

**М.В. Антонов**

доцент кафедры  
теории и истории  
права и государства  
юридического факультета  
Санкт-Петербургского  
филиала Национального  
исследовательского  
университета «Высшая  
школа экономики»,  
кандидат юридических наук

## Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути\*

*В статье дается общая характеристика правовой концепции известного правоведа XX века Ганса Кельзена (1881–1973) и исследуются основные биографические факты его интеллектуального пути. Автор особенно подчеркивает связь между развитием представлений Кельзена о праве и его практической деятельностью как преподавателя, юриста, судьи. В работе делается акцент на формировании взглядов австрийского ученого до начала Второй мировой войны — именно в этот период, по мнению автора статьи, были заложены мировоззренческие и концептуальные основы чистого учения о праве.*

**Ключевые слова:** Кельзен, чистое учение о праве, нормативность, правопорядок, основная норма, конституционный надзор, философия права, правовой позитивизм.

Правовая концепция Кельзена явилась, пожалуй, одним из основных объектов философско-правовой рефлексии и критики в XX в., точкой опоры для одних теоретиков права, точкой отталкивания — для других. Эта концепция знаменует собой своеобразную точку невозврата для юриспруденции — невозможность наивной веры в объективность и идеологическую нейтральность понятий юридической догмы. Критическая работа автора чистого учения о праве привела к обрушению многих мифов (о необходимых границах между субъективным и объективным, публичным и частным, международным и государственным правом и т.п.). Более того, Кельзен поставил перед наукой о праве, служению которой посвятил свою жизнь, кардинальные по своей значимости вопросы, уйти от которых эта наука уже не может: о последних основаниях действительности правовых норм, о гносеологических условиях единства правового порядка, о взаимоопределимости понятий государства и права. В современной западной правовой традиции учение Кельзена является своеобразным локусом, топосом (если использовать термины риторики), вокруг которого строятся научные дискуссии о нормах права. Но его правовое уче-

\* Данное исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ (грант 11-03-00637а).

ние весьма сложно для восприятия и вызывает неоднозначную реакцию у правоведов<sup>1</sup>.

Действительно, творчество Кельзена включает более 300 публикаций объемом более 11 тысяч страниц, не считая архивных материалов. Поэтому полномасштабное описание, комментарий всей политико-правовой концепции представляется делом трудновыполнимым (публикаций, посвященных анализу сразу всех аспектов творческого наследия Кельзена, пока нет и в мировой науке). В настоящей работе, посвященной 40-летию со дня смерти этого мыслителя, мы не ставим задачу рассказать про Кельзена все или хотя бы многое — для этой цели потребовалось бы опубликовать обширные монографии. Принимая во внимание достаточно скромные объемы русскоязычных исследований, посвященных творчеству Кельзена, мы сосредоточимся на важнейших моментах интеллектуального пути мыслителя, влиянии этих моментов на формирование взглядов австрийского правоведа.

Разработка чистого учения о праве — по сути, учения о правовых нормах — была центральной темой творчества Ганса Кельзена, хотя и не единственной. Научную программу деидеологизации знания о праве, изучения права как самозаконного регулятивного механизма, разграничения сфер нормативного и фактического, преодоления дуализма права и государства Кельзен обозначил уже в своем первом крупном исследовании «Основные проблемы учения о государственном праве, развитого с точки зрения учения о юридическом правиле» (1911) — в «критическом исследовании, нацеленном на важнейшие проблемы государственного права»<sup>2</sup>. Уже после этой публикации стали ясны основные очертания критической программы чистого учения о праве, направленной на развенчание идеологических догм и предрассудков о праве<sup>3</sup>. Промежуточный итог реализации этой программы подвело первое издание «Чистого учения о праве» (1934)<sup>4</sup>. С течением времени Кельзен пересматривает отдельные элементы своего учения; наиболее значительными результатами такого пересмотра являются второе издание «Чистого учения о праве» (1960)<sup>5</sup>, а также наброски новой теории норм, которые были опубликованы уже после смерти Кельзена под названием «Общая теория норм» (1979)<sup>6</sup>. Рискнем утверждать, что ни одна из перечисленных либо иных работ не отражает полноты и многообразия представлений Кельзена о праве<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> См. об этом: *Полсон С.Л.* Сущность идеи правового позитивизма / Пер. с англ. М.В. Антонова // *Правоведение*. 2011. № 4. С. 32-49.

<sup>2</sup> *Kelsen H.* Autobiographie (1947) / Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 37.

<sup>3</sup> Именно такая критика была основным содержанием «Основных проблем...» 1911 г. Кельзен находил в науке государственного права того времени «ужасную путаницу различных вопросов, постоянное смешение вопросов, отождествление вопроса о том, что есть позитивное право, с вопросом о том, каким оно должно быть с той или иной мировоззренческой позиции. увязывание вопроса о том, как должны действовать субъекты позитивного права, с вопросом о том, как они ведут себя в действительности». *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. Tübingen, 2008. Bd. 2. S. 62.

<sup>4</sup> *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Leipzig: Wien, 1934. Цит. по: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 1-е изд. / Пер. с нем. М.В. Антонова // *Российский ежегодник теории права*. 2011. № 4. С. 416-495.

<sup>5</sup> *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Wien, 1960. Цит. по: *Чистое учение о праве Ганса Кельзена*. Сборник переводов / Пер. с нем. С.В. Лезова, Ю.С. Пивоварова. М., 1987-1988.

