

ПРАВО БЕЗ СУВЕРЕНА: ПРОБЛЕМА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА В ЮРИДИЧЕСКОМ ПОЗИТИВИЗМЕ XX В.



Е. В. ТИМОШИНА,
профессор кафедры теории и истории государства и
права Санкт-Петербургского государственного
университета, д.ю.н.

Отказ от классической позитивистской идеи абсолютного суверена поставил перед юридическим позитивизмом XX в. проблему оснований обязательности права и его принудительной силы. В статье сопоставляются этическая (естественно-правовая) и юридическая (позитивистская) модели действительности (валидности) права. В рамках последней сравниваются аналитическая (Г. Кельзен) и эмпирическая (Г. Харт) интерпретации «основной нормы».

Ключевые слова: юридический позитивизм XX в., скандинавский правовой реализм, оксфордская школа философии права, чистое учение о праве, действительность права, принуждение в праве, основная норма, Р. Алекси, Г. Кельзен, К. Оливекрона, Дж. Остин, Л.И. Петражицкий, А. Росс, Г. Харт.

Проблема действительности, или валидности (*validity*), права есть проблема оснований его обязательности. Почему конкретная норма права и нормативный правовой порядок в целом признаются обязательными как его участниками, так и внешними по отношению к нему «наблюдателями», или, как формулирует этот вопрос представитель оксфордской школы философии права Г. Харт, – на чем основано следование правилу?¹ Проблема может быть сформулирована иным образом: в чем различия между нормой права и подкрепленной угрозой командой, субъективным правом и неправомерным притязанием, актом правомерного принуждения и насилием, и в конечном итоге – между государством и «разбойничьей шайкой»?

Понятие действительности права может быть прояснено и через серию вопросов и ответов, приводимых автором чистой теории права Г. Кельзеном. 1. На чем основана обязательность требования, например, налогового инспектора? – На установленных законом полномочиях. 2. Тогда на чем основана обязательность (действительность) законов, которые наделяют инспектора такими полномочиями? – Конституция наделяет законодателя полномочием устанавливать такие законы. 3. Но на чем основана действительность конституции?² Или,

© Е. В. Тимошина, 2015

¹Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Мисеева. СПб., 2007. С. 21.

²Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии. Токио, 1987. Сб. переводов. Вып.

сформулируем вопрос иначе, что является фундаментальным, предельным основанием действительности, а следовательно и действительности, правового порядка, – что является его «основной нормой»?

На этот принципиальный для правовой теории и конкретной правовой системы вопрос могут быть даны различные ответы, но традиционное для классического («остиновского») юспозитивизма представление о «воле суверена» как основании действительности права представителями юридико-позитивистской традиции XX в. уже рассматривалось как бессодержательная метафора. Произшедшая в XX в. дискредитация классической позитивистской идеи суверена и «догмы государственного суверенитета» (по выражению Г. Кельзена) поставила перед юридическим позитивизмом проблему поиска новых оснований обязательности права. Дискуссия о проблеме действительности права, главным образом, развернулась в 1960-х годах, когда вышли в свет три основополагающие для юридического позитивизма второй половины XX в. исследования: работа А. Росса «О праве и справедливости» (1958), второе издание «Чистой теории права» Г. Кельзена (1960) и второе издание «Понятия права» Г. Харта (1961).³

Действительность права может иметь моральные основания, и именно так решали поставленную проблему представители классической естественно-правовой школы. Как полагает современный представитель естественно-правовой традиции Р. Алекси,⁴ впервые понятие «основной нормы» как этического основания правового порядка было отчетливо сформулировано еще И. Кантом: «Итак, – пишет И. Кант, – можно мыслить внешнее законодательство, которое содержало бы исключительно положительные законы; но в этом случае им должен был бы предшествовать *естественный закон, который обосновывал бы авторитет законодателя* (т. е. правомочие обязывать других исключительно по своему произволу) (курсив мой. – Е. Т.)».⁵ Однако аналогичное понятие основной нормы можно найти и несколько раньше, например, в работах другого представителя классического юспозитивизма Дж. Локка, у которого функцию фунда-

¹ / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович / пер. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. М., 1987. С. 17.

²Антонов М. В. Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011. С. 454.

³Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011. С. 118.

⁴Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965. С. 133.

ментального основания правовой системы также выполняет открываемый разумом «нравственный принцип», отождествляемый мыслителем с «законом природы»: «Законы, установленные в государствах, обязывают не сами по себе, не своим авторитетом, не как-либо еще, но именно в силу закона природы, повелевающего повиноваться вышестоящим и блюсти гражданский мир; более того, без такого закона, *силою оружия* правители, быть может, и могли бы принудить толпу к повиновению, но не могли бы обязать ее к этому (курсив мой. – Е. Т.)».⁶ Естественные законы у Дж. Локка и И. Канта устанавливаются, таким образом, моральную обязанность подчиняться позитивному праву, или, в терминологии современной теории права, являются моральными основаниями действительности, валидности права. Решение юспозитивизмом проблемы действительности права выражается яркой формулой представителя школы возрожденного естественного права Г. Радбруха: «абсолютно несправедливое право не есть право»,⁷ т. е. не обладает действительностью, обязывающей «силою».

