

УДК 34:94(4)

ББК 67.3(4)

Нормативистская концепция права Х. Кельзена: облик современной юриспруденции

И.Н. Васев

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Character of Modern Jurisprudence

I.N. Vasev

Altai State University (Barnaul, Russia)

Описывается состояние современной юриспруденции как позитивистской (нормативистской) по преимуществу. Указывается на определяющую роль учения австрийского юриста Х. Кельзена (1881–1973) в формировании представления о «чистом праве» в середине XX в. Нормативизм провозглашает основными качествами права системность, логичность, беспробельность. Однако данные качества права устанавливаются лишь ценою отказа от религиозно-нравственной предыстории права. Провозглашаемая в настоящее время в качестве преимущественной естественно-правовая концепция (в т.ч. косвенно в тексте Конституции РФ) в действительности не определяет практики правоприменения. Итогом такого утилитарного подхода к праву станет его полное «очищение», в терминологии Х. Кельзена, когда содержание конкретной нормы права будет определяться не вневременными ценностями, а целесообразностью. Принципы справедливости, человеколюбия, милосердия, доброй совести и нравственности, провозглашаемые законом, в действительности приобретают новое — негуманное содержание. «Чистое учение о праве» Х. Кельзена продолжает доминировать в отечественном правоведении.

Ключевые слова: нормативизм, позитивизм, «чистое учение о праве» Х. Кельзена, школы права, правопонимание.

DOI 10.14258/izvasu(2017)6-01

XX в. по замыслу архитекторов проекта «модерн» должен был стать апофеозом человеческой истории, «триумфом воли». Первая мировая война была принята за досадную случайность на этом пути, Вторая — с очевидностью означала крах проекта. Человек не смог ужиться с самим собой без Бога. На доставшемся ему в рамках эксперимента нетро-

The article describes the state of modern jurisprudence as mainly positive (normative). Further the article shows the crucial role of Austrian jurist Hans Kelsen's (1881–1973) theory in forming the idea of “pure law” in the mid-20th century. Normativity declares systematic, logic and gapless character of law as its basic qualities. However, these qualities of law are formed only at the expense of denial of religious and moral prehistory of law. The concept of natural law (including the one implied in the text of the Constitution of the Russian Federation) is currently declared as primary, though in fact it does not determine any practice of law enforcement. The result of such utilitarian view of law will be its total “purification” in Hans Kelsen's terms when the content of a specific rule of law will be determined not by timeless values, but by expediency. The principles of justice, humanity, mercy, good faith and morality declared by law acquire, in fact, a new — inhumane — content. Hans Kelsen's Pure Theory of Law continues to dominate in the national science of law.

Key words: normativity, positivism, Hans Kelsen's Pure Theory of Law, law schools, legal consciousness.

нотом острове Утопия (Нигдея) «человек разумный» построил не библиотеку и музей, а концлагерь и психиатрическую больницу [1; 2].

В рамках этого «восхождения» человека к вершинам своей самостийности немалую роль сыграла европейская юриспруденция. Она давно уже попала в гравитационное поле позитивизма и в своем развитии

также должна была вместе с материнской цивилизацией пережить ее взлеты и падения. Имя австрийского юриста Ханса Кельзена символизирует собой пик этого «развития». Б.А. Ревнов замечает: «Без идей чистого учения о праве сегодня невозможно представить современную философию и теорию права», а «творчество Г. Кельзена, по оценкам большинства ведущих представителей западной правовой науки, ставит его в один ряд с крупнейшими представителями истории теоретико-правовой науки, что не позволяет пройти мимо наследия этого мыслителя и делает изучение его идей весьма актуальным для современной российской теории права и государства» [3, с. 5].

Ханс Кельзен (1881–1973) выступил как теоретик-основатель нормативизма. Но, безусловно, неверным явилось бы представление о Х. Кельзене как о «зачинателе» нормативистской школы. Вся предшествующая эпоха была пропитана аналогичными идеями, а потому Х. Кельзен с его «Чистым учением о праве» (1934) выступил как талантливый систематизатор уже накопленного юридического опыта. Нормативизм не возник спонтанно, для «чистой теории права» уже был подготовлен основательный фундамент.