<sup>6</sup> *Kelsen H.* Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979.

<sup>7</sup> Впрочем, это не только наше мнение: «Ни одна из книг Кельзена, даже столь монументальная, как второе издание «Чистой теории права» (1960), опубликованная, когда Кельзену было уже

Суть научной программы Кельзена заключалась в последовательном очищении правопонимания от элементов фактичности при помощи неокантианского деления между науками о природе и науками о духе, причинно-следственными (каузальными) науками и нормативными (идеографическими) науками, между нормами и ценностями<sup>8</sup>. В основе данной программы лежала неокантианская убежденность Кельзена, что разные методологические подходы приводят к конструированию разных предметов научного исследования — право как предмет юриспруденции будет содержательно отлично от права как предмета социологии или психологии. Данные предметы не имеют точного коррелята в реальной действительности — это лишь научные конструкции, вводящие единство в процесс познания; значения, приписанные предметам со стороны субъекта познания<sup>9</sup>. Не то чтобы Кельзен пытался отрицать фактическое измерение права<sup>10</sup> либо объявить исследование этого измерения антинаучным — его идея заключалась в создании отдельной прикладной дисциплины, которая занималась бы последовательным описанием права «таким, каково оно есть» с точки зрения специфической методологии юриспруденции. Речь идет о сугубо инструментальном понимании права, об изучении права в его конкретике, в процессах создания и применения, а не с точки зрения идеалов и идеологий.

Кельзен любил подчеркивать, что его чистое учение лишь переводит на научный язык то, что о праве думают обычные юристы, и что он описывает то, как юристы с правом работают<sup>11</sup>. Поэтому неудивительно, что задачи, которые австрийский мыслитель ставил перед теоретическим правопониманием, отчасти находят свое объяснение в тех биографических фактах его профессиональной деятельности, к характеристике которых мы и переходим. Мы особо подробно останавливаемся на периоде жизни мыслителя до Второй мировой войны, поскольку именно в этот период сложились его основные мировоззренческие и научные принципы. Впоследствии, в годы эмиграции в США основы концепции Кельзена не претерпели кардинальных изменений, хотя ученый пересмотрел ряд положений чистого учения о праве. Но с точки зрения формирования мировоззренческой базы его взглядов эти изменения носят вторичный характер.

Кельзен родился 11 октября 1881 г. в Праге, в 1884 г. его семья переехала в Вену, где мыслитель жил на протяжении последующих 45 лет. В 1892 г. Кельзен поступил

под восемьдесят, не может рассматриваться в качестве окончательной версии его теории». *Bulygin E. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. № 3. P. 30.*

<sup>8</sup> См.: *Paulson S.L. Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer // Neukantianismus und Rechtsphilosophie / Alexy R. et al. (hrsg). Baden-Baden, 2002. S. 223-251.*

<sup>9</sup> См.: *Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen, 1922. S. 124.*

<sup>10</sup> Возможность изучения такого измерения права была, в частности, обоснована в социологическом исследовании Кельзена о происхождении научного мышления: *Kelsen H. Vergeltung und Kasualitat: Eine soziologische Untersuchung. Chicago, 1941* (расширенный английский перевод — *Kelsen H. Society and Nature. A Sociological Inquiry. L., 1946*). Хотя в общих чертах эти социологические идеи Кельзена были сформулированы еще в 1911 г. в «Основных проблемах учения о государственном праве».

<sup>11</sup> «Это учение лишь хочет довести до сознания то, что все юристы делают зачастую бессознательно». *Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 473.*

в элитную Академическую гимназию (выдержав экзаменационное испытание), где учился вместе с Ф. фон Мизесом, будущим знаменитым экономистом. После окончания гимназии в 1900 г. Кельзен в течение года проходил обязательную срочную военную службу. После окончания службы молодой человек должен был выбрать будущую профессию. По настоянию родителей он поступил на юридический факультет Венского университета, первоначально не имея никакой тяги к правоведению, интересуясь более философией и литературой<sup>12</sup>.

Стиль преподавания юридических дисциплин не добавил Кельзену любви к юриспруденции, он с первого же курса прекратил посещение большинства лекций, готовясь к экзаменам по учебникам. Два лекционных курса составляли исключение — лекции по философии права профессора Лео Штрисовера на первом курсе и лекции по государственному праву профессора Эдуарда Бернацика на втором. Эти два предмета захватили весь интерес молодого человека, именно их изучению он посвящал большую часть своего времени, тратя минимум усилий для подготовки к экзаменам по другим дисциплинам. Интерес к философско-правовой проблематике материализовался в студенческой работе Кельзена, посвященной учению Данте о государстве — эта работа вышла в свет в 1905 г.<sup>13</sup>

В 1906 г. Кельзен заканчивает университетский курс. Семейная ситуация поставила молодого человека в достаточно затруднительное положение. Его отец из-за заболевания сердца с 1905 г. уже не мог вести дела и обеспечивать свою семью. В 1907 г. Адольф Кельзен умирает, что ставит его детей перед необходимостью самостоятельно зарабатывать себе на жизнь. Ганс Кельзен начинает давать частные уроки по подготовке студентов к экзаменам, поступает на службу в судебную канцелярию (сначала в районном — в 1906 г., а с 1907 г. — в земельном суде). Одновременно он подрабатывает помощником адвоката<sup>14</sup>. Временно выйти из трудностей и продолжить обучение позволила стипендия на стажировку в Гейдельберге, которую молодой исследователь получил в 1908 г. В Гейдельберге Кельзен посещал семинар Георга Еллинека, но лекции великого правоведа оставили молодого мыслителя «безучастным и даже разочарованным». Впрочем, в Гейдельберге он мог позволить себе вплотную заняться продолжением подготовки труда по проблемам теории государственного права, над которым начал работать еще в 1903 г.

