

ПРАВО, ГОСУДАРСТВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ
В ЧИСТОМ УЧЕНИИ О ПРАВЕ*

Г. КЕЛЬЗЕН**

В статье австрийского правоведа Г. Кельзена, написанной в ответ на критику американского юриста Г. М. Бергмана, раскрывается позиция чистого учения о праве о понятиях права, государства и справедливости. Этим вопросам соответствуют три части статьи. Определение права как принудительного порядка — единственное определение, способное подвести под одно понятие все многообразие исторически существовавших общественных порядков, именуемых правом. Вопрос о соотношении права и государства решается Кельзенем путем сведения государства к праву, поскольку право является единственным фактором, объединяющим индивидов в политическое сообщество. Таким образом преодолевается традиционный методологический дуализм права и государства. Метод чистого учения о праве состоит в структурном анализе права. Вопрос о справедливости или несправедливости правового порядка принципиально выходит за пределы сферы применения данного метода. Оценки с точки зрения справедливости могут применяться лишь при формулировании правовой политики. Вместе с тем Кельзен стремится доказать, что никакой объективный критерий справедливости не возможен, так как утверждение о том, что нечто справедливо или несправедливо, является оценочным суждением, отсылающим к конечной цели. Такие оценочные суждения, как основанные на эмоциональных элементах нашего сознания, субъективны по характеру и в отличие от высказываний о реальности не могут быть верифицированы фактами. Кельзен показывает, что, вопреки распространенному мнению, естественно-правовая доктрина, обосновывающая дуализм позитивного и подлинного естественного права, зачастую стремится не к критике позитивного права, а к его легитимации.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: понятие справедливости, понятие права, понятие государства, юридический позитивизм, чистое учение о праве.

* *Kelsen H. Law, State and Justice in the Pure Theory of Law // The Yale Law Journal. Vol. 57. N 3. 1948. P. 377–390.* — Статья представляет собой полемический ответ на статью Г. М. Бергмана: *Bergman G. M. The Communal Concept of Law // The Yale Law Journal. Vol. 57. 1947. P. 55.*

** Кельзен Ханс (1881–1973) — выдающийся австрийский правовед, основоположник чистого учения о праве, профессор Венского, Кёльнского, Пражского и Калифорнийского университетов. Статья написана после переезда ученого в США.

Kelsen Hans (1881–1973) — prominent Austrian legal scholar, founder of the pure theory of law, professor of the universities of Vienna, Cologne, Prague and California.

Перевод с англ. А. А. Краевского.

© А. А. Краевский (пер.), 2013

E-mail: a.krajewski@yandex.ru

KELSEN H. LAW, STATE AND JUSTICE IN THE PURE THEORY OF LAW

The paper of the Austrian legal scholar H. Kelsen, written in response to the criticism of the American lawyer G. M. Bergman, presents the view of the pure theory of law with respect to the concepts of law, state and justice. Three parts of the paper correspond to these issues. The definition of law as a coercive order is the only definition able to qualify the variety of historical social orders called law as one concept. Kelsen resolves the problem of correlation between the law and the state reducing the state to the law because the law is the only factor which unites individuals into the political community. Thus, the traditional methodological dualism of the law and the state is overturned. The method of the pure theory of law is a structural analysis of law. The question whether the legal order is fair or unfair is fundamentally out of the scope of its application. Evaluations in terms of justice can be used only in formulation of the legal policy. Nonetheless Kelsen argues that there cannot be any objective criterion of justice because the statement that something is fair or unfair is a value judgment referring to an ultimate end. These value judgments are subjective in character because they are based on the emotional faculties of our minds and, as opposed to statements about reality, cannot be verified by facts. Contrary to widespread opinion, Kelsen demonstrates that the natural law doctrine which substantiates the dualism of positive and natural (genuine) law speaks not against positive law, but legitimises it. KEYWORDS: concept of justice, concept of law, concept of state, legal positivism, pure theory of law.

I

Отличительная черта той примитивной интерпретации природы, которую мы называем анимизмом, состоит в том, чтобы вообразить душу, дух или божество находящимися внутри или стоящими за явлениями для объяснения их существования или функции и, таким образом, заменить реальное объяснение удвоением мира. Почему дерево растет, а река течет? Потому что в видимом дереве есть невидимая дриада, а в реке — нимфа — отвечали примитивные греки, создавшие бога Гелиоса, стоящего за Солнцем, и богиню Селену — за Луной, персонифицируя таким образом эти предметы. Тенденция к персонификации появляется из анимизма. Прогресс естествознания в значительной степени состоит в освобождении от анимизма; и если развитие социальных наук по-прежнему далеко отстает от естествознания, то, помимо прочего, это связано с тем, что в этой области анимистическое и, следовательно, персонифицирующее мышление до конца не устранено. Чистое учение о праве рассматривает в качестве одной из своих основных задач освобождение правоведения от остатков анимизма, играющих особенно опасную роль, когда юристы оперируют понятием юридического лица. Если мы рассуждаем в терминологии «лиц», если мы говорим, что юридическое лицо действует или имеет субъективное право или юридическую обязанность, мы должны всегда спрашивать, что персонифицируется, и пытаться описать рассматриваемые юридические явления в терминах правовых отношений между индивидуальными человеческими существами, т. е. в терминах человеческих отношений, определенных правом.

