

HÜQUQ

УДК 34:349.2

ПРОБЛЕМА GRÜNDNORM И ЕЁ НАСЛЕДИЕ

Л.Ш.АЛИЕВА

Бакинский государственный университет
aliyeva.leyla@hotmail.com

В данной статье исследуется соотношение естественного и позитивного права, справедливости и закона, места нормы права в естественно правовом учении. Также рассматривается научный подход Г.Кельзена и других ученых к данным понятиям.

Ключевые слова: естественное право, позитивное право, закон, норма права, человеческая природа, мораль, справедливость, естественный закон, божественный закон

Самый известный сторонник позитивной школы права Ганс Кельзен кратко и воинственно изложил эту сторону вопроса, когда написал: «Нормы позитивного права действительны; то есть им следует подчиняться не потому, что они, подобно законам естественного права, происходят от Бога, или разума, исходя из принципа абсолютно хорошего, правильного или справедливого... но просто потому, что они были созданы определённым образом или созданы определённым человеком». Закон, по его словам, каким бы он ни был, есть закон в любом случае, это «санкционированный приказ». И, соответственно, «закон и справедливость две разные концепции» [1, 394]. Основные понятия «справедливости» и «несправедливости» теории естественного права трансформируются в формальное различие между понятиями «законного» и «незаконного». Это «относительное отношение к «справедливости» помещает формальное различие полностью в рамки конкретной системы позитивного права: «Тот факт, что кто-либо юридически обязан соблюдать определённый образ поведения, не означает ничего, кроме того, что противоречащая этому противоположность этого поведения находится под санкцией акта принуждения». Соответственно,

теории естественного права не могут обеспечить научное понимание закона, т. е. объективное, систематическое и поддающееся проверке знание его актуальности и действительности, а только «критический анализ» или даже «в зависимости от обстоятельств отрицание позитивного закона»; они, в сущности, на самом деле вовсе не теории «правовых норм», а лишь учёт определённых «норм морали, религии или других социальных сил», претендующих на то, чтобы быть действительными в качестве позитивного права [2, 191]. У Кельзена есть четыре основных причины отвергать все теории естественного права. Они обременены неприемлемой метафизикой, концептуально запутаны, живут на моральных иллюзиях и ненаучны. Во-первых, теория естественного права предполагают дуалистическую метафизику, преследовавшую западный мир со времен Платона [3, 419-433]. Она предполагает идеальную реальность совершенно справедливого и нравственного права, обладающего некоторой формой объективного существования, независимой от человеческих действий или воли, которая противопоставляется несовершенной социальной реальности рукотворных статутов, правил и решений. Последние несовершенны и менее реальны, чем первые, и любая реальность, которой они обладают, обусловлена идеальной реальностью. Только подражая идеальным законам человеческие законы обретают силу. Кельзен категорически против такого рода метафизики и отвергает её в пользу антиметафизического привкуса критической философии Канта. Отвержение этого метафизического дуализма лишает теории естественного права их метафизической основы.

Во-вторых, теории естественного права концептуально запутаны. Они бывают двух видов: светские и религиозные. Светские теории рассматривают естественные законы как рационально обязательные и самоочевидные сами по себе. Религиозные теории рассматривают их как заповеди Бога, открытые человеку через рациональные размышления о природе. Обе разновидности совершают натуралистическую ошибку, выводя «сущее» из «должного». Всё естественное может быть только фактом, и заповеди Божии также являются фактами, хотя и божественными фактами, а из фактов не следует никакой нормы. Чтобы избежать «натуралистической ошибки», следует исходить из того, что оба типа теории естественного права постулируют основную норму, придающую фактам нормативный характер. Светская основная норма состоит в том, что природе следует подчиняться, религиозная основная норма диктует, что нужно повиноваться Богу. Нормы следует считать самоочевидными, но они не могут быть выведены из какой-либо другой нормы, однако говорят, что они объективно действительны и обя-

зательны. Таким образом Кельзен пытается исправить путаницу, допущенную сторонниками естественного права.