После возвращения в Вену Кельзен получает должность секретаря государственного музея торговли (под «музеем» в терминологии того времени понималось научно-исследовательское учреждение, которое занималось хранением и изучением артефактов, историческими исследованиями). Одновременно он начинает преподавать в действующей при этом музее Академии внешней торговли (читая курс о государственном праве и управлении в балканских странах). Через год молодому ученому еще раз удается получить стипендию на стажировку, на этот раз в Берлине, где он проводит 1910/1911 учебный год. После стажировки Кельзен возвращается в Вену и работает секретарем в канцелярии Венского университета, делая последние приготовления к защите своего габилитационного исследования.

<sup>12</sup> См.: *Kelsen H. Autobiographie (1947) // Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 34.*

<sup>13</sup> См.: *Kelsen H. Die Staatslehre des Dante Alighieri // Wiener rechtswissenschaftliche Studien. 1905. Bd. 6. № 3, переиздано в: Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 134-300.*

<sup>14</sup> См.: *Busch J. Hans Kelsen in Ersten Weltkrieg. Aschenzeit einer Weltkarriere // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit / Walter R., Ogris W., Olechowski T. (hrsg). Wien, 2009. S. 61-62.*

В 1911 г. мыслитель со своей работой об основных проблемах теории государственного права<sup>15</sup> прошел габилитацию и получил допуск к преподаванию государственного права и философии права в Венском университете. В те годы Кельзен пишет пару статей о социологическом подходе к праву<sup>16</sup>, которые потом послужили методологической основой для критики социолого-правовой концепции Ойгена Эрлиха<sup>17</sup>. Полемика 1915—1916 гг. с Эрлихом о методах социологии права, пожалуй, является наиболее заметным событием той эпохи в интеллектуальном становлении Кельзена<sup>18</sup>. В течение нескольких лет он преподает в Академии, в 1914 г. основывает журнал «*Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*»<sup>19</sup>. В том же году молодой преподаватель получает (после пяти лет преподавания) звание доцента в Академии внешней торговли, но, как он с иронией пишет в своей автобиографии, «радость от этого успеха была недолгой»<sup>20</sup>, поскольку почти сразу после получения им в июле 1914 г. доцентства начинается Первая мировая война.

В связи с началом войны Кельзен был призван на военную службу, которую он отбывал сначала в военной прокуратуре, где против своих убеждений поддерживал обвинение по делам о политических преступлениях. Оттуда по причине большого числа оправдательных приговоров по делам с его участием<sup>21</sup> в 1915 г. он был отослан в министерство обороны, где стал помощником министра обороны по юридическим вопросам. В обязанности Кельзена входило рассмотрение заявлений о помиловании по делам о военных преступлениях; в случае положительного рассмотрения вопроса министерство обороны подавало ходатайство о помиловании на имя монарха. Мыслителю такая работа imponировала, впоследствии он характеризовал свою деятельность на этом посту как «весьма интересную и соответствующую гуманным наклонностям»<sup>22</sup>. В 1916—1917 гг. Кельзен работает в статистическом отделе министерства обороны, а в 1917 г. он был допущен (как сотрудник министерства) к работе межведомственного комитета по конституционной реформе<sup>23</sup>. Мыслитель подает несколько докладных записок о проведении государственных

<sup>15</sup> *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1911, переиздано в: *Hans Kelsens Werke*. Tübingen, 2008. Bd. 2. S. 21—878.

<sup>16</sup> *Kelsen H.* 1) *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*. Tübingen, 1911; 2) *Zur Soziologie des Rechts // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. 1912. Bd. 34. S. 601—614; 3) *Die Rechtswissenschaft als Norm- und Kulturwissenschaft // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*. 1916. Bd. 40. S. 1181-1239.

<sup>17</sup> Дискуссия Ганса Кельзена и Ойгена Эрлиха // Эрлих О. *Основоположение социологии права* / Пер. с нем. М.В. Антонова. СПб., 2011. С. 595-637.

<sup>18</sup> *Rottleuthner H. Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich // Rechtstheorie und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen / Krawietz W., Schelsky H. (hrsg)*. Berlin, 1984. S. 521 usw.; *Rein U. Rechtssoziologie und Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915-16 // Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre / Paulson S.L., Walter R. (hrsg)*. Wien, 1986. S. 91 usw.; *Antonov M. History of Schism: the debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law*. 2011. Vol. 5. P. 5-21.

<sup>19</sup> В настоящее время журнал продолжает существовать под названием «*Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Volkerrecht*».

<sup>20</sup> *Kelsen H. Autobiographie* (1947). S. 46.

<sup>21</sup> Эта информация приведена в биографическом исследовании Р. Металла: *Metall R.A. Hans Kelsen. Leben und Werk*. S. 18.

<sup>22</sup> *Kelsen H. Autobiographie* (1947). S. 47.