Типичным примером анимистического удвоения объекта познания является дуализм права и государства, по-прежнему поддерживаемый традиционной юриспруденцией и политической теорией. Сложно отрицать,

что право представляет собой социальный порядок, т. е. порядок, регулирующий взаимное поведение человеческих существ. Порядок является совокупностью правил, предписывающих определенное человеческое поведение, т. е. системой норм. Утверждение, что цель права состоит в установлении порядка, — одна из многих тавтологий, используемых юриспруденцией, или, что то же самое, вводящий в заблуждение плеоназм. Оно создает иллюзию существования двух вещей: права, с одной стороны, и порядка — с другой. Но право само по себе является порядком, который имеют в виду те, кто говорит о «праве и порядке».

Как и любая наука, правоведение, прежде всего, должно определить свой предмет путем указания на его отличие от других похожих предметов, путем ответа на вопрос: что представляет собой право как предмет особой науки? Как и любая наука, правоведение при определении своего предмета должно исходить из определенной языковой практики, из обычного смысла слова, которым обозначается его предмет. Можно увидеть, имеется ли у общественного явления, называемого «правом», общая (*common*) черта, достаточная для построения обобщенного (*general*) понятия для рационального понимания общественной жизни. Если чистое учение о праве предполагает, что принуждение — это существенный элемент права, оно делает это потому, что тщательное исследование общественных порядков, именуемых «правом», в истории человечества показывает, что эти общественные порядки, несмотря на огромные различия, имеют один общий элемент, исключительно важный в общественной жизни: все они предписывают акты принуждения в качестве санкций. Определяя понятие права как принудительного порядка — порядка, предписывающего акты принуждения в качестве санкций, чистое учение о праве просто принимает значение термина «право», предполагающееся в истории человечества,¹ т. е. рассматривает право как специфическую социальную технику. Эта техника характеризуется тем, что общественный порядок, называемый правом, стремится вызвать определенное поведение людей, рассматриваемое законодателем как желательное, путем установления актов принуждения в качестве санкций в случае противоположного поведения.²

Определение понятия права как принудительного порядка отсылает к содержанию юридических правил; оно означает, что эти правила устанавливают акты принуждения в качестве санкций. Это не значит, что представление людей о праве осуществляет в отношении них психическое принуждение, заставляя их соблюдать данный порядок. Если это

¹ Мистер Бергман возражает чистому учению о праве, говоря, что определение понятия права как принудительного порядка — «это постановка вопроса. Как можно знать вначале, что то, что называется “позитивным правом”, вообще является “правом”? Более уместным будет назвать такие правила “позитивными нормами”». Но что если эти нормы представляют себя как «право»? М-р Бергман отказывается называть их правом, поскольку он понимает под правом только право, которое справедливо. Поскольку чистое учение о праве не претендует на то, что его определение относится к справедливому праву, но только к тому, что обычно называется или всегда называлось правом, постольку чистое учение о праве не интересуется вопросом о том, является ли право, определяемое самим собой, правом в том специфическом смысле, в котором М-р Бергман использует этот термин, — здесь, разумеется, вопрос заранее не решен (*Kelsen H.* 1) *General Theory of Law and State*. Cambridge, 1946. P. 18–21; 2) *Law and Peace in International Relations*. Cambridge, 1942. P. 3–11).

² *Kelsen H.* *The Law as a Specific Social Technique // The University of Chicago Law Review*. Vol. 9. 1941. P. 75.

соблюдение, чем бы оно ни было вызвано, называется действенностью, то действенность является условием действительности права. Но оно не является специфическим элементом понятия права. Ни один общественный порядок, включая тот, который мы называем моралью или справедливостью, не рассматривается как действительный, если он не обладает определенной действенностью, т. е. если человеческое поведение, регулируемое данным порядком, совершенно ему не соответствует. Именно действенность общественного порядка в обычном словоупотреблении называется властью или силой, стоящей за порядком. Почему данный правовой порядок на самом деле действителен, почему люди ведут себя правомерно, — сказать сложно, потому что у нас нет адекватного метода выяснения мотивов правомерного поведения. Страх санкций, вводимых правом, особенно если применение санкций централизовано, может играть решающую роль; но нельзя исключать, что правовой порядок или его части действительны по другим причинам. Следовательно, действенность как условие действительности права нельзя смешивать с принуждением как существенным элементом понятия права.³

II

О соотношении права и государства обычно говорят, что государство — это политическое сообщество, которое создает или принудительно обеспечивает общественный порядок, называемый правом. Это высказывание предполагает, что государство и право — это две разные вещи: одно — это сообщество, организация (*body*) индивидов, а другое — порядок, система норм. Но что такое сообщество? Когда несколько человеческих существ образуют сообщество, когда они становятся сообществом, рассматриваемым как организация? Правоведение, я полагаю, не склонно воспринимать эти фигуры речи буквально. В чем же тогда их реальный смысл? Термин «сообщество», по-видимому, указывает на то, что индивиды, образующие сообщество, имеют что-то общее. Очевидно, что не всё, что является общим для индивидов, конституирует сообщество. Не все люди, имеющие в качестве общей черты темные волосы, образуют сообщество, во всяком случае не в том смысле, в каком сообществом является государство. Иногда предполагают, что сообщество — это общность интересов (*community of interests*), другими словами, индивиды, имеющие общие интересы, образуют сообщество.⁴ Это, конечно, не верно. Общие интересы могут быть причиной создания сообщества; но не все индивиды, имеющие общие интересы, образуют сообщество; и существуют сообщества индивидов, которые не основаны полностью на общих интересах этих индивидов, сообщества, которые включают индивидов с противоположными интересами. Но представлять их как сообщества по интересам — идеологическое преимущество для тех, в чьих преимущественных

³ М-р Бергман отрицает точку зрения, согласно которой санкция существенна для правовой нормы, путем утверждения, что, как он убежден, «сила не может создавать право». Это всего лишь вышеупомянутое смешение. Если бы он проанализировал явление, которое он называет «силой», то, вероятно, был бы более осторожен в своих высказываниях об отношениях между правом и силой. Ср. главы «Психическое принуждение» и «Мотивы правомерного поведения» в: *Kelsen H. General Theory of Law and State*.