В-третьих, эта «доктрина – это типичная иллюзия, обусловленная объективацией субъективных интересов». Согласно анализу Кельзена, притязания естественного права на объективную значимость основываются на допущении, что его основные нормы самоочевидны. Кельзен как моральный релятивист отвергает все подобные утверждения как иллюзии. Никакая моральная позиция не может быть объективно доказана и защищена. Интуитивно истинных моральных убеждений не существует. Моральные мнения зависят от личных предпочтений. Претендуя на объективную достоверность, юснатуралисты порождают иллюзии и используют их в различных идеологических целях. Чаще всего иллюзия естественного права использовалась консерваторами для оправдания существующих правовых и политических институтов. Иногда та же самая иллюзия превращалась в инструмент для продвижения реформ или революций. Релятивизм Кельзена не исключает возможности или необходимости оценивать право по моральным стандартам. Он просто настаивает на том, что всякая оценка действительна только по отношению к конкретной используемой моральной норме, которая сама по себе не имеет объективной значимости. Следовательно, моральная критика или оправдание закона является вопросом личного или политического суждения. Это не является объективным научным вопросом и не касается науки права.

В-четвёртых, осуждение Кельзенем теорий естественного права как ненаучных означает, что они не могут быть объективно подтверждены. Поэтому стремление Кельзена построить научную теорию права приводит его к отказу от морали права как предмета теории: «Проблема права как научная проблема – это проблема социальной техники, а не проблема морали». Юридическая теория занимается и должна заниматься особым типом социальной техники управления человеческим поведением. Теории естественного права, проводя различие между справедливыми статутами, которые являются законом, и несправедливыми, которые не являются законом, затемняют проблему. Тем самым они исключают возможность классификации некоторых нормативных систем как правовых, даже если они являются примерами использования одной и той же социальной техники. С точки зрения научного познания права его обоснование нравственным порядком, отличным от позитивного правопорядка, не имеет значения, ибо задача науки о праве не одобрять или не одобрять его предмет, но знать и описывать его [4, 485].

Кельзен задумал свою собственную теорию как альтернативу,

единственно возможную альтернативу естественному закону. Эта проблема является проблемой абсолюта, которая со времён вдохновителя первых французских революционных конституций аббата Эмманюэля Сиейеса преследует теорию права, выражается в парадоксальной структуре *Gründnorm* Кельзена, в поисках незыблемого фундамента и условий возможности правового порядка, которые не могут быть выражены в юридических терминах. В схеме Кельзена, фундаментальном труде «*Reine Rechtslehre*, который считается одной из самых провокационных попыток решить извечные проблемы философии права, все позитивные законы получают свою силу по происхождению от законов высшего порядка. Таким образом, поиск законной силы ведет к регресу вверх по «родословной» до тех пор, пока мы не достигнем «основной нормы» – *Gründnorm*. Основная норма как нормотворческая сила или наделение полномочиями является ключевой. Все законы создаются человеческими действиями, но человеческие действия являются фактами и принадлежат сфере «сущего», тогда как законы являются нормами и принадлежат сфере «должного»; нормы не могут основываться на фактах. Нормы существуют только в том случае, если они санкционированы или обусловлены другими нормами. Попытка Кельзена объединить формальную *Gründnorm* с позитивным законом, который исторически развивается, предполагает повторное появление и повторение платонической проблемы $\chi\omicron\rho\rho\iota\sigma\mu\acute{o}\varsigma$ – хоризма, а именно непреодолимой пропасти между трансцендентальным миром идей и чувственным миром или миром их теней, определяемым временем и пространством.