<sup>23</sup> *Metall R.A. Hans Kelsen. Leben und Werk*. S. 24.

реформ, в том числе непосредственно монарху<sup>24</sup>. Но правительственной реформе политического строя так и не было суждено свершиться, и в 1918 г. Габсбургская монархия пала. В военные годы все силы Кельзена уходят на работу в министерстве, он практически не публикуется.

Тем не менее, с 1914 г. вокруг Кельзена начинает образовываться кружок разделявших его взгляды учеников (Адольф Меркль, Альфред Фердросс и др.), развивавших чистое учение о праве в различных направлениях<sup>25</sup>. Кружок образовался в связи с еженедельными семинарами, которые Кельзен проводил для учеников по субботам, в свободное от работы время на своей квартире<sup>26</sup>. В дебатах на этих семинарах в 1914—1918 гг. преимущественно оттачивались и определялись основные очертания того чистого учения о праве, которое Кельзен будет развивать после войны. Об очертаниях новой теории права, которые стали ему ясны в годы войны, Кельзен писал так: «С погружением в кантианскую философию марбургского направления, которая была нацелена на высшую степень чистоты методов, мой взгляд все четче ухватывал многочисленные весьма сомнительные и туманные положения, которые впитывала в себя теория права через осознанные или неосознанные тенденции авторов... Отныне мне стал ясен и третий, наиболее значимый дуализм, лежащий в основании господствующего учения — противопоставление государства и права, на котором базировались оба ранее исследованных мною противопоставления — между субъективным и объективным правом, между частным и публичным правом»<sup>27</sup>.

Годы министерской службы не прошли напрасно для академической карьеры ученого — при поддержке министра обороны Кельзену удается обойти многочисленные антисемитские препоны кайзеровского режима и поступить на преподавательскую должность в Венском университете. Преподавание в университете Кельзен начинает с такой дисциплины, как военное право, по которой он имел основательную практическую подготовку. С 1917 г. мыслитель начинает читать военное право в Венском университете, летом 1918 г. он получил должность внештатного профессора (а с 19 июля 1919 г. — ординарного профессора) в университете, совмещая эту должность с преподаванием (с 1908 по 1918 гг.) государственного права в Венской экспортной академии (Академии внешней торговли)<sup>28</sup>.

Мыслитель сочувственно относится к проектам установления конституционного строя, предлагаемым социал-демократами, активно участвовал в их обсуждении. Это принесло свои практические плоды — после прихода к власти социал-демократов, когда началась разработка конституции Австрии, канцлер временного правительства Австрийской республики Карл Реннер, известный теоретик права,

<sup>24</sup> См.: *Kelsen H. Autobiographie* (1947). S. 50-51.

<sup>25</sup> Среди других выдающихся учеников Кельзена можно назвать Фрица Зандера, Эриха Фегелина, Альфа Росса, Шарля Эйзенмана, Франца Вейра, Феликса Кауфмана (о школе Кельзена см.: *Metall R. Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie // Hans Kelsen zum Gedenken. Wen, 1974*).

<sup>26</sup> См.: *Zeleny K. Der Kreis um Kelsen: Die Wiener rechtstheoretische Schule // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit. S. 137-148*.

<sup>27</sup> *Kelsen H. Selbstdarstellung* (1927) // *Hans Kelsens Werke. Tubingen, 2007. Bd. 1. S. 22*.

<sup>28</sup> См.: *Olechowski T. Hans Kelsen und die Universität Wien // Hans Kelsen und Bundesverfassung. Wien, 2010. S. 33-39; Busch J. Hans Kelsen an der Exportakademie in Wien (1908-1918) // Grundlagen der österreichischen Rechtskultur / Olechowski T., Neschwara C., Lengauer A. (hrsg.). Wien; Köln; Weimar, 2010. S. 69-108.*

лидер социал-демократической партии, в 1918 г. включил Кельзена в рабочий комитет по подготовке проекта конституции Австрии. В качестве консультанта канцлера и советника парламентского комитета по конституционной реформе Кельзен с 1918 по 1921 г. принимает деятельное участие в разработке основного закона Австрии<sup>29</sup>. Он подготавливает несколько проектов конституционных законов<sup>30</sup>, элементы которых частично вошли в принятый 1 октября 1920 г. основной закон Австрии — Федеральную конституцию, которая действует до настоящего времени. Одним из таких элементов стал параграф главы «О гарантиях конституции и управления», где была закреплена предложенная Кельзеном идея и схема судебного конституционного надзора. В 1921 г. Кельзен назначается на должность судьи Конституционного суда Австрии, на которой он состоит до 15 февраля 1930 г.<sup>31</sup>

Несмотря на известность в Европе из американского опыта проблематики судебного контроля за конституционностью законов, предложенная Кельзеном схема содержала принципиально новые принципы деятельности отдельного юрисдикционного органа конституционного надзора, независимого от других властных органов<sup>32</sup>. До этого европейская правовая доктрина исходила из того, что контроль за соответствием обычных законов высшему, основному закону является вопросом не юрисдикционной, а управленческой деятельности и входит в компетенцию не суда, а главы государства. На этой почве возник известный спор, кто же должен быть гарантом конституции (президент или суд), между Кельзеном и другим ведущим теоретиком права той эпохи — Карлом Шмиттом<sup>33</sup>.