⁴ Таким образом, м-р Бергман говорит: «Сообщество появляется, когда двое или более лиц обладают общими интересами».

интересах основаны сообщества. Среди индивидов, формирующих сообщество, они могут быть как большинством, так и меньшинством. отождествлять понятие сообщества с общностью интересов — значит поощрять этот идеологический интерес. Типичным примером является определение государства как сообщества, основанного на общем интересе его субъектов, или как сообщества, установленного с целью реализации общего интереса его субъектов. Это определение, очевидно, игнорирует тот факт, что население государства, если говорить о реальных интересах индивидов, не обязательно представляет собой однородное целое (*body*), что население всегда делится на антагонистические группы по интересам, что нет и никогда не было государства, внутри которого нет большого или малого числа индивидов, чьи интересы, правильно или ложно ими понимаемые, направлены против тех [интересов], на которых основывается сообщество, или которые это сообщество реализует. Утверждение, что сообщество, называемое государством, основано на общих интересах своих субъектов, доходит до доктрины, в соответствии с которой сообщество основывается на согласии всех его членов. Это старая фикция общественного договора. Ее можно поддерживать только при помощи другой фикции: тот, кто остается в сообществе, соглашается с его порядком и, следовательно, показывает, что это в его интересах. *Qui tacet consentire videtur* (лат. «кто молчит, тот считается согласившимся». — Прим. пер.). Это одна из худших фикций, изобретенных римскими юристами. Утверждение, что государство — это сообщество, основанное на общих интересах всех его субъектов или функционирующее для них, имеет ту же природу, что и утверждение, защищаемое Платоном в его диалоге «Законы»: только справедливый человек счастлив, несправедливый человек несчастлив. Сам он говорит, что это утверждение — ложь, но ложь полезная, потому что она побуждает граждан соблюдать закон, а это, согласно Платону, значит быть справедливым. Таким образом, действия правительства, заставляющего граждан поверить в это, оправданны.⁵

Тот факт, что несколько индивидов обладают общим интересом, конституирует сообщество не более, чем тот факт, что они обладают общим темным цветом волос. Индивиды образуют сообщество, только если между ними существуют специфические взаимоотношения; а правовое сообщество существует, если эти взаимоотношения определяются правом. В обширном исследовании, посвященном данной проблеме, я показал, что отношения между индивидами, конституирующие сообщество, которое мы называем государством, это правовые отношения, что невозможно установить единство множества индивидов, которое мы называем государством, при помощи критерия, независимого по отношению к общественному порядку, который мы называем правом государства, определить государство как метаюридическую сущность.⁶ Насколько я могу судить, аргументы, представленные в этом исследовании, никем не были опровергнуты. Правовой характер сообщества, называемого государством, особенно заметен, когда государство рассматривается в тех отношениях, которые обычно предполагаются существующими между этим сообществом как политическим единством и правом. Если мы говорим, что государство

⁵ *Plato. Laws. II. 661 ff.* (См. также: *Платон. Собрание сочинений. В 4 т. Т. 4. М., 1994. С. 109–110.* — Прим. пер.).

⁶ *Kelsen H. Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff. Tübingen, 1928.*

создает или обеспечивает принуждением право, государство рассматривается как действующее лицо. Но государство может действовать только через индивидуальных человеческих существ. Когда акт, совершенный человеческим существом, может быть интерпретирован как акт государства? В чем критерий этого вменения акта видимого существа невидимому лицу государства? В своей сущности проблема государства — это проблема вменения. Единственный возможный ответ состоит в том, что акт, совершенный человеческим существом, может быть вменен государству, если этот акт специфическим образом определен правовым порядком. До тех пор, пока нет другого удовлетворительного ответа на вопрос о критерии этого вменения, мой тезис о том, что государство как действующее лицо и как субъект прав и обязанностей не что иное, как юридическая конструкция, остается непоколебимым. То, что государство создает право, значит, что человеческие существа в своей компетенции органов государства создают право; а это значит, что они создают право в соответствии с юридическими правилами, регулирующими создание права.⁷ То, что государство обеспечивает право принуждением, означает, что человеческое существо, действующее в качестве органа государства, применяет санкции, установленную правом. Человеческие существа, осуществляющие акты государства, действуют как «органы государства». Эта фигура речи означает, что их акты вменяются государству, а это с необходимостью означает, что эти акты — правовые акты.

Человеческие отношения, которые в своей совокупности называются сообществом, всегда определены порядком, регулирующим взаимное поведение соответствующих индивидов. Этот социальный порядок конституирует сообщество. Именно этот порядок — то общее, что есть у индивидов, относящихся к сообществу. Социальный порядок и конституируемое им сообщество — это не две разные вещи. Индивид, наряду с другими индивидами, принадлежит определенному порядку лишь постольку, поскольку его поведение по отношению к другим индивидам регулируется данным порядком. Быть членом сообщества означает не что иное, как быть подчиненным данному порядку. Чтобы избежать вводящего в заблуждение появления дуализма общественного порядка и государства, корректнее было бы сказать, что общественный порядок — это сообщество, а не что общественный порядок конституирует сообщество.