В праве автономия правовых норм обеспечивается тем, что все они являются звеньями того, что можно назвать цепочками действия. Этот термин не используется Кельзеном, но эта идея важна для его философии. Основная норма, как пишет Кельзен, наделяет определённое лицо или орган полномочиями, тем самым создавая законотворческий орган. После создания этот орган может, конечно, наделить другой орган полномочиями, то есть разрешить, делегировать полномочия или передать полномочия другому лицу или органу. *Gründnorm*, основная норма, лежащая в основе перевернутой пирамиды права Кельзена, есть возрождение теологии монотеизма на новом, светском уровне, но она противоречит самому понятию правовой нормы, которая предполагает источник эффективной и идентифицируемой воли. Основная норма, в отличие от священных текстов, не имеет такого источника, хотя и ставит себя выше любой конституции, и «... человек, не имеющий доступа к абсолюту, может достичь «справедливости» – это то, что соответствует установленной норме, а несправедливость – то, что ей противоре-

чит» [5, 57].

Согласно этой теории, правовые нормы, в сущности, являются утверждениями о том, что «следует» делать. Концепция того, что «следует», является частью обстоятельно разбираемой Кельзеном разницы между Sollen (должное) и Sein (сущее). Методологический дуализм представляет для Кельзена нечто большее, чем просто различие Sein/Sollen, используемое другими в качестве защиты от неправомерного слияния различных методов познания. Скорее, для Кельзена Sein и Sollen также обозначают две совершенно независимые сферы, эпистемологически несоединимые – внешний, физический мир и нормативную или идеальную сферу. Противопоставление между Sein и Sollen, между «есть» и «должен», есть логико-формальное противопоставление, и, поскольку соблюдаются границы логико-формального исследования, и никакой путь не ведёт от одного к другому; два мира разделены непреодолимой пропастью. Вооружившись этой экспансивной версией методологического дуализма, он решил «очистить» юридическую науку, зараженную элементами юснатурализма и психологизма (последнее вменялось в вину последователям пандектизма, придерживающихся теоретической базы Дигест. Кодекс Юстиниана применялся в Германии вплоть до принятия и вступления в силу Гражданского кодекса (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) в 1900 г.)

Это различие было вдохновлено неокантианским методологическим различием, которое обусловлено «натуралистической ошибкой» Юма, и эпистемологией Канта, и представляет собой основу нормативистского подхода Канта к пониманию права. Кельзен использует данное различие для отделения сферы правового «нормативизма» от эмпирической «реальности фактов», которая определяет право фактологически или в качестве действительного поведения людей. Кельзен стремится определить «закон» как проблему «чистой» юриспруденции, которая может претендовать на звание подлинной науки. Для этого он разграничивает понятие права в двух направлениях: с одной стороны, он отвергает все материальные границы для норм права. Как он заявляет: «Любой возможный вопрос может быть законом» («Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein»). В его теоретической структуре юридической науки о позитивном праве право выступает прежде всего как метод обозначения. Правовые нормы придают значение определённым типам поведения, которые законодатель стремится запретить, и характеризуются тем, что санкции должны следовать за возникновением того, что запрещено конкретной нормой. Следовательно, норма – это искусственная связь, устанавливаемая между двумя материальными событиями – юридически значимым действием и санкцией. Эти отноше-

ния можно представить как приписывание значения чему-то, что само по себе не имеет значения. Какую задачу призван решить юридический смысл? Он превращает конкретный случай поведения, естественно лишённый юридической значимости, в юридически значимое условие для применения санкции. По сути, разъясняет Кельзен, происходящее в социальной сфере не имеет юридического значения как таковое: «внешние обстоятельства» – это события, «воспринимаемые органами чувств» и «управляемые законами причинности» [6, 10].

Другими словами, материальные события – это ничто иное, как набор явлений, управляемых законами механики, не имеющий юридического значения. Если это так, то не существует хороших действий, хороших моделей поведения или хороших принципов, которые, как таковые, в силу своей существенной инвариантной природы заслуживают того, чтобы быть обозначены и обеспеченными правовыми нормами. Все действия, модели и принципы – это просто цепочки причин и следствий, которые можно назвать ни законными, ни незаконными, поскольку характеристика законности или незаконности не присуща социальным событиям. «Скорее, – утверждает Кельзен, – то, что делает такое событие правовым актом, – это его смысл, объективный смысл, который придается этому акту». Это также предполагает, что любое действие или событие могут стать незаконными, то есть им может быть придано юридическое значение, которое превращает его в правовой акт или событие. Действительность правовой нормы не зависит от материальных критериев. Кельзен считает материальную концепцию права невозможной, поскольку не существует абсолютной морали и, следовательно, абсолютной справедливости, и «причиной действительности нормы не может быть факт... Причиной действительности нормы может быть только действительность другой нормы». Следовательно, для Кельзена все попытки интерпретировать фактологические понятия в концепции права идеологически сомнительны.