По мнению представителя скандинавского правового реализма А. Росса, идея действительности права как идея обязанности повиноваться праву вообще имеет смысл только при предположении, что данная обязанность является исключительно моральной, т. е. имеет смысл только для естественно-правового подхода, и во всяком случае ей «нет места в словарном запасе позитивиста». В частности, ученый пишет: «Значение заложенной в правовую систему обязывающей силы заключается в том, что соответствующие правилам этой системы правовые обязательства (например, обязанность возратить долг) являются не только правовыми обязанностями, вытекающими из угрозы правовых санкций. Они равным образом являются и нравственными обязанностями, вытекающими из естественно-правовых принципов, которые наделяют данную правовую систему валидностью или обязывающей силой. Обязанность повиноваться праву – нравственная обязанность *перед* правовой системой, а не юридическая обязанность *согласно* этой системе. Обязанность перед системой не может проистекать из самой этой системы, но должна следовать из правил или принципов, находящихся за рамками системы».⁸

Юридический позитивизм, исходящий из так называемого разделительного тезиса, согласно которому понятию права должно быть дано определение, не включающее в себя моральных элементов, не пред-

⁶Локк Дж. Опыты о законе природе // Локк Дж. Соч. В 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 8.

⁷См., напр.: Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М., 2004. С. 228–238.

⁸Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 464–467.

полагал, в отличие от естественно-правового подхода, подобного метаюридического (морального) основания действительности правового порядка. До тех пор пока сохраняли научную легитимность понятия суверена и суверенитета государства, этатистское определение понятия права не могло быть рассмотрено как тавтологическое. Именно эти понятия используются в классическом «командном» определении, принадлежащем Дж. Остину: право – это повеления, или приказы (*command*), издаваемые «политически господствующими людьми (*political superiors*), выступающими суверенами, т. е. лицами, осуществляющими верховное, основанное на подчинении, правление в независимых государствах или независимых политических обществах». Отличительными особенностями приказа являются 1) его «исхождение» от суверена и 2) угроза санкции за его неисполнение.⁹ В русской философии права последователем «командной» теории права, как известно, был Г. Ф. Шершеневич, для которого понятие суверенитета верховной власти, являющейся единственным источником права в государстве, абсолютно несовместимо с возможностью ее правового ограничения.¹⁰ Смысл идеи суверена состоял, таким образом, в том, что суверену, как точно пишет об этом немецкий юрист К. Шмитт, для того «чтобы создать право, нет нужды иметь право»,¹¹ т. е. его власть как социальный факт, в терминологии современной теории права, была предельным основанием действительности создаваемого сувереном права и как таковая не нуждалась в определении нормами права. Только в юридическом позитивизме XX в., в особенности под влиянием работ Г. Кельзена о необходимости четкого разграничения юридического и социологического понятия государства, было осознано, что отсылка к социальному факту власти как основанию действительности права имеет такой же метаюридический характер, как и апелляция к естественному закону в юспозитивизме.

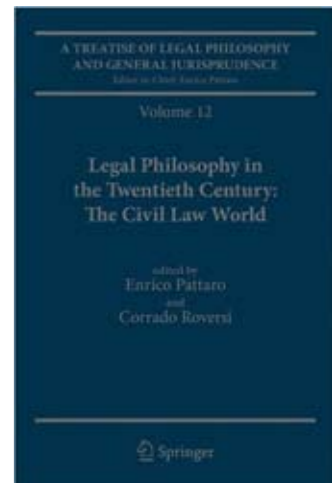
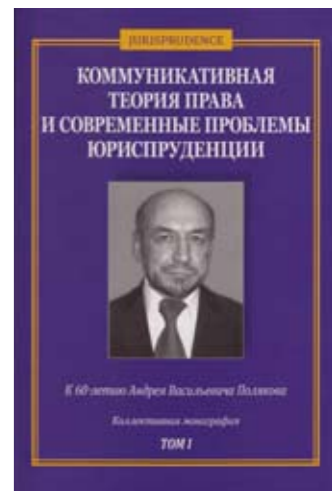
Обоснованная в конце XIX в. Г. Еллинеком по аналогии с теорией нравственной автономии И. Канта, «чрезвычайно хитроумная» (как ее оценил Л. Дюги) доктрина правового самообязывания государства, являющаяся выражением антропоморфного представления о государстве как о субъекте, обладающем способной к самоопределению волей, фактически была основана на том же понимании права как «совокупности исходящих от внешнего авторитета, гарантированных внешними средствами норм».¹² Именно вследствие этого в конструкции правового

⁹Остин Дж. Определение области юриспруденции / пер. с англ. В. В. Безбаха // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. 3. М., 1999. С. 400–402.

¹⁰Шершеневич Г. Ф. Определение понятия о праве. Казань, 1896. С. 129–130.

¹¹Шмитт К. Политическая теология. М., 2000. С. 27.

¹²Еллинек Г. Общее учение о государстве / вступ. статья И. Ю. Козлихина. СПб., 2004. С. 461.





го самоограничения государства присутствовало внутреннее противоречие, выражавшееся, в частности, в признании Г. Еллинеком «нормативной силы фактического», с помощью которой правовой характер приобретало любое продолжительно существующее фактическое выражение государственной «воли»: например, утверждал ученый, «осуществление государственной власти узурпатором... создает новое правовое состояние».¹³ Несмотря на собственный тезис о правовой связанности государства Г. Еллинек полагал, что «правовые нормы не в состоянии в действительности управлять распределением государственной власти. Реальные политические силы движутся по своим собственным законам, независимым от всяких юридических форм».¹⁴

Однако в начале XX в. ситуация в теории права радикальным образом изменилась, и доктрина правового самоограничения государства постепенно стала рассматриваться как «очень хрупкая гарантия против произвола государства».¹⁵ К. Шмитт полагал, что данная ситуация точно описывается заголовком часто цитировавшейся тогда статьи Э. Баркера «Дискредитированное государство»¹⁶ или лозунгом французских синдикалистских теоретиков – «Государство мертво». Речь шла, по его мнению, о разрушении понятия государственного суверенитета и связанном с ним представлении о государстве как о единстве, возвышающемся над всеми социальными группами,¹⁷ из чего, добавив мы, логически следовали идеи социально-правового плюрализма и/или глобального правопорядка. По мнению К. Шмитта, основная тенденция современной ему философии права состояла в том, чтобы радикальным образом пересмотреть фундаментальные основания правопорядка – «устранить суверена», т. е. заменить власть персонифицированного суверена «безличной значимостью безличной нормы».¹⁸ Последовательная дискредитация идеи суверена была направлена на то, чтобы редуцировать понятие государства к понятию правопорядка, а понятие государственного суверенитета, рассматриваемое как пережиток эпохи абсолютизма,

¹³ Там же. С. 338–339.