Если государство — сообщество, то это правовое сообщество. Как сообщество оно является правовым порядком, о котором мы, не очень корректно, говорим, что он конституирует сообщество. Кто может отрицать, что государство — это общественный порядок? И если принять это утверждение, то каким еще порядком, кроме правового, может быть государство, если, как это выражено в естественном языке, для государства существенно обладать правовым порядком или устанавливать или принудительно обеспечивать его?

⁷ М-р Бергман не согласен с утверждением о том, что право регулирует свое собственное создание, поскольку под правом он понимает справедливость. Чистое учение о праве никогда не утверждало, что справедливость регулирует свое собственное создание или что позитивное право регулирует создание справедливости. Но утверждение о том, что процесс, посредством которого создается позитивное право, — законодательство, судопроизводство, — регулируется позитивным правом, едва ли может быть отвергнуто.

Однако говорить, что государство как общественный порядок тождественно праву, не корректно.⁸ Не всякий правовой порядок является государством. Только относительно централизованный правовой порядок называется государством. Персонификация этого правового порядка — государство как действующее лицо. Понимать эту фигуру речи буквально, гипостазировать эту персонификацию, а затем говорить о государстве как о предмете, отличном от «его» правового порядка, представлять государство авторитетом (*authority*), сообществом или властью, стоящей за правом, так же как Гелиос представлялся стоящим за Солнцем, а Селена — за Луной, и делать из государства бога права — остаток анимизма в юриспруденции и политической теории, который чистое учение о праве стремится устранить, поскольку он ведет к псевдопроблемам и пустым тавтологиям.⁹ Похоже, что это бесплодные усилия. Причиной является то, что политический интерес в том, чтобы люди верили в бога права, сильнее, чем интерес в научном анализе и корректном описании рассматриваемого явления.

III

Чистое учение о праве ограничивает себя структурным анализом позитивного права, основанным на сравнительном исследовании общественных порядков, которые существуют сейчас и существовали исторически под именем права. Таким образом, проблема происхождения права — права вообще или отдельного правового порядка, подразумевающая причины, вызвавшие появление права вообще или отдельного правового порядка со специфическим содержанием, — выходит за границы этой теории. Эти причины являются проблемами социологии и истории и как таковые требуют методов, совершенно отличных от метода структурного анализа данных правовых порядков. Методологическое различие между структурным анализом права, с одной стороны, и социологией и историей права — с другой, такое же, как между теологией и социологией или историей религии. Предметом теологии является Бог, предполагающийся существующим; предмет социологии и истории религии — вера людей в Бога или богов, независимо от того, существует предмет такой веры или нет. Чистое учение о праве имеет дело с правом как системой действительных норм, созданных актами человеческих существ. Это юридический подход к проблеме права. Социология и история права пытаются описать и объяснить тот факт, что у людей есть идея права, различающаяся в зависимости от времени и места, и тот факт, что люди подчиняют или не подчиняют свое поведение этим идеям. Очевидно, что юридическое мышление отличается

⁸ М-р Бергман ошибочно утверждает, что чистое учение о праве отождествляет государство с правом. Я никогда не утверждал, что высоко децентрализованные социальные порядки первобытных людей и международное право конституируют государства.

⁹ Поскольку м-р Бергман не видит, что право регулирует свое собственное создание, он придерживается обычного выражения, что право — это творение политического сообщества. Таким образом, он определяет право как «средства, которыми политическое сообщество пытается реализовать свой основной интерес по установлению мира и порядка на территории». То, что целью права является утверждение мира, верно, но это не конституирует элемент определения понятия права. Вопрос в том, какими способами устанавливается мир, когда он устанавливается правом. Если мы исключим установление мира из определения как несущественное и если мы заменим «сообщество» порядком, конституирующим сообщество, определение Бергмана равносильно бессмысленным утверждениям: право — это средства, которыми право стремится реализовать право.

от социологического или исторического. «Чистота» теории права, стремящейся к структурному анализу позитивных правовых порядков, состоит в чем ином, как в устранении из своей сферы проблем, требующих метода, не соответствующего ее собственной специфической проблеме. Постулат чистоты — это неизбежное требование избегать синкретизма методов, постулат, который традиционная юриспруденция не признает или, по крайней мере, признает не достаточно. Устранение проблемы из сферы чистого учения о праве, разумеется, не влечет отрицания легитимности этой проблемы или науки, которая ею занимается. Право может быть предметом (*object*) разных наук; чистое учение о праве никогда не претендовало на то, чтобы быть единственной возможной или легитимной наукой о праве. Другими являются социология права и история права. Они, вместе со структурным анализом права, необходимы для полного понимания сложного явления права. Сказать, что чистой теории права не может быть, потому что структурного анализа права, ограничивающего себя своей специфической проблемой, недостаточно для полного понимания права, все равно, что сказать, что не может быть науки логики, потому что полное понимание психического явления мышления невозможно без психологии.¹⁰

Подобно вопросу о происхождении права на вопрос, справедлив или несправедлив данный правовой порядок, нельзя ответить в пределах и при помощи специфических методов науки, направленных на структурный анализ позитивного права. Это не обязательно предполагает, что на вопрос о том, что такое справедливость, совсем нельзя ответить научным и, так сказать, объективным образом. Но даже если бы было возможно объективно решать, что справедливо, а что несправедливо, так же как можно определить, что является кислотой, а что основанием, справедливость и право должны рассматриваться как два разных понятия. Если идея справедливости вообще обладает какой-либо функцией, она состоит в том, чтобы быть моделью для создания хорошего права и критерием для различения хорошего права и плохого.