С этой точки зрения, кельзеновская критика естественного права устанавливается в рамках конкретной философско-правовой основы, подтверждающей *ex negativo* основные черты позитивной правовой системы, определённые его «чистой теорией», включая: формально-релятивистское основание её действительности, изменчивость её содержания, социальная институционализация силы, признающая тождество права и государства, различие между причинностью и нормативностью и, наконец, принуждение как неотъемлемая часть юридического обязательства. В частности, критический анализ Кельзена руководствуется формой *reductio ad absurdum*, то есть допуская существование, обоснованность и познаваемость естественного права как полно-

стью действующей нормативной системы, чтобы выявить ее противоречивость.

Таким образом, критика исходит из неотъемлемости внутри каждого «нормативного порядка» процесса «конкретизации» и «индивидуализации» общих норм. Возможность естественного права ставится под сомнение исключительно из-за акцента на его способности применять свои общие предписания к конкретным случаям, причём способом, полностью отличным от позитивного права и несводимым к нему. Критическая попытка Кельзена состоит, таким образом, в демонстрации того, что естественный закон должен неизбежно использовать, основанный на необходимости «конкретизации» позитивный закон (если не трансформировать себя в систему позитивного права), чтобы достичь эффективности посредством принуждения и, таким образом, раскрыть себя в качестве стратегии легитимации особого правового порядка позитивного права, апеллируя к его предполагаемой «естественности».

С другой стороны, в соответствии с теорией Кельзена, юридическая сила правовой нормы устанавливается посредством процессуального обращения к норме более высокого порядка, чья юридическая сила устанавливается посредством процессуального обращения к норме ещё более высокого уровня, и так до тех пор, пока не будут достигнуты нормы наивысшего уровня. Данный наивысший уровень норм является основной или абсолютной нормой, которая неподотчётна какой-либо вышестоящей норме. Согласно Кельзену, основная норма – это гипотетически принятое условие, которое создаёт возможность существования самой правовой науки. Основная норма – это безусловное и абсолютное санкционирующее правило, в соответствии с которым устанавливаются или аннулируются нормы более низкого порядка. Это разрешительная норма. Она «квалифицирует определённое событие как исходное событие в создании различных правовых норм. Это отправная точка нормотворческого процесса. Она не обязательно должна содержать нормативные предписания в собственном смысле слова. Её юридическая сила просто должна быть предметом предположения, и это единственно возможное решение проблемы бесконечной регрессии в процессе поиска абсолютного источника права. Без данной основной нормы толкование права в свете нормативистского подхода было бы невозможно. Одной из любимых тем в исследованиях Кельзена является обсуждение данного двусмысленного определения, которое однозначно выводит основную норму всё же за пределы позитивного права. Очевидно, что это не материальная норма с самоочевидным содержанием, ни позитивная норма, созданная обычаем или актом какого-либо юридического органа. Это также не процессуальная норма или «про-

дукт свободного изобретения». Вместо этого, в своём конкретном, кельзеновском определении, это «...предполагаемая отправная точка процедуры: процедура создания позитивного закона». Основная норма всегда «ссылается непосредственно на конкретную конституцию, фактически установленную обычаем или законодательным актом, в общем и целом действующей и косвенно действующей в отношении в целом действующего принудительного порядка, созданного в соответствии с этой конституцией». Таким образом, «[э]то служит основанием для действительности конституции и принудительного порядка, созданного в соответствии с ней». Фактически, Кельзен описывает основную норму как «трансцендентально-логическую предпосылку», которая позволяет интерпретировать субъективный смысл конституционного акта (и актов, установленных в соответствии с конституцией) «...как их объективное значение, то есть как объективно действительные правовые нормы». Для Кельзена именно основная норма является центральной частью его представления о чисто правовом нормативизме, который основан на идее о том, что правовая норма может быть образована только от другой правовой нормы [7].