¹⁴ Еллинек Г. Конституции, их изменение и преобразование / пер. с нем. под ред. и с вступ. ст. Б. А. Кистяковский. СПб., 1907. С. 84.

¹⁵ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / пер. с франц. А. Яценко, В. Краснокутского и Б. Сыромятникова, под ред. П. И. Новгородцева и автора. М., 1908. С. 73.

¹⁶ Barker E. The Discredited State // Political Quarterly. 5 (1915), III. P. 121–126.

¹⁷ Шмитт К. Государственная этика и плюралистическое государство // Шмитт К. Государство и политическая форма / пер. с нем. О. В. Кильдюшова; сост. В. В. Анашвили, О. В. Кильдюшов. М., 2010. С. 237–238.

¹⁸ Шмитт К. Политическая теология. С. 30 и сл.

заменить понятием *суверенитета права*, опирающимся «на идею безличной власти... правовых норм»,¹⁹ с обоснованием которого в 1906 г. выступил голландский юрист Х. Краббе.²⁰

С отказом от идеи персонифицированного суверена в качестве власти, фундирующей правопорядок, и признанием государства явлением правовым *par excellence* классическое позитивистское определение понятия права необходимо приобретало тавтологический характер. Вероятно, одним из первых на это обратил внимание автор психологической теории права Л. И. Петражицкий, указав на присутствующий в данном определении «безысходный логический *circulus*», *definitio per idem*.²¹ Ученый усматривает в определении права, предлагаемом «государственной» теорией права, «логические пороки», лишаящие его «всякого научного значения и смысла». По его мнению, формулу – «юридическая норма есть норма, установленная государством» – можно преобразовать в следующее определение: «Норма права (x) есть норма, установленная в предписанной правом (x) форме со стороны установленных правом (x) органов правового (x) союза – государства». Для установления юридической действительности нормы, поясняет Л. И. Петражицкий, пришлось бы проверить: 1) имеем ли мы дело с государством или с каким-либо иным явлением, например, лишенной государственной организации массой людей; 2) является ли лицо (или группа лиц), установившее данную норму, действительно органом государства или незаконным самозванцем; 3) если данное лицо (например, президент республики) действительно должно быть признано органом государства, то входит ли в его компетенцию установление правовых норм или это превышало бы предоставленную ему правом власть; 4) совершено ли признание в надлежащей, т. е. предписанной нормами права, форме и т. д. Таким образом, делает вывод ученый, уста-

¹⁹ Там же. С. 18–19.

²⁰ Krabbe H. Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre. Groningen, 1906. S. 47.

²¹ В европейской философско-правовой традиции проблема логического круга в определении понятия права была отмечена Г. В. Лейбницем в его критике определения С. Пуфендорфа, который, как полагал Лейбниц, с одной стороны, выводит право из предписания власти, а с другой стороны, требует от власти правомерного основания. По поводу идеи Пуфендорфа дополнить разумные основания повиновения принудительной силой Лейбниц замечает: «...если разумные основания недостаточны, то может ли прибавить к ним что-нибудь сила, которая сама по себе не рождает права». Оспаривая разделяемый С. Пуфендорфом тезис Т. Гоббса о том, что «человек бывает праведным только посредством исполнения законов высшего лица», Лейбниц утверждает: право зависит «не от произвольных законов высшего лица, а от вечных правил мудрости и благости, равно существующих и в людях, и в Боге» (Лейбниц Г. В. Размышления о сочинении г-на Гоббса, опубликованном на английском языке, о свободе, необходимости и случайности // Лейбниц Г. В. Соч. в 4 т. Т. 4 / ред. тома, авт. вступ. ст. и примеч. В. В. Соколов. М., 1989. С. 425).

новление правового характера нормы уже предполагает существование сложной системы правовых норм.²²

В современной правовой теории тезис о тавтологическом характере данного типа определений понятия права, согласно которому «предпосылкой для определения правовой действительности служит сама правовая действительность», является общепризнанным²³ и ведет, как отмечает немецкий философ права Р. Алекси, к главной для юридического позитивизма XX в. проблеме «основной нормы» как фундаментального основания правовой системы.²⁴ Примечательно, что ученик Л. И. Петражицкого М. Лазерсон в своем анализе понятия основной нормы Г. Кельзена, ссылаясь, в частности, на «предсказанный» Петражицким обязательный ход такой мысли для всякой последовательной догматической философии права, признающей только действующее право» (курсив мой. – Е. Т.).²⁵