Вопрос затрагивал такой базовый постулат западной демократии, как институт разделения властей. Если исходить из доктрины, согласно которой власти должны быть строго отделены друг от друга и одна власть не должна вторгаться в пределы компетенции другой власти, то идея судебного контроля за содержанием законов нарушает эту доктрину. Именно на это обратил внимание К. Шмитт, утверждая, что попытки перенести на европейскую почву американский опыт судебного конституционного надзора вступают в противоречие с принципом разделения властей, угрожая узурпацией законодательной власти со стороны судей. Возражая Шмитту и защищая свою концепцию конституционного контроля, Кельзен отмечал, что разделение властей есть лишь один из идеологических постулатов либеральной философии, который не отражает политические реалии демократических госу-

<sup>29</sup> Кельзен подготовил несколько пояснительных докладных записок (о будущем федеративном устройстве Австрии, о международной правосубъектности), а также проект закона о конституционном суде, на основе которого были разработаны ст. 137-148 австрийской Конституции (см.: *Olechowski T.* Der Beitrag Hans Kelsens zur osterreichischen Bundesverfassung // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit. S. 212ff.).

<sup>30</sup> См.: *Schmitz G.* Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung. Wien, 1981.

<sup>31</sup> См. о деятельности Кельзена в качестве конституционного судьи: *Neschwara C.* Kelsen als Verfassungsrichter // Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts / Paulson S.L., Stolleis M. (hrsg). Tübingen, 2005. S. 353-384.

<sup>32</sup> См.: *Кельзен Г.* Судебный контроль законодательства: сравнительное исследование австрийской и американской конституций / Пер. с англ. А.А. Краевского // Правоведение. 2012. № 2. С. 190-202.

<sup>33</sup> См.: *Schmitt C.* Huter der Verfassung // Archiv des öffentlichen Rechts. 1929. № 55. S. 161-237; расширенное издание: *Schmitt C.* Huter der Verfassung. Tübingen, 1931; ответ Кельзена: *Kelsen H.* Wer soll der Huter der Verfassung sein? (1932) Tübingen, 2008.

дарств. Все функции государственной власти содержательно сводятся к одной — созданию и применению норм права. Правотворчество и правоприменение суть единый процесс, который может быть разделен лишь в абстракции.

Кельзен предполагал, что правопорядок каждый раз перестраивается, воссоздается при решении конкретного дела за счет толкования правоприменителем общих норм, которые являются рамками для судебного установления индивидуальных норм права<sup>34</sup>. С этой точки зрения разделение компетенций между законодателями и судьями есть не разделение функций, а лишь разделение труда в одном и том же процессе. Поэтому нет ничего противоречащего принципам демократии, если на одной из ступеней правоприменения один орган (суд) конкретизирует, уточняет объективное значение акта воли другого органа (парламента) путем конституционного толкования принятого парламентом закона<sup>35</sup>.

В 1920-е годы мыслитель публикует ряд работ, в которых конкретизирует контуры своего чистого учения о праве применительно к вопросам государственного, международного права, к проблемам теории и философии права<sup>36</sup>. Кельзен активно участвует в венской интеллектуальной жизни тех лет<sup>37</sup>, живо интересуется психоаналитическими разработками Зигмунда Фрейда и его школы<sup>38</sup>, пишет несколько работ, где пытается связать фрейдизм с вопросами социальной и правовой философии<sup>39</sup>. Но основное внимание мыслитель по-прежнему уделял теоретико-правовым вопросам. С течением времени спектр идей, которые попадали под критическое рассмотрение Кельзена, расширялся. От теоретических, но все еще отраслевых проблем государственного права он движется к вопросам теории международного права и общей теории права и государства.

<sup>34</sup> Именно с этой точки зрения получает обоснование европейская модель конституционного контроля законодательства, впервые обозначенная Кельзеном при подготовке австрийской конституции 1920 г.: *Kelsen H.* Die Verfassung Osterreichs // Jahrbuch für öffentliches Recht der Gegenwart. 1922. № 11. S. 264. Не случайно Рене Марчич видел в идее конституционного правосудия истинный смысл чистого учения о праве. *Marcic R.* Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der Reinen Rechtslehre // Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz. 1966. Bd. 2. S. 481ff. На русском языке см.: *Кельзен Г.* Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) / Пер. с нем. Д.В. Даниленко // Право и политика. 2006. № 8. С. 5-14; № 9. С. 5-18.

<sup>35</sup> См. подробнее: *Тронеп М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка / Пер. с фр. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.

<sup>36</sup> *Kelsen H.* 1) Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, 1920; 2) Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen, 1922; 3) Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925; 4) Das Problem des Parlamentarismus. Wien; Leipzig, 1925; 5) Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Charlottenburg, 1928.

<sup>37</sup> См.: *Metall R.A.* Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 32.

<sup>38</sup> С 1911 г. Кельзен является членом Венского психоаналитического общества, участвует в его заседаниях и даже выступает с докладом «О понятии государства и массовой психологии по Фрейду» в 1922 г. *Jablonek C.* Kelsen and his Circle: The Viennese Years // European Journal of International Law. 1998. № 9. P. 382.