Согласно Кельзену, предположение основной нормы практически означает принятие события, фактически состоявшегося и ставшего основой исторического появления первого источника права, желательного писаного, которое наделило данный акт первых законодателей законотворческой властью. От неё берут своё начало нормы любого правового порядка (и всех последующих правовых порядков), которые и создают неразрывную цепь юридической законности. Независимо от того, кто и как его создавал, и что было его содержанием, этот акт должен считаться объективно правомерным. Также он должен наделять юридической правомерностью все нормы, которые в соответствии с ним создавались. Нормы, получившие свою юридическую законность вследствие условного факта, являются отнюдь не единственной проблемой в концепции законности Кельзена. Его стремление к педантичному анализу юридической законности, требующему отказа от обоснования правомерности закона, приводит к теории, согласно которой формальное или процессуальное восприятие законности становится единственным основанием правомерности закона. Но юридическая сила права, процессуальным образом сообщаемая норме высшего уровня, недостаточна для получения основы правомерности закона. Процессуальная концепция юридической законности не отвечает на вопрос о том, будет ли право, созданное согласно разрешительным процессуальным процедурам, сознательно принято в качестве юридически обоснованного теми, для кого это право предназначено.

Решения государства имеют законную силу только в том случае, если они принимаются в полном соответствии со всеми правовыми нормами высшего порядка, включая все применимые материальные нормы высшего порядка. Но поскольку основная норма составляет единство правового порядка и поскольку на самом деле существует много разных государств с разными правовыми системами, было бы логично предположить, что для каждого отдельного государства существуют разные основные нормы. И это уже несовместимо с его предположением основной нормы как «трансцендентально-логической предпосылки». Кельзен определяет основную норму как трансцендентальную предпосылку для познания права в его нормативности. Стэнли Паулсон показал, что трансцендентальные предпосылки работают только в том случае, если они необходимы [8, 168-179]. Это так только в том случае, если можно доказать, что любое другое обоснование исключено. Само понятие «относительного» а priori не может быть трансцендентальной предпосылкой, поскольку можно рассматривать вопросы по-другому, например, устанавливая материальные принципы действительности права с позиции естественного права.

Таким образом, концепция основной нормы становится синонимом существующего, в целом эффективного правопорядка, а действительность основной нормы становится зависимой от её эффективности. Это, в свою очередь, означает, что кельзеновское основание содержания основной нормы регулируется методологией, которая неизбежно является редукционистской, в соответствии с которой основная норма отражает набор уже существующих социальных фактов, связанных с «...фактическим поведением, убеждениями/предпосылками и установками людей». Это приводит к редукционистским выводам, которых с самого начала проект Кельзена стремился избежать, пытаясь реконструировать и тем самым продемонстрировать автономный, несводимый нормативный аспект права.

Следовательно, становится очевидным, что даже если предположить, что подход Кельзена к проблеме нормативности права, который включает обращение к трансцендентным элементам, представляет собой последовательную критику теории естественного права, первоначальные намерения предоставить недредукционистские объяснения нормативности права не могут быть полностью реализованы. Таким образом, его релятивизм в отношении моральных ценностей делает невозможным избежать в конечном итоге редуктивного обоснования нормативности в фактической сфере социальной реальности; следовательно, его трансцендентальный аргумент не может установить правовую нормативность в сильном, категоричном, легитимизирующем

щем/оправдывающем смысле, а только в слабом, гипотетическом, эпистемологическом смысле. Нормативная легитимность, понимаемая в этом смысле, не может быть системно-независимой, а только системно-зависимой, представляя своего рода «бледную» нормативность, которая оставляет открытым один из фундаментальных вопросов, касающихся нормативности в целом и, в частности, правовой нормативности: вопрос о том, как отличить социологическое от *stricto sensu* оправданной нормативности. Ибо область права, в отличие от области природы и её явлений, всегда уже аксиологична: неявный выбор ценностей, глобальные социальные взгляды и коллективный опыт неизбежно лежат в основе любого существующего нормативного порядка. Следовательно, «нейтральная», позитивистская, научно ориентированная теоретическая платформа, которая сознательно исключает центральные элементы ценностных и основанных на причинах индивидуальных и коллективных действий, не может развить нередукционистскую концепцию правовой нормативности.

