом, поскольку необходимо было бы определить статус этих принципов либо как эпистемологических условий познания права (как основная норма), либо как валидных правовых установлений, которые обладают юридической силой в данной правовой системе и относятся к высшему уровню правовых норм. Пытаясь выйти из данной ситуации, Кельзен предложил несколько вариантов решения, одним из которых является теория альтернативных правовых предложений.

Если законодательная норма принята с нарушением регламента или имеет противное конституции содержание, либо если судебное решение опирается на неправильное прочтение закона или вообще не опирается на право, то во всех этих случаях можно сказать, что такие законы и решения являются ничтожными, поскольку не имеют основания своей действительности ни в основной норме правового порядка, ни в других вышестоящих нормах. Хотя при этом данные законы и решения могут обладать действительностью, эффективностью в смысле обеспеченности их исполнения принудительной силой. Подобная доктрина ничтожности антиконституционных законов и незаконных решений достаточно распространена и, как кажется, вполне стыкуется с концепцией Кельзена. Но мыслитель отвергает данное видение права, поскольку в вопрос о действительности права тем самым, с одной стороны, вносились

⁶⁰ См.: Антонов М.В. Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера) // Сборник трудов Лаборатории сравнительно-правовых исследований НИУ ВШЭ – Санкт-Петербург. СПб., 2011.

⁶¹ Pfersmann O. Contre le néo-réalisme juridique: Pour un débat sur l'interprétation // Revue française de droit constitutionnel. 2002/2. No 50. P. 279-334; Troper M. Réplique à Otto Pfersmann // Revue française de droit constitutionnel. 2002/2. No 50. P. 335-353; Pfersmann O. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper // Revue Française de Droit Constitutionnel. 2002/4. No 52. P. 759-788.

⁶² В некоторых работах Кельзена можно найти сильные доводы в пользу такой интерпретации. Ср.: Kelsen H. Was ist ein Rechtsakt? // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. 1951-1952. S. 263-274.

бы ценностные суждения (о конституционных ценностях, о соответствии духу законов и т.п.), и с другой стороны, пришлось бы признать существование юридически действующих, но недействительных законов, что представляет собой противоречие в термине.

Такие правовые предложения, которые фактически введены в правовой порядок, но несут в себе формальный или содержательный дефект, Кельзен объявляет «альтернативными» в том смысле, что «законодатель правомочен конституцией либо напрямую применять нормы конституции, либо применять иные нормы, которые сочтет нужным».⁶³ То есть, неконституционные правовые нормы, равно как и неправовые решения будут действительными до момента их формальной отмены (другим законом, другим судебным решением), а их юридическая действительность обусловлена косвенным правомочием, которое дается конституцией на создание норм с любым содержанием. «Конституционные положения о процедуре законодательства и содержание будущих законов не предполагают, что законы могут быть созданы только путем и только с содержанием, предусмотренными конституцией. Конституция управомачивает законодателя на создание законов иным способом и с иным содержанием».⁶⁴ Здесь особенно важна роль доктрины, которая путем систематического критического пересмотра таких законов и решений наполнит содержанием существующие в правовом порядке альтернативные правовые предложения.

Чистое учение о праве Кельзена поставило себе задачей освобождение правоведения от чуждых элементов иных научных дисциплин, занятых фактическим, а не нормативным бытием права (разумеется, речь шла о чистоте именно науки о праве, а не самого права, в котором Кельзен никогда не отрицал наличия социоисторического, этического, политического содержания). Такая амбициозная задача представлялась все менее выполнимой по мере того, как австрийский мыслитель развивал свою правовую теорию. Чтобы не вносить оценочные суждения и эмпирический материал в чистое учение о праве, Кельзен переносил эти суждения и материал в область правотворчества и правоприменения. Научной основой для работы с этим материалом и формирования таких суждений вместо чистого учения о праве, по мысли Кельзена, должна была стать правовая доктрина, которая опосредовала правовые процессы и могла включать в себя социологические, этические, политические и иные критерии для оценки эффективности правовых положений, поиска и выбора смысла норм, для выполнения других задач, которые

⁶³ *Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge, 1945. P. 156.*

⁶⁴ *Ibid.*

чистое учение было не в состоянии выполнить. Данная часть теории Кельзена осталась сравнительно неразвитой, элементы воззрений Кельзена на правовую доктрину не собраны воедино, а разбросаны в различных произведениях по разным тематикам. Среди этих тематик особое место занимают вопросы толкования права, полноты и непротиворечивости права, неконституционных законов, которые были вкратце освещены в настоящей статье.