Вполне оправданно видеть в нормативизме Х. Кельзена логическое развитие идей Французской буржуазной революции. Разрушение традиционного домодернистского общества, смещение сакральной власти суверенитета и заполнение образовавшегося вакуума власти идеями «народного суверенитета» привели к распространению качества божественного на посторонний профанный мир. Доверие толпы к утвердившемуся новому порядку было куплено лестью: качества «верховного существа» и «бессмертного законодателя» (Робеспьер) были перенесены на народонаселение государства [4, с. 61; 5]. «Исходным пунктом действия права становится ни из чего не выводимая авторитетная воля: рождающаяся тогда «юридическая теория действия» рассматривала конституцию как «причину самой себя», как первопричину собственного возникновения, в связи с чем никоим образом не может быть доказано внешнее воздействие какой-либо правовой нормы в отношении «основной нормы» или конституции, а также и по отношению к правопорядку как единому целому: «объективно оценивать действия какого-либо правопорядка также можно лишь исходя из него самого» [4, с. 59].

Именно эту идею Х. Кельзен и помещает в основу своего учения о праве. Согласно «чистой теории» все право представляет собой систему иерархически упорядоченных правил поведения, каждое из которых подчиняет себе группу нижестоящих норм, но, в свою очередь, подчиняется вышестоящей норме. Таким образом, все здание права предстает в виде идеальной пирамиды, в которой каждая отрасль или институт права являют собой правильную кристаллическую решетку. Любая пустота в этой системе воспринимается

как ненормальная (пробел в праве) и подлежит скорейшему наполнению (устранение или восполнение пробела за счет аналогии). Собственно, при нормативистском взгляде самого пробела в праве не существует, он лишь постулируется в юридико-техническом смысле, право же как идеальный конструкт по определению беспробельно. Каждая из норм права при этом устанавливает *логическую связь* с любой другой нормой права; ключевым для их взаимоотношения является *закон непротиворечия*.

При этом содержательное наполнение отдельных норм следует увязывать только с вышестоящей нормой. Право, по Х. Кельзену, должно быть очищено от всяческого влияния со стороны внеюридического знания: религии, нравственности, политики, эстетики и пр. Именно на этом основана «чистота» кельзианского учения о праве. Юридическая сила нормы всецело вытекает из юридической силы вышестоящей нормы. Совпадение или несовпадение нормы права с требованиями религиозной совести или нравственности не оказывает никакого влияния на действительность нормы права. А потому религия, нравственность должны отказаться от всяких попыток вмешательства в сферу правового, а право — от иллюзии проводника доброго в человеческий мир. Категории «доброе» и «злое» покидают сферу права: «секуляризация насилия отменяла проблему греха и кары» [4, с. 60].

Как иначе можно объяснить тот факт, что состав такого преступления, как клевета, был исключен из Уголовного кодекса РФ Федеральным законом от 7 декабря 2011 г., а законом от 28 июля 2012 г. был вновь установлен? Попытка оправдать такие колебания законодателя с помощью якобы дважды изменившейся за указанный срок степени общественной опасности деяния явно обречена на неудачу. «Чистая теория права» Х. Кельзена, напротив, и не предпринимает такой попытки, а прямо утверждает абсолютную автономность права.

Право как нормативный принудительный порядок окончательно отрывается от своих первоисточков и превращается в идеальный лабораторный конструкт. Поэтому вопрос о том, допустим ли согласно действующему российскому семейному законодательству брак между бывшими зятем и тещей, может лишь вначале вызвать недоумение. Но обращение к ст. 14 «Обстоятельства, препятствующие заключению брака» Семейного кодекса РФ 1995 г. развеивает все сомнения: такой брак возможен [6].

Принципиально важным для уяснения природы нормативизма является разрешение проблемы первоисточника всей правовой пирамиды. На вопрос о том, из чего конкретная норма черпает свою юридическую силу, Х. Кельзен отвечал: из вышестоящей нормы; на вопрос же о начальном звене данной цепи следовал ответ об «основной норме» (*die Grundnorm*). Именно «основная норма» располагается в верши-

не правового здания, она первопричина всего права: «мы допускаем существование нормы, согласно которой акт, толкуемый как создание конституции, должен рассматриваться как акт, устанавливающий объективно действительные нормы» [7, с. 33]. А «принадлежность определенной нормы к определенному порядку обусловлена тем, что последнее основание действительности этой нормы есть основная норма этого порядка» [7, с. 100].

Например, нормативизм вполне может объяснить содержание ст. 8 «Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права» Трудового кодекса РФ 2001 г.: «Работодатели, за исключением работодателей — физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, принимают локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права» [8].