Кельзен утверждает, что сила права всегда опирается на разрешительную власть, которая, в свою очередь, является каким-либо правом или возможностью в соответствии с нормой.

Это объясняется только функциональной дееспособностью порядка, который регулирует поведение индивидов. Для юридической науки позитивного права нормы поведения выходят за рамки её компетенции, если проступок не связан с санкцией или они зависят от санкционной нормы. Необходимый в правоприменительной практике элемент принуждения заключается не столько в принуждении физическом, сколько в наличии конкретных взысканий, предусмотренных для конкретных случаев теми правилами, которые формируют правовой порядок. Кельзен, следуя Гоббсу, утверждает, что то, что ставится под вопрос, по сути, не является справедливостью, но миром и закон служат только для прекращения или предотвращения конфликта посредством санкций или сдерживания, регулируя взаимодействие между людьми, «которых нельзя считать совершенными». Данный вид уполномоченного законом насилия является не властью в подлинном смысле этого слова, а правовой компетенцией. Хотя Кельзен считает, что «право обладает силой», в которой нет чего-либо мистического или, что одно и то же, «суверенного», что юридическая сила правовых норм никак не может поддерживаться только насилием, но фраза «сила права» сопровождается ссылкой на работу Жака Дерриды, в которой последний утверждает, что происхождение политической власти, по определению, основывается только на акте «суверенного насилия» [9].

Закон действительно является принуждающим порядком, кото-

рый добивается социально приемлемого поведения, применяя угрозу наказания. Однако основная нормативная цель закона заключается в поддержании порядка, который является условием, при котором использование силы в отношениях между личностями становится ненужным. Кельзен настаивает, что закон сосредотачивает применение силы в руках государства для установления порядка [10]. Таким образом, всякое несанкционированное законом использование принудительной силы в обществе превращается в нарушение закона. Не бывает правового порядка, который не смог бы запретить все неразрешённое насилие, поскольку его основная цель в том, чтобы гарантировать людям возможность разрешения всех их конфликтов без использования силы, то есть в соответствии с единым для всех правовым порядком. Такое государство гарантирует социальный мир, поскольку закон является режимом монополии на использование силы. Основная норма, будучи абсолютным источником юридической силы для всех правовых норм системы, гарантирует применение силы принуждения в соответствии с нормами, ею же разрешёнными. Таким образом, сила является фундаментальным и неизбежным элементом правового нормативизма, поскольку сущность правового порядка заключается в гарантировании мира. Однако удивительно, что это не имеет ничего общего с суверенной властью, которую Кельзен считает лишённой смысла, причём как в контексте юриспруденции, так и применительно к эмпирической реальности.

О позитивном праве невозможно судить или оценивать с точки зрения, выходящей за рамки правового порядка позитивного права, поскольку это система внутренне связанная и полностью самодостаточная. Следовательно, создавая полностью формальную систему, избавленную от любого вмешательства вне юридических элементов, Кельзен приближает юридическую систему к уровню абстракции, который просто несовместим со связями, которые он поддерживает с социальными и политическими структурами. Поступая таким образом, он лишает его любого основного элемента критики, делая свою теорию непроницаемой для представлений о справедливости и несправедливости. Одним из следствий этого герметизма юридической системы по отношению к оценке является то, что «чистая теория права» Кельзена превращает закон исключительно в привилегию власти, поскольку тот, кому разрешено устанавливать закон, освобождён от любой критики. Юридический позитивизм подразумевает, что нормативные стандарты – это всего лишь выводы – «так должно быть» – без учёта социологических, исторических или материальных элементов. Учитывая его сциентизм, он чужд ценностному суждению, присущему человеку о ве-