В традиционной юриспруденции, однако, есть терминологическая тенденция отождествлять право и справедливость, использовать термин «право» в смысле справедливого права и декларировать, что принудительный порядок, который в целом действителен и, таким образом, представляет собой действительное позитивное право, или отдельная норма такого общественного порядка — это не настоящее или истинное право, если оно не справедливо. Это использование термина «право» имеет своим следствием то, что любое позитивное право, или отдельная норма позитивного права, в первую очередь должно рассматриваться как справедливое, поскольку оно представляет себя как право и в целом называется правом. Можно усомниться, заслуживает ли оно называться правом, но в этом сомнении есть польза. Тот, кто отрицает справедливость такого «права» и утверждает, что так называемое право не является «истинным», должен это доказать; и это доказательство практически невозможно, поскольку нет объективного критерия справедливости. Таким образом, реальный эффект терминологического отождествления права и справедливости состоит в непроизвольном (*illicit*) оправдании любого позитивного права.

Нет и не может быть объективного критерия справедливости, потому что утверждение о том, что нечто справедливо или несправедливо,

¹⁰ Это ответ на категорическое высказывание Бергмана о том, «что не может быть чистой теории права».

является оценочным суждением (*judgment of value*), отсылающим к конечной цели, а такие оценочные суждения по самой своей природе субъективны по характеру, потому что основаны на эмоциональных элементах нашего сознания, на наших переживаниях (*feelings*) и желаниях. Они не могут быть верифицированы фактами, в отличие от высказываний о реальности. Конечные оценочные суждения — это главным образом акты предпочтения; они указывают, скорее, на то, что лучше, а не на то, что хорошо; предполагают выбор между двумя конфликтующими ценностями, например, выбор между свободой и безопасностью. Предпочтительнее ли общественная система, гарантирующая индивидуальную свободу, но не экономическую безопасность, или общественная система, гарантирующая экономическую безопасность, но индивидуальную свободу, — зависит от решения вопроса, чья ценность выше: свободы или безопасности. Едва ли можно спорить с тем, что существует определенное различие между утверждением, что ценность свободы выше, чем ценность безопасности, или наоборот утверждением, что вода тяжелее дерева. Есть индивиды, предпочитающие свободу безопасности, потому что они чувствуют себя счастливыми, только если свободны, и, соответственно, предпочитающие общественную систему и считающие ее справедливой, только если она гарантирует индивидуальную свободу. Но другие предпочитают безопасность, потому что чувствуют себя счастливыми, только если они экономически защищены, и, соответственно, считают общественную систему справедливой, только если она гарантирует их экономическую безопасность. Их суждения о ценности свободы и безопасности и, соответственно, их идея справедливости, в конечном счете, не основываются ни на чем ином, кроме их переживаний. Никакая объективная верификация соответствующих оценочных суждений невозможна. А поскольку люди сильно различаются в своих переживаниях, их идеи справедливости сильно различаются. В этом причина того, почему, несмотря на попытки самых выдающихся мыслителей человечества решить проблему справедливости, не только нет согласия, но и существует сильнейший антагонизм при ответе на вопрос о том, что справедливо. Заметно отличается ситуация с высказываниями о реальности. Утверждение, что вода тяжелее дерева, может быть верифицировано экспериментом, показывающим, что высказывание соответствует фактам. Высказывания о фактах, конечно, основаны на восприятии наших чувств (*senses*), контролируемых нашим разумом, и, следовательно, в определенном смысле тоже субъективны. Но восприятия наших чувств в значительно большей степени контролируются нашим разумом, чем наши переживания, и фактически никто не сомневается в том, что вода тяжелее дерева. Даже если мы принимаем философию радикального субъективизма и допускаем, что мир существует только в сознании человека, мы, тем не менее, должны отмечать разницу между оценочными суждениями и высказываниями о реальности. Различие может быть относительным только в степени субъективности («объективный» означает наименьшую возможную степень субъективности). Но относительное различие достаточно велико для оправдания разграничения суждения о том, что справедливо, и высказывания о том, что является правом, позитивным правом. «Позитивное» право означает, что право создано актами человеческих существ, имеющими место во времени и пространстве, в противоположность естественному праву, которое предполагается возникающим иным путем. Следовательно, вопрос о том, что является позитивным правом, правом определенной страны или правом в конкретном случае, это вопрос правотворческого акта, имевшего место в определенное время и в определенном месте. Ответ на этот вопрос не

зависит от переживаний отвечающих субъектов; он может быть верифицирован объективно устанавливаемыми фактами, в то время как вопрос, является ли право определенной страны или некоторое решение определенного суда справедливым, зависит от идеи справедливости, предполагаемой отвечающим субъектом, а эта идея основана на эмоциональной функции его сознания.¹¹

Терминологическое отождествление права и справедливости — один из характерных элементов естественно-правовой доктрины, представляющей справедливость под именем «естественного» права. Позитивное право — это тоже «право»; и до тех пор, пока не доказано его расхождение с естественным правом, оно должно рассматриваться как подлинное право. Почти все сторонники естественно-правовой доктрины предполагают, явно или молчаливо, что существует презумпция соответствия позитивного права естественному. Историческая функция естественно-правовой доктрины состояла в защите авторитета позитивного права. Эта доктрина имела и по-прежнему имеет главным образом консервативный характер. Верно, что революционные движения также использовали эту доктрину для оправдания своих требований. Но классические представители естественно-правовой доктрины вовсе не были революционерами.¹²

Презумпция в пользу позитивного права основывается на важном следствии дуализма естественного и позитивного права. Акты человеческих