Примером такого «обязательного хода мысли» является следующее рассуждение представителя современного юридического позитивизма Е. В. Булыгина. Так, согласно определению аргентинского правоведа, нормативная система St, относящаяся к моменту t, состоит из всех норм, изданных компетентными органами и не отмененных до момента t или в момент t. В качестве *критерия принадлежности* нормы к нормативной системе ученый предварительно указывает на создание нормы компетентным органом, подчеркивая, однако, недостаточность и неудовлетворительность такого критерия. Это связано с тем, что компетенция органа на создание нормы определяется другой нормой данной нормативной системы: «некое лицо, или группа лиц, компетентны для издания некой нормы, если какая-нибудь норма этой системы уполномочивает (его или их) издавать нормы определенного содержания». Вместе с тем сами нормы, устанавливающие компетенцию, также должны принадлежать к данной нормативной системе, т. е. быть изданы в соответствии с нормами о компетенции. Как отмечает Е. В. Булыгин, такое определение принадлежности нормы к нормативной системе посредством понятия компетенции и определение компетенции через принадлежность устанавливающей ее нормы к нормативной системе «может легко привести к кругу». Выход из данного «круга», по мнению ученого, состоит в том, чтобы предположить существование *основных норм*, т. е. норм, которые принадлежат к системе, не будучи изданными компетентным органом. При этом среди основных норм должны иметься нормы о компетенции, которые уполномочивают определенные органы для создания новых норм. Е. В. Булыгин подчеркивает, что такие основные нормы должны быть «во всяком правопорядке».²⁶

С целью преодоления логического круга, возникшего, еще раз подчеркнем, вследствие отказа от идеи суверена и редукации понятия

²² Петражицкий Л. И. Очерки философии права // Петражицкий Л. И. Теория и политика права / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб., 2010. С. 283–284.

²³ См. об этом, напр.: Алекси Р. Понятие и действительность права. С. 117.

²⁴ Алекси Р. Понятие и действительность права. С. 107.

²⁵ Лазерсон М. Общая теория права. Введение в изучение права. Рига, 1930. С. 26. – Следует отметить, что проблеме основной нормы обсуждал также П. А. Сорокин применительно к возможности теоретического обоснования системы этики. Если основная норма просто постулирована, полагал он, тогда она «не научна и не общеобязательна», попытка же «обосновать» основную норму фактически является отрицанием «нормативного» пути и того метода, который сами же нормативисты выставляют» (Сорокин П. А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали / вступ. статья, сост. и примеч. В. В. Сапова. М., 2006. С. 68).

²⁶ Булыгин Е. В. Динамика права. Пленарный доклад // Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике. Материалы международного симпозиума (Санкт-Петербург, 9–10 сентября 2011 г.). СПб., 2011. С. 8.

государства к понятию правопорядка, в юридическом позитивизме XX в. в качестве «ключа в царство права» и вводится понятие «основной нормы», которое, таким образом, выражает общую тенденцию – радикальным образом пересмотреть фундаментальные основания правовой системы, т. е., как уже отмечалось, заменить идею фундирующей правопорядок власти персонифицированного суверена «безличной значимостью безличной нормы».

Наиболее значимыми вариантами решения данной проблемы в XX в. стали, как известно, *аналитическая* (Г. Кельзен) и *эмпирическая* (Г. Харт) интерпретации основной нормы. Г. Кельзен, осознавая, что «поиск основания действительности нормы не может продолжаться бесконечно», выходит из логически затруднительного положения с помощью постулирования «основной» нормы как «последней и наивысшей», которая уже не может быть установлена властной инстанцией и в отношении которой не может возникать вопроса об основании ее действительности.²⁷ Ту же функцию основания действительности правил выполняет и «правило признания» Г. Харта в качестве «*окончательного* правила», в отношении которого «не существует правила для оценки его собственной юридической действительности».²⁸

Вместе с тем, хотя функция правила признания Г. Харта в целом соответствует функции основной нормы Г. Кельзена (служить фундаментальным основанием правовой системы), их природа, однако, различна: первое является социальным фактом, имеющим эмпирическую природу и подлежащим верификации.²⁹ Правило признания обеспечивает критерии, по которым оценивается юридическая действительность других правил системы, однако само правило признания не является «ни действительным, ни недействительным, но просто принимается как подходящее для использования таким образом».³⁰ Г. Харт рассматривает правило признания как *существующее* в сложной, но обычно согласованной деятельности судов, официальных и частных лиц по идентификации правил как юридически действительных путем обращения к критериям, которые дает правило признания.³¹ Таким образом, правило признания не постулируется и даже *не формулируется*, но его существование *демонстрируется* тем, как участники правовой системы идентифицируют конкретные правила в качестве действительных, т. е. его существование демонстрируется соответствующей юридической практикой, которую правило признания вообще делает возможной, являясь ее основанием.³² Близкую позицию по отношению к проблеме действительности права занимал в определенный период своего творчества датский правовец А. Росс, по мнению которого единственное корректное с позитивистской точки зрения использование термина «валидность» состоит в обозначении с его помощью доступных наблюдению социальных фактов, включая и психические условия.

С точки зрения такой эмпирической интерпретации действительности права основная норма Г. Кельзена представлялась лишь эмпирически неverified метафизическим понятием, что было подчеркнуто в рамках дискуссии о проблеме действительности пра-

²⁷ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987. Сб. переводов. Вып. 2 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович / пер. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. М., 1988. С. 69.

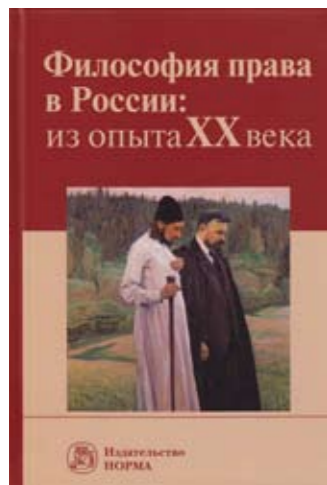
²⁸ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 110–111.

²⁹ Там же. С. 254. — См. об этом, напр.: Афонасин Е. В., Дидикин А. Б. Философия права. Учебное пособие. Новосибирск, 2006. С. 26 (данные авторы отмечают, что правило признания выполняет в теории Г. Харта роль «суверена»).