цах, и может признавать только научное суждение логической недействительности или действительности. Будучи чуждой его логической нормативности, критика становится неуместной. Этот парадокс ведёт к более общему процессу релятивизации, в котором этот релятивизм представляет собой серьёзную трудность: отказываясь от любой нормы, которая могла бы выполнять критическую функцию по отношению к действующему закону, «чистая теория» полностью обезоруживает человека перед лицом власти. Неявно здесь проявляется один из парадоксов позитивной теории права: закон – это человеческое творение, адаптированное к определённой форме общества в данный исторический период; и всё же ни одна из относительных норм, принятых людьми, не может создать нормативную основу, которая кажется более справедливой и имеющей большую внутреннюю ценность, чем эти нормы.

Лео Штраус суммирует эту существенную трудность, с которой столкнулась юридическая наука Кельзена – теория позитивного права, и последовавшую реакцию на возобновившееся обращение к естественному праву: «Отвергать естественное право равносильно утверждению, что всё право позитивно, а это означает, что любой закон определяется исключительно законодателями и судами разных стран [11]. Сейчас, очевидно, имеет смысл, а иногда даже необходимо говорить о «несправедливых» законах или «несправедливых» решениях. Вынося такие суждения, мы подразумеваем, что существует стандарт правильного и неправильного, независимый от позитивного правильного и более высокий, чем позитивное правильное... Если нет более высокого стандарта, чем идеал нашего общества, мы совершенно не в состоянии находиться на критической позиции к этому идеалу». Таким образом, доктрина естественного права предоставила бы все существенные элементы для деонтологической критики действующего права. Примечательно, что Кельзен узаконил Нюрнбергский процесс против ведущих представителей Третьего Рейха с помощью морального аргумента: «Справедливость требовала наказания этих людей, несмотря на то, что согласно позитивному праву они не были наказуемы в момент совершения действий путём придания закону обратной силы» [12].

Gründnorm становится новой альтернативой священным религиозным текстам, воле народа, справедливость впервые оказывается востребованной, так как она попросту отныне неуместна – создаётся новое неуютное «начало», лежащее над- и вовне- человека, неизбежно лежащее в основе динамической иерархии системы позитивного права (Stufenbaulehre). Кельзен всё же заметил, что этот шаг выводит нас за пределы позитивной правовой системы и, *ipso facto*, в естественное

право. Естественное право таким образом получает доступ к позитивному правовому порядку: «Основная норма сама по себе не созданная, а гипотетическая предполагаемая норма; это не позитивный закон, а только его состояние. Даже это ясно показывает ограничение идеи правовой «позитивности». Основная норма действительна не потому, что она была создана определённым образом, но её действительность предполагается в силу её содержания. Таким образом, она действительна, как норма естественного права, за исключением её чисто гипотетической достоверности. Чистый позитивный закон, как и закон естественного права, имеет свои ограничения». Это и есть связывание естественного права с позитивным правом. Хотя всякий закон создается человеческим действием, в конечном счёте все позитивные законы обязаны своей действительностью «непозитивное праву», закону, не созданному человеческим действием. Только непозитивный закон может быть высшим законом правовой системы, только он не предполагает другой нормы, из которой он получает свою нормативность.

Джозеф Рац видит парадокс в приписывании обоснованной нормативности праву, тезису, который ставит Кельзена гораздо ближе к теории естественного права, чем к чему-либо найденному в традиционном, основанном на фактах, юридическом позитивизме [13]. Рац привлекает особое внимание к парадоксу, написав, что, хотя «Кельзен отвергает теории естественного права, он последовательно использует концепцию нормальности естественного закона, то есть концепцию обоснованной нормативности». Если нормативное значение кельзеновских правовых положений состоит в том, что они констатируют существование основной нормы как ценности, то, как утверждает Рац, трудно избежать вывода о том, что правовые положения являются «моральными утверждениями». Таким образом, «...закон, его существование и содержание, которое утверждают правовые [суждения], окажутся по существу моральными фактами» [14].