¹¹ То, что высказывание о реальности основано на восприятии наших чувств, конечно, не означает, что такое высказывание истинно, поскольку в него верят, как м-р Бергман утверждает, с тем чтобы доказать, что не существует никакой разницы между оценочными суждениями и высказываниями о реальности, поскольку и те, и другие «субъективны». Утверждение, что Солнце вращается вокруг Земли, не было истинным, хотя люди в него и верили; люди верили в него, поскольку они ошибочно считали его истинным. Если бы утверждение было истинным, потому что люди в него верили, тогда два противоречивых утверждения были бы истинны одновременно, если бы нашлись люди, которые верили бы в одно, а также люди, которые верили бы в другое. Это подразумевало бы отказ от логики. М-р Бергман серьезно полагает, что «истина — это то, во что верит человек», и объективность его веры заключается в «ее распространенности в сообществе... независимо от того, затрагивает ли вера физический факт или моральную оценку». Последовательно он отрицает разницу между верой и знанием, что подразумевает отказ от всякого различия между религией и наукой. В этом отношении, я боюсь, м-р Бергман доказал слишком много. Но в другом отношении — слишком мало. Его доктрина подразумевает, что субъективная ценность суждения обретает объективность, если субъектом оценки выступает сообщество. Он говорит о «вере сообщества», о понятии или о чувстве справедливости сообщества, как если бы сообщество было оценивающим субъектом. Имеется в виду, что индивиды, принадлежащие сообществу, или большинство этих индивидов имеют одинаковое субъективное оценочное суждение. Тем не менее тот факт, что многие индивиды принимают одинаковые оценочные суждения, не может изменить характер суждения. М-р Бергман смешивает объективность суждения с распространенностью акта суждения. Кроме того, заменой индивида персонализированным сообществом в качестве оценивающего субъекта мы ничего не выигрываем. До тех пор, пока существует множество разных сообществ, существует множество разных «вер сообществ» или оценочных суждений сообщества, особенно много разных суждений сообщества о том, что справедливо. В одном сообществе преобладают социалистические, в другом — индивидуалистические идеалы справедливости. Тогда возникает вопрос, какие из этих разных идеалов являются правильными. А на этот вопрос философия м-ра Бергмана не дает ответа.

¹² *Kelsen H.* 1) *Naturrecht und Positives Recht // Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts.* 2 Jahrgang. 1927–1928. S. 71; 2) *Die Idee des Naturrechts Zeitschrift für öffentliches Recht.* Bd. 7. 1927. S. 221.

существ, при помощи которых, по мнению юридического позитивизма, создается право, такие как обычай, законодательство, судебное решение, имеющие, следовательно, конститутивный характер, в естественно-правовой доктрине должны интерпретироваться как всего лишь декларативные. С точки зрения этой доктрины органы сообщества не создают право, они только вос-создают пред-существующее право, созданное Богом, природой, человеческим разумом или каким-либо другим загадочным путем. Органы сообщества могут, конечно, ошибиться в выполнении своей задачи поиска права и формулирования его адекватным образом, но необходимо предполагать, что в целом они достигают успеха; иначе право в мире не было бы реализовано. Кроме того, кто может компетентнее решать, что предписывает естественное право и соответствует ли позитивное право естественному праву, подлинному праву, чем органы сообщества, чьей задачей является поиск этого права? Передать эту компетенцию не органам сообщества, а исключительно субъектам, от которых ожидается соблюдение права, равносильно установлению анархии. Как ни парадоксально это выглядит, тем не менее фактом является то, что доктрина, отрицающая, что создатели позитивного права на самом деле являются теми, кем претендуют быть, — создателями права, своим последствием, если не целью, имеет усиление их авторитета.

Таким образом, доктрина дуализма права, истинного права, созданного загадочным авторитетом, и позитивного права, простого воссоздания первого, скрывается под многими масками. Она, например, составляет основу разделения, проведенного Руссо, между «общей волей» (*volonté générale*) и «волей всех» (*volonté de tous*). «Общая воля» всегда права, т. е. справедлива, потому что всегда направлена на общий интерес членов сообщества. Органы сообщества в своем правотворчестве только выражают общую волю. Они могут достичь успеха, а могут и не достичь; даже решение, принятое единогласно или большинством людей, может потерпеть неудачу в выражении общей воли и, следовательно, не стать для субъектов обязательным.¹³ Но как общая воля может обрести существование, если не единогласным голосованием или голосованием большинства людей? Кто компетентен решать, соответствует ли в конкретном случае «воля всех», в особенности воля большинства, «общей воле»? Классическая работа Руссо не содержит ответа на этот вопрос, хотя именно от этого ответа зависит применимость его доктрины.

Когда Руссо обсуждает процедуру голосования, он, однако, утверждает, что «воля большинства всегда обязывает остальных», что «общая воля обнаруживается при подсчете голосов», что голосование за или против законопроекта означает только принятие решения, находится или нет предлагаемый законопроект «в соответствии с общей волей, каждый человек, отдающий свой голос, утверждает свое мнение по этому вопросу». Пребывание в меньшинстве «доказывает» индивиду, что он ошибся относительно того, что составляет общую волю.¹⁴ Таким образом, большинство всегда

¹³ *Rousseau*. *Social Contract*. В. II. Ch. 1–3 (См. также: *Руссо Ж.-Ж.* Об Общественном договоре // Тракаты. М., 1969. — *Прим. пер.*).

¹⁴ *Rousseau*. *Op.cit.*, *supra*. В. IV. Ch. 2.— Это открытое противоречие. Чтобы смягчить это впечатление, Руссо добавляет: «...это, правда, предполагает опять-таки, что все особенности общей воли будут воплощены в большинстве голосов. Когда этого уже нет, то какое бы решение ни было принято — нет более свободы (а значит, справедливости. — *Прим. Г. Кельзена*)» (См.: *Руссо Ж.-Ж.* Об Общественном договоре // Тракаты. М., 1969. С. 231. — *Прим. пер.*). Если воля большинства не обязательно соответствует

право; введение загадочной сущности «общая воля» и дуализм «общей воли» и «воли всех» приводят к крайне проблематическому оправданию определенной формы правления, к отождествлению демократии со справедливостью.