<sup>39</sup> *Kelsen H.* 1) Begriff des Staates und Sozialpsychologie. (1922) // // Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross / Klecatsky H., Marcic R., Schambeck R. (Hrsg.). Wien, 2010; 2) Gott und Staat (1922/1923) // Ibid. S. 139-157; 3) Der Staatsbegriff und Psychoanalyse (1927) // Ibid. S. 209-214. См. о взаимосвязи научных проектов венских интеллектуалов той эпохи: *Feichtinger J.* Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Osterreichische Wissenschaftsgeschichte. Bielefeld, 2010, а также: *Jablonek C.* Kelsen and his Circle: The Viennese Years. P. 368-385.



Критическая программа Кельзена бросала вызов многим устоявшимся представлениям о государстве и праве, имея целью разрушение идеологических догм, господствующих в юриспруденции. По убеждению мыслителя, «своеобразие социальных структур, которые представляют собой предмет социологического познания — таких как государство, нация, класс и т.п., — заключается в дуализме между идеологией, через которую эти структуры предстают в сознании составляющих данные структуры людей, и так называемой реальностью, которая предстает как действительные фактические отношения между составляющими социальными общности людьми»<sup>40</sup>.

Первоначальной задачей чистого учения о праве как раз и было разоблачение такой стоящей за юридическими конструкциями идеологии. Но разоблачение не означало полного разрушения — за ширмой правовых идеологий Кельзен пытался открыть истинную структуру правового познания, искаженными отражениями которого были постулаты «традиционной юриспруденции»<sup>41</sup>. Кельзен в те годы уже был известным лицом в австрийской юридической науке, и его резкая критика привычных понятий и схем правопонимания не могла снискать ему благосклонности консервативно настроенных правоведов<sup>42</sup>. Впрочем, спор с критическими выпадами Кельзена против правовой идеологии был бы невозможен на той методологической основе, на которой строил свою критическую программу сам Кельзен: это было бы спором о ценностях, о предпочтениях, которые не могли быть научно доказаны, в том числе и самим Кельзеном. Поэтому на эти выпады большинство правоведов просто не обращали внимания.

Тем не менее новые разработки мыслителя в области государствоведения и теории права встретили активное отторжение со стороны немецкого и австрийского юридических сообществ. Тезисы о взаимоопределимости государства и права, о разделении фактического и нормативного в праве и другие ключевые положения чистого учения о праве подвергались резкой критике<sup>43</sup>. Со второй половины 1920-х годов осложняются отношения между мыслителем и его коллегами по юридическому факультету, которые враждебно воспринимали как лично Кельзена (не в последнюю очередь из-за его иудейского происхождения<sup>44</sup>), так и его радикальную критику го-

<sup>40</sup> *Kelsen H. Demokratie // Vortrag auf dem Funften Deutschen Soziologentag (Oktober, 1926) / Цит. по: Olechowski T. Von der «Ideologie» zur Realitat der Demokratie // Hans Kelsen: Eine politikwissenschaftliche Einfuhrung / Ehs T. (hrsg). Wien, 2009. S. 113.*

<sup>41</sup> Эту цель со всей отчетливостью он формулирует еще в конце 1920-х годов: *Kelsen H. Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre // Juristischen Wochenschrift. 1929. S. 1723-1726.*

<sup>42</sup> См.: *Dreier H. Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre // Festakt aus Anlass des 70. Geburtstags von Robert Walter. Wien, 2001. S. 17-34.*

<sup>43</sup> См.: *Paulson S. L. The Theory of Public Law in Germany 1914-1945 // Oxford Journal of Legal Studies. 2005. № 25. P. 525-545.* Особенно острой в этом отношении была полемика Кельзена и Германа Геллера в конце 20-х годов: *Heller H. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung // Veroffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1928. № 4; Kelsen H. Diskussionsbeitrag // Ibid.; Heller H. Schlusswort // Ibid.*

<sup>44</sup> Об антисемитизме на юридическом факультете Венского университета и о связанных с этим проблемах Кельзена и его учеников см.: *Busch J., Staudigl-Ciechowicz C. «Ein Kampf ums Recht»? Bruchlinien in Recht, Kultur und Tradition in der Kontroverse zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultat // Turning Points and Breaklines / Hornvack S. et al. (hrsg). Munchen, 2009. S. 110-139.*

сподствующих догм правоведения<sup>45</sup>. Сам Кельзен и круг его учеников подвергались если и не гонениям, то, по меньшей мере, дискриминации в университете.

Трудности в отношениях с австрийскими академическими кругами усугубились для Кельзена в связи с изменениями в политической обстановке. В конце 1920-х годов к власти в Австрии приходит христианско-социалистическая партия с ярко выраженной консервативной программой. Кельзен как идейный противник этой программы (идеология сильного государства и связанное с ней ограничение демократических свобод, централизация властного аппарата в ущерб свободам местного самоуправления, профессиональное представительство вместо парламентских выборов, усиление роли главы государства в ущерб полномочиям парламента и т.п.<sup>46</sup>) не мог ждать политических дивидендов от таких перемен.

Политика новых властей не преминула сказаться на личном положении Кельзена. Ранее избранный парламентом состав Конституционного суда распускается, новый состав назначается уже не парламентом, а президентом, и в этом составе Кельзену не находится места (что неудивительно!). Согласно объяснению самого Кельзена, одной из основных причин роспуска Конституционного суда Австрии был конфликт между близкой к католицизму христианско-демократической партией, настаивающей на недопустимости развода супругов, обвенчанных по церковным ритуалам, и социал-демократами, которые с точки зрения своей либеральной программы возможность развода допускали<sup>47</sup>.