³⁰ Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 112.

³¹ Там же. С. 114.

³² Там же. С. 105.



ва, развернувшейся в юридическом позитивизме в 1960-х гг. Как писал, в частности, А. Росс, «в таком истолковании валидность оказывается априорной идеей, которая не сводима к эмпирическим терминам, определенным через доступные наблюдению факты», а следовательно, «ей нет места в теории права, основанной на принципах эмпиризма». На этом основании датский правовед рассматривал правовой нормативизм Г. Кельзена как пример так называемого им квазипозитивизма, который фундаментально метафизическим понятием «обязывающей силы» права, не соотносящимся ни с какими социальными фактами, а следовательно, не способным выполнить функцию объяснения реальности права, постулируемой А. Россом в качестве эмпирической.³³ Точку зрения А. Росса разделяет и Е. В. Булыгин, полагая, что понятие валидности как обязывающей силы права в том виде, как ее определяет, в частности, Г. Кельзен, несовместимо с позитивистской программой, и на этом основании отдает предпочтение эмпирическому правилу признания Г. Харта.³⁴ А. Росс и Г. Харт в итоге сделали вывод об избыточности основной нормы в интерпретации Г. Кельзена, хотя и по различным основаниям и с различной аргументацией.³⁵

Сторонником кельзеновской аналитической трактовки основной нормы является Р. Алекси,³⁶ по мнению которого любая эмпирическая трактовка основной нормы «должна потерпеть крах» вследствие невозможности адекватного объяснения важнейшей проблемы любой теории основной нормы – перехода от сущего к должному.³⁷ Однако данный аргумент Р. Алекси не представляется бесспорным. Во-первых, даже Г. Кельзен, несмотря на его стремление избежать «методологического синкретизма»³⁸ в виде смешения социологии и юриспруденции и постулируемую им «чистоту» собственного метода, рассматривал минимум социальной действительности нормы в качестве условия ее юридической действительности. Во-вторых, не менее сложным является объяснение перехода от должного к суще-

му – от действительности нормы к ее действительности, которая «должна наступить вслед за установлением правовой нормы, чтобы она не утратила своей действительности (курсив мой. – Е. Т.)».³⁹ Однако очевидно, прежде всего с методологических позиций самого Г. Кельзена, что из положения о том, что действительность нормы должна наступить, не следует, что такая действительность с неизбежностью явления природы наступит. К. Шмитт адресует чистому учению о праве упрек в «игнорировании осуществления права как самостоятельной проблемы».⁴⁰ Данный упрек, разумеется, может быть отведен при помощи позитивистского тезиса о том, что постановка и решение данной проблемы не входят в предмет юриспруденции и подлежат обсуждению в рамках иных научных дисциплин – социологии права, психологии и др. При таком варианте реагирования на проблему юриспруденция или вынуждена принять тезис *a la Leibnitz* о некоей «предустановленной гармонии» между рационально сконструированным миром должного и загадочным образом формирующейся на его основе юридической практикой как областью сущего, что очевидно противоречит повседневному профессиональному опыту, или, подобно представителям скандинавского правового реализма, сравнивать способность правоустанавливающего акта вызывать изменения в социальной действительности с «магической» или «сверхъестественной» силой.

Следует отметить последующее сближение позиций Г. Кельзена и А. Росса. Так, разработанное Г. Кельзеном уже в 1960-е гг. понятие фиктивной нормы, действительность которой определяется ее социальным признанием, сближает его теорию с некоторыми идеями скандинавской школы правового реализма, а также с психологической теорией права Л. И. Петражицкого.⁴¹ В свою очередь А. Росс не находит другого способа разрешить «загадку» конституционного права, связанную с существованием самореферентных правил, т. е. правил конституции, устанавливающих порядок изменения правил конституции, иначе как постулировать над позитивной нормой датской конституции, конституирующей высший властный орган и ранее предполагавшейся им основной, мыслимую норму, которая и рассматривается им теперь в качестве основной, юридически неизменяемой нормы датской правовой системы.⁴²

Таким образом, юридический позитивизм в XX в. столкнулся с необходимостью обосновать обязывающую силу норм без апелляции к всемогущей

³⁹Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 21–22.

⁴⁰Шмитт К. Политическая теология. С. 37.

⁴¹Краевский А. А. Теория основной нормы Ганса Кельзена // Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике. С. 37.

⁴²Росс А. О самореферентности и загадке в конституционном праве / пер. с англ. А. А. Краевского // Правоведение. 2012. № 3. С. 53–73.

«воле» суверена, творящей правопорядок свободно и по вдохновению. В качестве альтернатив остиновской командной теории права были разработаны две теоретические модели действительности права: аналитическая модель Г. Кельзена, в которой действительность норм правопорядка определяется отношением к мыслимой основной норме, и эмпирическая модель Г. Харта и А. Росса (в той степени, в какой термин «валидность» нормы означает для него отсылку к социопсихическому факту ее существования), в которой сам факт существования правопорядка свидетельствует об эффективности функционирующей в его границах «правиле признания», используемой субъектами правовой системы для идентификации других правил данной системы в качестве юридически действительных.