Другая форма доктрины дуализма права представлена немецкой исторической школой, будто бы оппозиционной по отношению к естественно-правовой доктрине. Последователи этой школы начинали с основополагающей предпосылки о том, что право, подобно языку и религии, существенно связано со специфическим характером народа, — предпосылки весьма парадоксальной в свете того, что немецкий народ принужден отбросить свое собственное право и свою собственную религию и принять римское право и христианскую религию, появившиеся у совершенно других народов и в документах, написанных на иностранных языках. Несмотря на эти исторические факты, немецкая школа настаивает, что право возникает из духа народа (*Volksggeist*), являющегося реальным создателем права. Поэтому даже обычное право не создается обычаем. Обычай — это не правотворческий факт; это только свидетельство¹⁵ предсуществующего права, созданного загадочным духом. Но обычай рассматривается исторической школой как абсолютно надежное свидетельство; поэтому обычное право — это подлинное право и как таковое предпочтительнее законного права. О законном праве наиболее выдающийся представитель этой школы Савиньи заявлял, что законодательство — это довольно проблематичная функция государства и лучше от нее воздержаться. Он серьезно пытался доказать, что в его время «создание хорошего кодекса не было возможно».¹⁶ Это было время, когда был издан Кодекс Наполеона — величественный продукт Французской революции. Но теория Савиньи была направлена именно против данного Кодекса, против Французской революции и ее успешной попытки заменить старое право новым, ясно созданным законодательными актами. Ее политические тенденции не вызывают сомнений, они объясняют гипотезу невидимого и неосязаемого создателя

общей воле и монарх, так же как и народное собрание или парламент, может установить правильный закон или претерпеть неудачу в выражении общей воли, как может Руссо говорить, что голос большинства «всегда» обязывает остальных, что общая воля «выявляется подсчетом голосов» и что пребывание в меньшинстве «доказывает» индивиду, что он ошибся относительно того, что составляет общую волю? Собственно говоря [трактат] «Об Общественном договоре» Руссо обязан своим огромным успехом тому, что он был понят как оправдание демократии, основанной на принципах воли большинства.

Интересно отметить, что дуализм «общей воли» и «воли всех», истинного права и позитивного права находится в параллели с дуализмом истинной воли личности и его фактической воли. Чтобы поддержать фикцию того, что индивид, проголосовавший против законопроекта, принятого большинством, по-прежнему свободен, хотя и, очевидно, связан не своей волей, Руссо заходит так далеко, что говорит о том, что быть в меньшинстве означает не только иметь ошибочное мнение о том, какова общая воля, но и выразить волю, которая не является собственной волей лица, его истинной волей. Если я голосую против большинства и «если бы мое частное мнение возобладаало, то я сделал бы не то, что хотел». Истинная воля индивида — но не его фактическая воля — всегда соответствует общей воле. Только индивид может не знать, в чем же состоит общая воля и, следовательно, в чем его собственная воля. Индивид истинно «волит» нечто, чего он не знает. Такова цена этих фантастических фикций о том, что позитивное право — в данном случае позитивное право демократии — тождественно со справедливостью.

¹⁵ Savigny F. C. von. System des Heutigen Römischen Rechts. Berlin, 1840. S. 35.

¹⁶ Savigny F. C. von. Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Tübingen, 1840. S. 49.

права, именуемого «духом народа». Народ, говорит Савиньи, значительно больше уважает то, «что не имеет видимого и осязаемого происхождения», чем [то], «что было сделано перед нашими глазами людьми, подобными нам».¹⁷ Савиньи пытался доказать, что римское право было обычным правом. Утверждая, что обычное право создано духом народа и предпочтительнее законного права, он пытался поддержать авторитет римского права, которое в то время было позитивным правом в Германии.

Похожей доктриной является доктрина «социальной солидарности» (*solidarité sociale*) как создателя истинного права, «объективного права» (*droit objectif*), представленного в начале XX в. французской социологической школой, наиболее выдающимся юристом которой был Леон Дюги. Согласно его доктрине законодательные и судебные органы государства не создают право, а только утверждают (*constatent*) и принудительно обеспечивают пред-существующее право, происходящее из «социальной солидарности». Позитивное право обязывает, только если оно соответствует «объективному» праву. Авторитет, называемый «социальной солидарностью», не менее загадочен, чем «общая воля» Руссо и «дух народа» немецкой исторической школы. Доктрина, по которой позитивное право, чтобы быть обязывающим, должно соответствовать «объективному праву», созданному «социальной солидарностью», применима, только если эта доктрина дает ответ на вопрос, кто компетентен решать, соответствует или нет в конкретном случае позитивное право «объективному» — подлинному и справедливому праву. Очевидно, что это решающий вопрос. И, что очень характерно, Дюги его даже не обсуждает. Он говорит, что объективное право происходит из социальной солидарности, что «это право человека как социального существа... человек чувствует его или представляет его, ученый формулирует его, позитивный законодатель утверждает его (*constate*) и защищает уважение к нему».¹⁸ Но что такое «объективное право», если ощущение или понятие этого права у одного человека отличается от других, если один ученый формулирует его путем, отличным от другого, если позитивный законодатель утверждает как «объективное право» правила, которые, согласно переживаниям или идеям того, кто должен соблюдать позитивное право, не являются «объективным правом»? Едва ли возможно, чтобы индивидуалист и социалист оказались способны договориться о том, чего требует «социальная солидарность» или что представляет собой «объективное право», истинное или справедливое право. Дюги игнорирует эту проблему потому, что просто считает само собой разумеющимся, что то, что он со своей довольно индивидуалистической точки зрения считает объективным правом, является действительно объективным правом.