В современной правовой реальности существует множество примеров, которые противоречат тезису Кельзена о единстве и исключительности нормативных систем, возникающих в качестве особого следствия процесса глобализации, оказавшей огромное влияние на процесс правового плюрализма и раздробленности. В настоящее время закон национальных государств подавляется транснациональными правовыми режимами и соперничает с глобальными судебными институтами, которые определяют масштабы своей юрисдикции по признаку важности вопросов, а не на территориальной основе, и создают нормы посредством механизмов, отличных от государственных законодательных органов. Созданные данными правовыми инстанциями нормы об-

ретают свою правомочность в контексте национальных правовых порядков, не будучи производными одной и той же основной нормы. В случаях с дублирующими друг друга системами, ни одна из них не служит основной причиной законности другой. При этом не стоит допускать существование вне этих систем какой-то общей причины их правомочности. Аналогично Кельзену, который пошёл дальше идеи о том, что всякое право происходит от одного источника власти по команде суверена, необходимо признать, что не все нормы той или иной правовой системы происходят от одной основной нормы.

ЛИТЕРАТУРА

1. Kelsen, H., 2008, *Pure Theory of Law*, Clark: The Law Book Exchange
2. Kelsen, H., 2007, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, in Hans Kelsens Werke, (Hrsg. Matthias Jestaedt), Bd. 2.1, Tübingen: Mohr
3. Kelsen, H., 1961, *Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism*, in Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, (from an unpublished manuscript), N.Y.: Russell and Russell
4. Kelsen, H., 1949, *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science*, *The Western Political Quarterly*, Vol. 2, pp. 481–513
5. Kelsen, H., 1957c, *Value Judgments*, in Kelsen, H., *What is Justice?*, Berkeley: University of California Press
6. Kelsen, H., 1992, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, (Trans. Paulson, B. L., and Paulson, S. L.), Oxford: Oxford University Press
7. Kelsen, H., 1971, *What is Justice: Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays*, Berkeley: University of California Press
8. Paulson, S. L., 1990, *Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?*, *Rechstheorie*, B. 21
9. Derrida, J., 1994, *Force de loi: Le «fondement mystique de l'autorite»*, Paris: Galilee
10. Kelsen, H., 1947-1948, *Law, State, and justice in the Pure Theory of Law*, *Yale Law Journal*, Vol. 57, pp. 377-390
11. (Strauss, L., 1965, pp. 2-3) Strauss, L., *Natural Right and History*, Chicago: University of Chicago Press, 1965
12. Kelsen, H., 1947, *Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, *The International Law Quarterly*,
13. Raz, J., 1998b, *Kelsen 's Theory of the Basic Norm*, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Eds. Paulson, S. L., and Paulson, B. L.; Trans. Paulson, S. L., Paulson, B. L., and Sherberg, M.; Intr. Stanley L. Paulson), Oxford: Clarendon Press
14. Raz, J., 2007, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, (Ed. Pavlakos, G.), London: Bloomsbury/Hart

GRÜNDNORM PROBLEMİ VƏ ONUN İRSİ

L.Ş.ƏLİYEVƏ

XÜLASƏ

Bu məqalədə təbii və pozitiv hüquq, ədalət və hüquq arasındakı əlaqə, təbii hüquq təlimində düzgün normanın yeri araşdırılır. Q.Kelsenin və digər alimlərin bu anlayışlara elmi yanaşması da nəzərdən keçirilir.

Açar sözlər: təbii hüquq, pozitiv hüquq, hüquq, qanunun aliliyi, insan təbiəti, əxlaq, ədalət, təbii qanun, ilahi qanun

THE GRÜNDNORM PROBLEM AND ITS LEGACY

L.Sh.ALIYEVA

SUMMARY

This article is devoted to the interrelation between natural and positive law, justice and law, the place of the right norm in the natural legal doctrine. The scientific approach of G.Kelsen and other scientists to these concepts is also considered.

Keywords: natural law, positive law, law, rule of law, human nature, morality, justice, natural law, divine law