В эпоху парламентского большинства социал-демократов право супругов на развод («с особого разрешения» суда) было закреплено в семейном законодательстве, но нижестоящие суды продолжали признавать заключенные после развода браки недействительными со ссылкой на то, что новый закон противоречит естественному (божественному) праву. Нетрудно догадаться, что, когда вопрос в 1927 г. дошел до Конституционного суда, Кельзен занял твердую позицию и настаивал на недопустимости отказа судов применять закон по мотивам мнимого противоречия естественно-правовым предписаниям. Кельзен был докладчиком по этому делу и убедил Суд в недопустимости подобной судебной практики<sup>48</sup>. Новый состав Суда после переизбрания в 1930 г. пересмотрел прежнее решение по делу и

<sup>45</sup> См. особо дебаты с Александром Хорн-Фернеком (*Hold-Ferneck A.* Der Staat als Uebermensch, zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Hans Kelsens. 1926; ответ Кельзена: *Kelsen H.* Der Staat als Uebermensch. Eine Erwiderung. 1926) и Эрнстом Швиндом (*Schwind E.* Grundlagen und Grundfragen des Rechts. 1928; ответ Кельзена: *Kelsen H.* Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung. Wien, 1928).

<sup>46</sup> Именно с критикой этой программы и обоснованием ценности демократического плюрализма и парламентаризма связан целый ряд работ мыслителя, написанных в 1920-х годах: *Kelsen H.* 1) Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung zur politischen Theorie des Marxismus. Leipzig, 1920; 2) Demokratisierung der Verwaltung // Zeitschrift für Verwaltung. 1921. № 51; 3) Das Problem des Parlamentarismus. Wien; Leipzig, 1926; 4) Justiz und Verwaltung // Zeitschrift für soziales Recht. 1928/1929. № 1; 5) Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen, 1929. Эти и другие работы собраны М. Иештетом и О. Лепсиусом в отдельном сборнике: *Kelsen H.* Verteidigung der Demokratie. Tübingen, 2006). Подробнее о политической позиции Кельзена в 1920-х годах см.: *Olechowski T.* Von der «Ideologie» zur Realität der Demokratie. S. 113-132.

<sup>47</sup> См.: *Metall R. A.* Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 52.

<sup>48</sup> См.: *Нешвара К.* Кельзен — судья Конституционного Суда. Его роль в спорных вопросах о браках, заключенных с особого разрешения / Пер. с нем. В.В. Кровельщиковой // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 5, 6.

признал такую судебную практику по бракоразводным делам не противоречащей Конституции, отвергнув мнение предыдущего состава Суда, и по сути лишил действия положения семейного законодательства о разводе «с особого разрешения»<sup>49</sup>. Большинство судей старого состава в новый состав Суда не вошли. Интересно отметить, что Кельзену было предложено войти в новый состав Суда в качестве кандидата от партии меньшинства — социал-демократов, но он отказался со ссылкой на несовместимость судейской должности и партийности<sup>50</sup>.

Когда в 1930 г. Кельзен получил (при помощи будущего президента ФРГ Конрада Аденауэра, который тогда был бургомистром Кельна) приглашение стать профессором государственного права Кельнского университета, он без колебаний это приглашение принял. Поначалу карьера мыслителя в Кельнском университете складывалась успешно, ученый не скрывал своей радости от работы на новом месте, хотя знания австрийского государственного права ему здесь были мало-полезны — пришлось «тратить большую часть времени на изучение позитивного международного права»<sup>51</sup>. Кельзен даже избирается на год (1932-1933 гг.) деканом юридического факультета, получает звание ординарного профессора и германское гражданство. Кельнские годы мыслителя были омрачены разве что научной полемикой с К. Шмиттом, но для Кельзена такая полемика была скорее полезной возможностью уточнить и еще сильнее выразить свою позицию.

С приходом в 1933 г. к власти фашистов ситуация кардинально меняется: в силу закона «О восстановлении профессионального чиновничества» все евреи, включая Кельзена, были уволены с должностей государственной службы. Оставаться в Германии становилось небезопасно ввиду как происхождения, так и политических взглядов, и в 1933 г. Кельзен ненадолго возвращается в Вену. Там с целью популяризации своего учения (что было жизненно необходимо ввиду эмигрантского будущего, которое для Кельзена было уже очевидно) он готовит статью о методах и основных понятиях чистого учения о праве, которая переводится и публикуется на шести языках<sup>52</sup>, и начинает работу над расширенным изложением принципов своего правового учения — изложения, которое выйдет в свет через год как первое издание «Чистого учения о праве».

О возобновлении работы в Венском университете в обстановке все усиливающегося в Австрии антисемитизма думать не приходилось, но на руках у Кельзена уже были приглашения к профессуре в Лондонской школе экономики, Нью-Йоркской Новой школе социальных исследований и Женевском университете. С учетом лучшего знания французского языка (по сравнению с английским), Кельзен делает выбор в пользу Женевы — Университетского института высших международных исследований (*Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales*), куда он пригла-

<sup>49</sup> Kelsen H. Autobiographie (1947). S. 77.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid. Государственное право Германии Кельзен не мог преподавать, поскольку не обладал необходимыми для этого знаниями позитивного законодательства Германии. Теория международного права была для него наиболее оптимальной областью для преподавания в ракурсе государственно-правовых дисциплин.