На вопрос о том, кто компетентен решать, соответствует ли позитивное право «объективному», возможны только два ответа. Первый состоит в том, что решение этого вопроса при возникновении спора находится в исключительной компетенции позитивного создателя права, законодателя и судьи. Если так, то позитивное право всегда будет объявляться соответствующим «объективному» и дуализм естественного и позитивного права имеет эффект оправдания позитивного права при помощи фикции «объективного права». Другая возможность в том, что любой индивид компетентен решать этот ключевой вопрос. В этом случае индивиды, которые являются

¹⁷ Ibid. S. 43.

¹⁸ Duguit L. L'Etat, le Droit Objectif et la Loi Positive. Paris, 1901. P. 16.

правотворческими органами сообщества, имеют такое же право решать данный вопрос, как и индивиды, подчиненные позитивному праву. Дюги говорит, что позитивное право является императивом, только если оно выражает «объективное право». Само по себе позитивное право — это не императив, потому что те, кто его издает, такие же человеческие существа, как и те, на чье поведение позитивное право направлено; а поскольку человеческие существа равны, ни один индивид не имеет права командовать другими.¹⁹ Если так, то мнение индивида, действующего как законодатель или судья, равноценно мнению индивида, к поведению которого отсылает закон или судебное решение. Если законодатель или судья считают, что закон или судебное решение, изданное ими, соответствует «объективному праву» (а если бы они так не считали, они не стали бы издавать такой закон или судебное решение), это мнение должно иметь такой же вес, что и мнение индивида, который отказывается выполнять закон или судебное решение, потому что считает их не соответствующими «объективному праву». Возможность того, что позитивное право «является» объективно противоречащим «объективному праву», практически исключена, если нет объективной власти для решения спора по данному вопросу. В реальности существуют только противоречивые мнения о том, в чем состоит «объективное право». Но мнение правящих индивидов отличается от мнения управляемых индивидов, поскольку первые обладают властью принудительно проводить свое мнение; и их компетенция принудительно обеспечивать право, которую они считают соответствующей «объективному праву», не может быть отменена противоположным мнением управляемых субъектов, поскольку мнение управляемых индивидов обладает, по крайней мере, не большей властью, чем мнение правящих индивидов. Поэтому ситуация, когда не только правительство, но и те, кто ему подчинен, компетентны судить о том, соответствует ли позитивное право «объективному праву», на практике не сильно отличается от ситуации, когда это суждение зарезервировано за правительством. В обоих случаях дуализм позитивного и «объективного права», так же как дуализм позитивного и естественного права, обладает эффектом, если не целью, оправдания одного другим.²⁰

¹⁹ Ibid. P. 426.

²⁰ М-р Бергман тоже отождествляет право и справедливость. Он называет «правом» только справедливое право и предлагает для несправедливого права понятие «указание» (*fiat*). Следовательно, органы государства, правительство не создают право, но они могут создать «указание». «Право» создается «артикулированным большинством». Но что такое «артикулированное большинство»? Если это большинство тех, кто в соответствии с конституцией участвует в народном собрании, или избранных членов парламента, то справедливое право было бы тождественно демократично созданному праву и доктрина м-ра Бергмана была бы довольно наивным отождествлением справедливости с демократией. Но м-р Бергман не настолько наивен. Он не определяет свое «артикулированное большинство» как конституционное большинство демократично организованного сообщества. Что он может сказать положительного об этом создателе истинного права — только то, что «в любом конкретном сообществе население может быть разделено на тех, кто четко выражает (*articulate*) [посредством действия или слов] свои мысли, и тех, кто этого не делает» и что «в любое конкретное время в пределах данного политического сообщества артикулированное большинство является определенной группой, но в человеческом обществе до сих пор не развиты средства, достаточно успешные, чтобы локализовать и зарегистрировать эту действующую силу в политическом организме». М-р Бергман вполне прав, когда он признает, что артикулированное большинство — «это, в лучшем случае, неясное понятие». Но, несмотря на то что невозможно «локализовать» и «зарегистрировать» артикулированное большинство,

Эти примеры, наверное, достаточны для объяснения, почему чистое учение о праве настаивает на ясном отделении понятия права от понятия справедливости, называется ли она естественным, истинным или объективным правом, и почему чистое учение о праве отказывается от любых оправданий позитивного права разновидностью сверхправа, оставляя эту сложную задачу религии или социальной метафизике.

эта неконтролируемая сущность провозглашена м-ром Бергманом в качестве «голоса сообщества», и органы правительства — это только «его уши». Правительство должно «распознавать» нормы права, установленные неясной властью, и «применять их». Поскольку невозможно доказать, что право, установленное правительством, не соответствует тому, что установлено неясным создателем права, должно существовать предположение в пользу первого. И это как раз то, что м-р Бергман четко провозглашает: «презумпция, разумеется, всегда состоит в том, что правительство будет следовать праву, которое сообщество [означающее артикулированное большинство] установило, и что, как следствие, нормативное выражение правительства будет соответствовать нормативному выражению сообщества», т. е. истинному праву, происходящему от «артикулированного большинства». «Артикулированное большинство» м-ра Бергмана — это крайне примитивное демократически наряженное возрождение *solidarité sociale* французской социологической школы.