Почему правом локального нормотворчества наделены все работодатели, за исключением работодателей — физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями? Нормативистский подход к праву исключает ненужные и в данном случае абсолютно бесплодные попытки объяснения смысла указанной нормы. Тот вариант, в котором она сформулирована, легализован (установлен) вышестоящей нормой — ст. 5 «Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права» Трудового кодекса. Ст. 5, в свою очередь, вытекает из ст. 2 «Основные принципы правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений». Положения Трудового кодекса далее могут быть выведены из ст. 37 Конституции РФ, посвященной вопросам труда. Она, в свою очередь, — из ст. 7 Конституции РФ, постулирующей социальный характер РФ. И наконец, ст. 7 Конституции в какой-то мере может быть выведена из ст. 1, определяющей Россию как демократическое правовое государство. «Именно основная норма конституирует единство некоего множества норм, так как она представляет собой основание действительности всех норм, принадлежащих к этому порядку» [7, с. 100].

Но в ходе такого логического построения мы, тем не менее, не достигаем «основной нормы», а остаемся в поле ее технических воплощений. «Основная норма» представляет собой идеально-реальное понятие. Реальна она потому, что позитивизм отказывается иметь дело с метафизическими сущностями. Идеальна же она в силу недоступности правоприменителю для ее непосредственного восприятия. Ни ст. 1 конституционного акта, ни его наиболее важная первая глава не заключают в себе «основной нормы». «Основная норма» как основание действительного правопорядка не доступна человеческому восприятию. Она не может быть выражена текстуально даже в наиболее отвлеченных правовых категориях типа «правопорядок», «суверенность» и пр. Содержание

каждой нормы объективного права «невозможно вывести из этой основной нормы. Ведь основная норма ограничивается делегированием нормотворческой власти, т.е. установлением правила, в соответствии с которым должны создаваться нормы этой системы» [7, с. 101].

По сути, Х. Кельзен наделяет «основную норму» статусом простейшего понятия. Определение такого понятия логически невозможно, т.к. недоступной является ссылка на родовый признак. Действительно, как объяснить незрячему с детства человеку, что представляет собой синий цвет? Что такое «синий»? Определение «светло-синего» становится технически возможным, т.к. можно соотнести его с более общим понятием «синего». Первооснова же («синий») неизменно ускользает от любой попытки рационального осмысления.

Тем самым нормативизм как ответвление позитивизма, всячески стремящегося к вытеснению из бытового восприятия мира не объяснимых рациональным методом явлений, в случае с «основной нормой» сам вынужден обращаться к метафизике. «Основная норма» явно наделяется Х. Кельзеном статусом внепозитивной сущности. Сакральность, вытесненная из государства и права в эпоху буржуазных революций [9], неизменно возвращается в искаженных и уродливых формах. Конституция постулируется как заместитель Завета. В этом смысле характерна процедура, используемая в современных государствах для приведения к присяге новоизбранного президента и новоназначенных судей конституционных судов: произнесение клятвы с возложением руки на текст конституции.

Сам принцип законности, постулируемый сегодня как общеправовой, является прямым следствием утвердившегося нормативизма. Но очевидно, что идея универсальности, абсолютности и вездесущности закона, сконцентрированная в этом принципе, противоречит истории права. На заре своего существования любое национальное право складывается мозаичным способом через непоследовательное осмысление не связанных друг с другом казусов. Любое право в своей родословной *казуистично*. А потому ориентация на *случай* со всеми возможными его гранями и отклонениями от *нормы* — имманентно присущи праву. Закон же как воплощение кельзианской «основной нормы» сознательно глух к *случаям*.

Так, 17 июля 2014 г. Конституционный суд РФ рассмотрел следующее дело: в соответствии с ч. 11 ст. 3 Федерального закона 2011 г. «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат» членами семьи военнослужащего, которые имеют право на получение единовременного пособия, считаются супруга (супруг), родители, дети. Конституционность данного законоположения оспаривала гражданка Г.Н. Куликова — мачеха военнослужащего М.Л. Куликова, погибшего в 1977 г. при исполнении служебных обязанностей

в период прохождения военной службы по призыву в Германской Демократической Республике. Неконституционность ч. 11 ст. 3 указанного закона, по мнению Г.Н. Куликовой, состояла в том, что она не распространяет свое действие на фактических воспитателей, с которыми воспитуемый не состоял в признаваемой семейным законодательством юридической связи. Именно такие отношения по фактическому воспитанию и сложились между мачехой М.Л. Куликовой и пасынком М.Л. Куликовым.

Конституционный суд РФ занял следующую позицию: «Осуществляя соответствующее правовое регулирование, *федеральный законодатель* — с учетом того, что Конституция РФ не закрепляет конкретные меры социальной защиты, объем и условия их предоставления тем или иным категориям граждан, — *вправе* при определении организационно-правовых форм и механизмов реализации социальной защиты граждан, оставшихся без кормильца, в том числе членов семьи погибшего (умершего) военнослужащего, *устанавливать круг лиц*, имеющих право на те или иные конкретные меры социальной поддержки, и перечень этих мер, а также регламентировать порядок и условия их предоставления (*курсив наш. — И.В.*)» [10]. Соответственно норма ч. 11 ст. 3 ФЗ «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат» признана соответствующей Конституции РФ.