Однако юридическому позитивизму в XX в. пришлось столкнуться с еще одной проблемой, порожденной указанной выше тенденцией, – проблемой обоснования принудительности права. Как это ни удивительно, но начало обсуждения данной проблемы в позитивистской теории права было положено Л. И. Петражицким. Ученый указывает на бесконечный регресс санкций при предположении, что каждая правовая норма должна быть ею обеспечена, и тем самым на логическую тщету обоснования обязательности нормы через принуждение. Дело в том, рассуждает Л. И. Петражицкий, что «с точки зрения теории принуждения нормой права (х) является лишь такая норма, на случай отсутствия добровольного исполнения которой другая норма права (х₁) предусматривает применение принудительных мер, например, предписывает известным лицам (судебному приставу...) применить принудительное исполнение. Но эта норма (х₁)... лишь в том случае может быть по теории принуждения правовой нормой, если существует дальнейшая норма (х₂), которая на случай отсутствия добровольного исполнения этой нормы (х₁) предусматривает... принудительные меры (например, на случай нежелания судебного пристава... добровольно исполнить свою обязанность, предписывает известным лицам принять принудительные меры против этих ослушников). Норма х₂ точно так же должна иметь дальнейшую санкцию соответственного содержания – х₃, за нормой х₃ должна следовать санкция х₄ 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 доказательств и проверки за отсутствием дальнейшей санкции был бы вместе с тем доказательством, что все предыдущие нормы не суть нормы права...».⁴³

Комментируя данное рассуждение Л. И. Петражицкого, лидер рос-

⁴³Петражицкий Л. И. Очерки философии права. С. 288–289. — Данный аргумент, хотя и не в столь развернутой и логически обоснованной форме, почти одновременно с Л. И. Петражицким, в 1899 г., был сформулирован немецким юристом, специалистом по международному праву Г. Трипелем, и, вполне вероятно, оба ученых сделали это независимо друг от друга. Как полагал Г. Трипель, «... необходимо было бы следующим образом формулировать то утверждение, что право есть право лишь в том случае, если оно принудительно осуществимо: только то правовое положение есть в действительности правовое положение, которое имеет рядом с собою второе, охраняющее то право, которое создано первым... Но тогда возникает тотчас же вопрос: а есть ли это второе положение правовое?». По мнению Г. Трипеля, утвердительный ответ согласно оспариваемой им теории может быть получен лишь тогда, когда и второе положение, «имеет рядом с собою третье положение, которое, со своей стороны, предназначено для охраны... второго». Сколько бы мы ни продолжали эту «игру», делает вывод ученый, такая проверка каждой правовой нормы на защищенность принуждением должна в конечном итоге «натолкнуться... на такой пункт, где этого дополнительного правового положения не будет» (Triepel H. Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig, 1899. S. 109).

сийского позитивизма Г. Ф. Шершеневич подчеркивает, что этот аргумент ученого был бы «неотразим» только в единственном случае – «если бы признали, что государственная власть сама держится на праве». Признание же первенства государства над правом уничтожает всю силу приведенного возражения. Цепь норм не уходит в бесконечность, полагает Г. Ф. Шершеневич, ее замыкает государственная власть «со всей присущей ей силой»: «Как только мы дошли до государственной власти, мы уперлись в факт, на котором укреплена вся правовая цепь», она есть тот «начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права».⁴⁴ Таким образом, это подтверждает наш тезис о том, что оба приведенных выше критических аргумента – аргумент о тавтологии и аргумент о бесконечном регрессе санкций – демонстрируют логическую несовместимость идеи государства как правового явления и представления о праве как об установленных государством принудительных нормах.

В англоязычную научную литературу данный аргумент Л. И. Петражицкого вводит его ученик американский социолог права Н. С. Тимашев, пытаясь, однако, его опровергнуть.⁴⁵ В статье, посвященной Л. И. Петражицкому, один из лидеров скандинавского правового реализма К. Оливекрона возражает Н. С. Тимашеву и полагает, что «аргумент Петражицкого не может быть отброшен. Мы неизбежно придем к *regressus in infinitum*, если попытаемся определить правовые нормы при помощи санкций».⁴⁶ Очевидно, К. Оливекрона принял данный аргумент, потому что это соответствовало его собственным ранее сформулированным представлениям о проблеме обязывающей силы правовых норм, которая, по его мнению, не может быть определена через правила, предписывающие санкции: «Смысл того, что первое правило обязывает, очевидно, нельзя объяснить указанием на то, что существует другое правило (тоже обязывающее!), которое устанавливает наказание за несоблюдение [первого]».⁴⁷

Данный аргумент Л. И. Петражицкого со ссылкой на Н. С. Тимашева воспроизводит и комментирует Г. Кельзен в главе с характерным названием «Бесконечная серия санкций». Он считает «верным» утверждение, в соответствии с которым «для того чтобы обеспечить действительность правила n-й степени, необходимо правило степени n+1, и, соответственно, невозможно обеспечить действительность всех правовых норм при помощи правил, устанавливающих санкции». Соглашаясь с данным утверждением, Г. Кельзен вместе с тем полагает, что норма права – это не правило, действительность которого обеспечивается другим правилом, устанавливающим санкцию; проблема принуждения (санкции), по его мнению, это не проблема обеспечения действительности правил, а проблема содержания правил. Все нормы правового порядка – это принудительные нормы, т. е., нормы, устанавливающие санкции; но среди этих норм есть такие, действительность которых не обеспечивается другими принудительными нормами, что, однако, не лишает их принудительного, а следовательно, правового характера. «Тот факт, – пишет Г. Кельзен, – что невозможно обеспечить действительность всех правил правового порядка при помощи правил, устанавливающих санкции, не исключает воз-

⁴⁴Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М., 1910.

⁴⁵Timashev N. An Introduction to the Sociology of Law. Cambridge, 1939. P. 264.

⁴⁶Оливекрона К. Возможно ли социологическое объяснение права? // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. СПб., 2012. С. 405–406. — Подробнее об этом см.: Краевский А. А., Тимошина Е. В. Как возможна социология права? Л. И. Петражицкий, П. А. Сорокин и К. Оливекрона // Там же. С. 346–356.