<sup>52</sup> См. об этом: *Иеутедт М.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 530-552.

шался на должность профессора международного права<sup>53</sup>. На новом месте в Женеве работа и жизнь Кельзена складывалась успешно, хотя здесь (как и в Кельне) ему пришлось потратить немало сил, чтобы вникнуть в конкретные детали международного права. Его лекции в Женеве были преимущественно посвящены теоретическим вопросам международного права: путям трансформации международного права в национальное, юридической природе международных организаций (Лиги Наций), обычаю в международном праве<sup>54</sup>.

В 1936-1938 гг. Кельзен дополнительно преподает международное право в немецком университете Праги. Помимо возможности читать лекции на немецком языке, профессорство в Праге давало ему возможность получения гражданства Чехословакии, что было нелишним ввиду опасности лишения германского и австрийского гражданства, — Кельзен, действительно, утратил оба гражданства после аншлюса 1938 г. (гражданство Швейцарии он по формальным основаниям получить не мог). После пары лет попеременного чтения лекций в Женеве и Праге мыслитель вынужден оставить преподавание в Праге из-за антисемитских настроений среди студенчества и пражской немецкоязычной профессуры. Окончательной причиной добровольно отставки послужило получение правоведам письма с угрозой убийства — после оправдания в суде лидера нацистской студенческой группировки, направившего это письмо, Кельзен принимает решение больше не возвращаться в Прагу<sup>55</sup>.

Начало Второй мировой войны заставило Кельзена задуматься о новой перемене места, поскольку он не был уверен, что нейтралитет Швейцарии уберезит ее от оккупации нацистами. В 1940 г. Кельзен решает покинуть Женеву и перебраться в Нью-Йорк, где некоторое время преподает в Новой школе социальных исследований. Вскоре при помощи Роско Паунда он получает приглашение от юридического факультета Гарвардского университета к чтению годового курса лекций (продленного еще на год в 1941 г.)<sup>56</sup>. После окончания работы в Гарварде опять-таки при содействии Паунда Кельзен становится *visiting professor* Калифорнийского университета (факультет политических наук в Беркли), а в 1945 г. получает статус постоянного профессора этого университета и почти одновременно приобретает американское гражданство. В 1945 г. Кельзен также получает назначение на должность советника комиссии ООН по военным преступлениям, его деятельность на этом посту была связана с подготовкой суда над нацистскими преступниками<sup>57</sup>. В 1945 г. он публикует на английском расширенный вариант «Чистого учения о праве» (1934) с акцентом на связь между своими идеями и учениями англо-американских правоведов<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> См.: *Metall R.A.* Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 63-64.

<sup>54</sup> См.: *Bersier Ladavac N.* Hans Kelsens Genfer Jahre (1933-1940) // Hans Kelsen und das Völkerrecht / Walter R., Jabloner C., Zeleny K. (hrsg). Wien, 2004. S. 169-189.

<sup>55</sup> См.: *Kelsen H.* Autobiographie (1947). S. 86. См. также: *Osterkamp J.* Hans Kelsen in der Tschechoslowakei // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit. S. 305-318.

<sup>56</sup> Этот курс лекций был опубликован в 1942 г.: *Kelsen H.* Law and Peace in International Relations. Cambridge. Mass., 1942.

<sup>57</sup> Научную объективность Кельзена характеризует тот факт, что по формально-юридическим причинам (формальное отсутствие компетенции у Нюрнбергского трибунала) он не поддерживал идею создания такого надгосударственного суда.

<sup>58</sup> См.: *Kelsen H.* General Theory of Law and State. Cambridge. Mass., 1945.

Но рецепции идей Кельзена в американском юридическом научном сообществе так и не произошло, его чистое учение о праве сколько-нибудь значимого интереса в США не вызвало<sup>59</sup>. Мыслителю оставалось только сосредоточиться на исследованиях по международно-правовой тематике, где он, впрочем, достаточно преуспел и стал одним из ведущих мировых специалистов по общей теории международного права<sup>60</sup>. С 1952 г. мыслитель выходит в отставку с профессорской должности, но при этом продолжает свои исследования<sup>61</sup>. Даже в преклонном возрасте Кельзен не прекращает работать над новыми работами, чему свидетельством многочисленные архивные материалы и неоконченные произведения, опубликованные после смерти правоведа<sup>62</sup>. Кельзен умирает 19 апреля 1973 года в своем доме в поселке Оринда (Калифорния).

<sup>59</sup> См.: *Telman D.A.J. A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists // Hans Kelsen anderswo. Hans Kelsen abroad / Walter R., Jabloner C., Zeleny K. (hrsg). Wien, 2010. P. 353-376.*

<sup>60</sup> Особо см.: *Kelsen H.* 1) *Peace through Law*. Chapel Hill, 1944; 2) *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*. N.Y., 1951; 3) *Principles of International Law*. N.Y., 1952.

<sup>61</sup> Ученый продолжает публиковать свои произведения вплоть до конца 1960-х годов. Последняя опубликованная при жизни Кельзена работа выходит в свет в 1968 г.: *Kelsen H. Die Problematik der Reinen Rechtslehre // Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht*. 1968. № 18. S. 143-184.

<sup>62</sup> Самые заметные, но не единственные: *Kelsen H.* 1) *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien, 1979; 2) *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine Kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*. Wien, 1985.