Иными словами, Конституционный суд РФ просто констатировал отсутствие у фактического воспитателя права на получение соответствующих выплат именно потому, что оно не закреплено законом. «Во время каждого правового спора решение о правоте того или иного субъекта напрямую зависит от наличия либо отсутствия правовой нормы, устанавливающей императивное требование должного поведения. При отсутствии подобной нормы и наличии у субъекта права, в смысле юридически предоставленной свободы, требование об исполнении определенных действий подлежит отклонению», — делает закономерный вывод из теории нормативизма Б.А. Ревнов [3, с. 23]. В упрощенном виде данная позиция выглядит так: субъективное право не нарушено, т.к. его нет. *Закон соответствует самому себе, норма тоже сама себе.* Конституционный суд РФ лишь делает общую отсылку к некоему «публично-правовому механизму возмещения» такого вреда, предполагая тем самым дискретный характер полномочий государства в этом вопросе. А чем принципиально отличается воспитание ребенка родителем и фактическим воспитателем, он не объясняет.

Нормативизм — это тавтология закона. Закон легитимирует себя сам в силу факта своего существо-

вания. Современный юрист уже не в состоянии ответить на вопрос: почему уголовный закон современных государств сохраняет в себе норму о недопустимости реализации смертной казни в отношении лица, по завершении судебного разбирательства впавшего в слабоумие? Почему нельзя казнить умалишенного? Никакая ссылка на принцип человеколюбия не спасает положения, т.к. лишение жизни умалишенного в какой-то части было бы гораздо более гуманным актом, чем смертная казнь лица, пребывающего в здравом уме. Ответ на этот вопрос коренится в архетипах христианской культуры, когда любой должен получить шанс к прощению через покаяние даже в последний момент своей земной жизни (см. описание распятия Христа в Евангелии от Луки (23:32–43)).

Современное право сознательно обрело себя на стерилизацию. Оно выиграло от этого в своей системности, логической выверенности. Каждая норма получила заранее определенную ей ячейку в общем здании права. «Идея иерархического строения формы права дает континентальному юристу исключительно важное чувство психологического комфорта, основанное на вере в отсутствие рассогласованности в объяснениях того, что можно, должно или запрещено совершать по праву» [11, с. 25]. Но за это европейское право поплатилось неизмеримо большим: своей природой.

Современная учебная литература по теории и истории государства и права усматривает свой идеал в правовом государстве, с легкостью определяя последнее как «государство господства права». Будучи воспитанным в условиях нормативизма, сегодняшний юрист даже не замечает невероятного эвристики потенциала такой теоретической формулировки. Господство права во всех сферах общественных отношений воспринимается как прогрессивное явление, через которое якобы все более устраняется пробельность в правовой регламентации общественных отношений. Разрастание правовой пирамиды в геометрической прогрессии только приветствуется. Но еще столетие назад отечественный правовед определил бы такое государство не иначе как полицейское. Нормативизм стирает грань между правовым и полицейским. Именно «благодаря» нормативизму стали возможными многие бесчеловечные юридические практики Второй мировой войны (именно эта проблема талантливо озвучивается в киноленте американского режиссера Ст. Крамера «Нюрнбергский процесс» («Judgment at Nuremberg») 1961 г.). Убежденность в том, что в течение последнего полувека мы переживаем «возрождение» естественного права, является не более чем самоуспокоением.

Библиографический список

1. Голдинг У. Повелитель мух. — М., 1990.
2. Фуко М. История безумия в классическую эпоху. — СПб., 1997.
3. Ревнов Б.А. Классический позитивизм и нормативизм Ганса Кельзена : автореф. Дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 2014.
4. Исаев И.А. Правоустанавливающее насилие: опасный итог // История государства и права. — 2014. — № 16.
5. Исаев И.А. Воля в праве: история и философия // История государства и права. — 2016. — № 5.
6. Семейный кодекс РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Российская газета. — 1996. — № 17.
7. Чистое учение о праве Г. Кельзена : сборник переводов. — М., 1987.
8. Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Российская газета. — 2001. — № 256.
9. Багай Ж. Проклятая часть. — М., 2006.
10. Постановление Конституционного Суда РФ от 17.07.2014 № 22-П // Российская газета. — 2014. — № 169.
11. Петров А.А., Шафиров, В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов. — М., 2014.