⁴⁷Оливекрона К. Право как факт / пер. с англ. Е. Ю. Таранченко // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 671.

можность рассматривать в качестве правовых только те нормы, которые устанавливают санкции».⁴⁸

Г. Кельзен, как видим, переводит рассуждение в плоскость действительности (а не действительности!) правил и уже только этим, казалось бы, делает свою теорию неуязвимой для данного критического аргумента. Однако в данном случае имеются в виду исключительно *логические* условия возможности обоснования принуждения в пределах конечного множества правовых норм. Вместе с тем Г. Кельзен предлагает решение обозначенной Л. И. Петражицким проблемы. Полагая, что серия устанавливающих санкции правовых норм не может продолжаться бесконечно, Г. Кельзен замыкает ее последней нормой серии, санкция которой не устанавливает правовую обязанность, т. е. за неприменение данной санкции далее уже не следует санкция. Таким образом, «последняя санкция в этом ряду может быть только уполномоченной, но не предписанной».⁴⁹

Однако ответ Г. Кельзена порождает новые вопросы. Не возникает ли в этом случае вновь тень устраненного из позитивистских теоретико-правовых конструкций «суверена» – органа, который хотя и «должен» применить санкцию, но, так как понятие долженствования, утверждает Г. Кельзен, не совпадает с понятием правовой обязанности, «может быть, а может и не быть юридически обязан это сделать».⁵⁰ Не следует ли из кельзеновского решения проблемы бесконечного регресса санкций невольное подтверждение тезиса его непримиримого оппонента К. Шмитта о том, что правопорядок всегда покоится не на безличной норме, но на *решении*,⁵¹ в том числе на решении применить или не применить санкцию, и выбор того или иного решения не предопределен всецело нормами права. Как верно отмечает К. Шмитт, даже решение о том, является ли дело неполитическим, всегда содержит в себе политическое решение.⁵²

Впоследствии к проблеме бесконечного регресса санкций обратились Г. Харт в рамках полемики с А. Россом о самореферентных правилах, т. е. правилах, ссылающихся на самих себя и тем самым заключающих в себе логическое противоречие.⁵³ Г. Харт попытался доказать, что аргумент о бесконечном регрессе санкций окажется несостоятельным, если допустить, что серия санкций замыкается самореферентным правилом, устанавливающим санкцию не только за нарушение предыдущего правила серии, но и за его собственное нарушение. Таким образом, Г. Харт дополняет анализ проблемы бесконечной серии санкций анализом проблемы самореферентности в конституционном праве, поставленной в работах А. Росса.⁵⁴ Г. Харт полемизирует с А. Россом, полагавшим, что самореферентное правило является бессмысленным, и стремится доказать допустимость и уместность самореферентности вообще и в праве в частности.

⁴⁸Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Cambridge, 1949. P. 28–29.

⁴⁹Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 40.

⁵⁰Kelsen H. *General Theory of Law and State*. P. 59–60.

⁵¹Шмитт К. *Политическая теология*. С. 21.

⁵²Шмитт К. *Новые принципы для правовой практики* // Шмитт К. *Государство и политическая форма*. С. 259.

⁵³Подробнее об этом см.: Краевский А. А., Тимошина Е. В. Проблема самореферентности в праве: к истории дискуссии // *Правоведение*. 2012. № 3. С. 35–43. — Примером логического противоречия, характеризуемого как самореферентность, или рефлексивность, является *парадокс Эпименида*: «Критянин Эпименид сказал, что все критяне лжецы и все высказывания, сделанные критянами, определено ложны. Ложно ли высказывание самого Эпименида? Простейшую форму этого противоречия представляет человек, который говорит “Я сейчас лгу”; если он лжет, он говорит правду, и наоборот» (Рассел Б. *Математическая логика, основанная на теории типов* (1908) // Рассел Б. *Введение в математическую философию*. Избр. работы / вступ. статья В. А. Суровцева; пер. с англ. В. В. Целищева, В. А. Суровцева. Новосибирск, 2007. С. 22, 24).

⁵⁴Ross A. *On Law and Justice*. Berkeley, 1959. P. 81–83.

Г. Харт также рассматривает аргумент о бесконечной серии санкций в качестве «корректного» и соглашается с Г. Кельзеном в том, что его чистое учение о праве, в котором принуждение является существенным элементом права, оказывается неуязвимым для данного аргумента. Однако Г. Харт полагает, что, прежде чем отвергнуть теорию, подобную теории Дж. Остина, как логически абсурдную, необходимо попытаться сформулировать требование того, чтобы каждое правило было снабжено санкцией за его нарушение в форме, которая не влечет бесконечного регресса. Ученый считает это возможным, так как для выполнения данного требования несущественно, что санкция, установленная за нарушение правила, должна быть установлена другим правилом. По мнению ученого, нет причины, по которой правило не должно устанавливать санкцию за нарушение как других правил, так и его самого. Оппонент Г. Харта А. Росс считал самореферентные правила, например, нормы конституции, определяющие порядок изменения норм конституции, бессмысленными, что, по его мнению, составляет «загадку» конституционного права. В отличие от А. Росса Г. Харт видит решение проблемы бесконечного регресса санкций в частично самореферентных правилах, т. е. правилах, ссылающихся в том числе и на самих себя, примером которых может быть следующее: «Орган сообщества (судья) должен наказать каждого, кто нарушит любой закон, включая этот». Данное правило на самом деле отправляет к бесконечной серии обязанностей и нарушений и не порождает бесконечного порочного регресса правил в отличие от требования того, чтобы каждое юридическое правило было санкционировано другим юридическим правилом, которое способно привести лишь к «асимптотическому заиканию», а именно: «Судья должен наказать любого судью, который не станет наказывать любого судью, который... и т. д. и т. д.» *ad infinitum*.⁵⁵

Юридический позитивизм в XX в. столкнулся с несколькими теоретическими затруднениями, обусловленными дискредитацией идеи суверена как базового концепта классической позитивистской теории. Позитивисты XX в. пытались разрешить возникшие перед ними проблемы, связанные с обоснованием действительности права и его принудительной силы, исключительно логическим путем, не прибегая ни к ценностным аргументам, которые они считали неприемлемыми в структуре научной теории, ни к «воле суверена», которая была исключена из позитивистской теории как не поддающаяся научному анализу метафизическая сущность. Хотя юридический позитивизм в постсоветской теории права часто необоснованно отождествляется с правовым этатизмом, однако именно в юридико-позитивистской традиции, прежде всего в рамках разработанной Г. Кельзеном модели тождества государства и права, которая была направлена против этатизма классического юридического позитивизма, был осуществлен последовательный отказ от идеи суверена и «догмы суверенитета», что имело своим следствием релятивизацию понятия государства⁵⁶ и обоснование идеи глобального правопорядка – *civitas maxima*, согласно теоретическому замыслу Г. Кельзена.⁵⁷

⁵⁵Харт Г. Самореферентные законы / пер. с англ. А. А. Краевского // *Правоведение*. 2012. № 3. С. 44–52.

⁵⁶Kelsen H. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, 1992. P. 124–125.

⁵⁷См., напр.: 1) Kelsen H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, 1920. S. 204 исл.; 2) Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 93–97.

Е.В. Тимошина: Суверендігі жоқ құқық: XX ғасырдың құқықтық позитивизміндегі құқықтың шынайылық мәселесі.

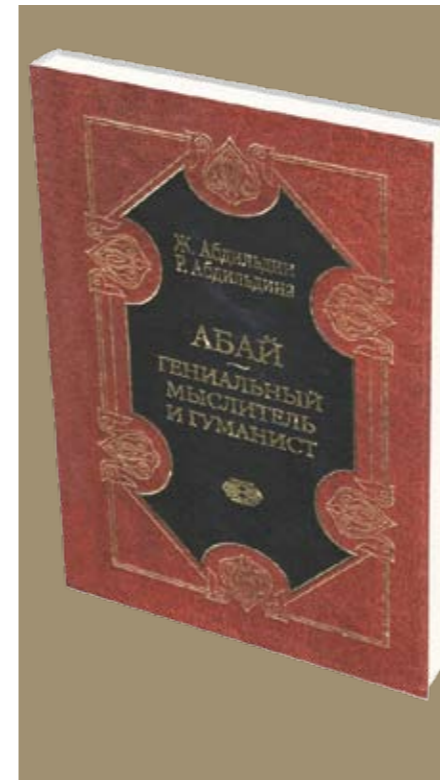
Абсолютті сувереннің классикалық позитивистік идеясынан бас тарту XX ғасырдың құқықтық позитивизмінің алдына құқықтың міндеттілігі мен оның мәжбүрлеу күшін негіздеу мәселесін қойды. Мақалада құқық шынайылығының (анықтығының) этикалық (табиғи-құқықтық) және құқықтық (позитивистік) моделі салыстырылады. Соңғысының шеңберінде «негізгі нормалардың» аналитикалық (Г. Кельзен) және эмпирикалық (Г. Харт) түсіндірілуі қарастырылады.

Түйінді сөздер: XX ғасырдың құқықтық позитивизмі, скандинавиялық құқықтық реализм, құқық философиясының оксфорд мектебі, құқық туралы таза ілім, құқықтың шынайылығы, құқықтағы мәжбүрлеу, негізгі норма, Р. Алекси, Г. Кельзен, К. Оливекрона, Дж. Остин, Л.И. Петражицкий, А. Росс, Г. Харт.

E. Timoshina: Law without Sovereign: the Problem of Legal Validity of the Twentieth Century Legal Positivism.

Rejection of the classic positivist notion of absolute sovereign put before the 20th century legal positivism the problem of foundation of obligatoriness of law and its coercive force. In the paper author compares ethical (of natural law) and legal (positivistic) outlines of the validity of law. In the framework of latter we can distinguish analytical (H. Kelsen) and empiric (H. Hart) interpretations of the «basic norm».

Keywords: 20th century legal positivism, Scandinavian legal realism, Oxford School of legal philosophy, pure theory of law, validity of law, coercion in law, basic norm, R. Alexy, H. Kelsen, K. Olivecrona, J. Austin, L. Petrazhycki, A. Ross, H. Hart.



НОВЫЕ КНИГИ

Абдильдин Ж., Абдильдина Р. *Абай – гениальный мыслитель и гуманист* / Жабайхан Абдильдин, Раушан Абдильдина. Астана: Фолиант, 2015. – 232 с. ISBN 978-601-302-288-8

Книга посвящена исследованию и осмыслению философско-этического учения великого Абая, раскрывшего перед казахским народом новые горизонты развития, поднявшего его духовную культуру и мышление на новую ступень, открывшего перед ним новое духовное пространство, разработавшего новые образцы художественного освоения действительности.

Авторы знакомят читателя с оригинальной философской концепцией Абая, в которой он всесторонне разработал свое понимание таких фундаментальных вопросов, как сущность человека, его природа, универсальные способности, идеалы, смысл жизни, духовные ценности, формирование целостной личности.

Книга адресована специалистам в области философии, этики, культурологии, а также всем тем, кто интересуется проблемами философии и духовной культуры.