



DOI: 10.22363/2313-1438-2023-25-1-63-76

Научная статья / Research article

Нет иерархии норм, есть иерархия инстанций: нормативное и субъектно-политическое обоснование иерархии нормативно-правовых актов в учениях Ганса Кельзена и Карла Шмитта

А.Д. Уханов  

Владивостокский государственный университет, Владивосток, Россия

 vin-chun.95@list.ru

Аннотация. Проблему юридической силы и иерархии нормативных правовых актов необходимо рассматривать на стыке политико-правового знания, поскольку такие акты являются не просто формой внешнего закрепления правовых норм, предписывающих субъекту определенную модель поведения, но и выражают государственно-властную волю, фиксируют институционально-политический каркас и расклад политических сил в обществе. В истории политической и правовой мысли оформились два основных способа обоснования юридической силы нормативно-правовых актов: нормативный и субъектно-политический. Наиболее последовательно и аргументированно обозначенные способы изложены в теоретических трудах немецких государствоведов прошлого века Ганса Кельзена и Карла Шмитта. В статье предлагается сравнить между собой взгляды мыслителей на природу юридической силы и иерархии нормативно-правовых актов. В заключительной части работы обосновывается вариант примирительной трактовки конкурирующих подходов, а также делаются выводы относительно практической значимости анализируемых теоретических моделей в контексте юридической практики и политического процесса.

Ключевые слова: иерархия, юридическая сила, нормативные правовые акты, правовая норма, политическая власть, орган государственной власти

Для цитирования: Уханов А.Д. Нет иерархии норм, есть иерархия инстанций: нормативное и субъектно-политическое обоснование иерархии нормативно-правовых актов в учениях Ганса Кельзена и Карла Шмитта // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Политология. 2023. Т. 25. № 1. С. 63–76. <https://doi.org/10.22363/2313-1438-2023-25-1-63-76>

© Уханов А.Д., 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>

There Is No Hierarchy of Norms, There Is a Hierarchy of Instances: Normative and Subject-Political Justification of the Hierarchy of Normative Legal Acts in the Teachings of Hans Kelsen and Karl Schmitt

Anton D. Ukhanov  

Vladivostok State University, Vladivostok, Russian Federation

 vin-chun.95@list.ru

Abstract. the problem of legal force and the hierarchy of normative legal acts must be considered at the intersection of political and legal knowledge, since such acts are not just a form of external consolidation of legal norms prescribing a certain model of behavior to the subject, but also express the state-power will, fix the institutional and political framework and the alignment of political forces in society. In the history of political and legal thought, two main ways of substantiating the legal force of normative legal acts have taken shape: normative and subject-political. The most consistently and argumentatively indicated methods are set out in the theoretical works of German lawyers of the last century, Hans Kelsen and Karl Schmitt. The article proposes to compare the views of thinkers on the nature of legal force and the hierarchy of normative legal acts. In the final part of the work, a variant of a conciliatory interpretation of competing approaches is substantiated, and conclusions are drawn about the relative practical significance of the analyzed theoretical models in the context of legal practice and the political process.

Keywords: hierarchy, validity, normative legal acts, legal norm, political power, public authority

For citation: Ukhanov, A.D. (2023). There is no hierarchy of norms, there is a hierarchy of instances: Normative and subject-political justification of the hierarchy of normative legal acts in the teachings of Hans Kelsen and Karl Schmitt. *RUDN Journal of Political Science*, 25(1), 63–76. (In Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-1438-2023-25-1-63-76>

Введение

Фраза, вынесенная в заглавие настоящей статьи, представляет собой усеченный вариант критического суждения Карла Шмитта (1888–1985), адресованного Гансу Кельзену (1881–1973) в ходе дискуссии о гаранте конституции, состоявшейся между мыслителями в начале 1930-х гг. В ней выражено несогласие Шмитта с концепцией иерархического (ступенчатого) строения правопорядка, сформулированной и настойчиво отстаиваемой Кельзеном с 1910-х гг. И хотя центральным предметом этой дискуссии и ее поводом был совершенной другой вопрос, тем не менее на ее полях можно обнаружить обсуждение множества содержательных и важных политико-правовых проблем. Одной из них и является проблема обоснования иерархии нормативных правовых актов.

Приведенный выпад со стороны Шмитта является не первой попыткой оспорить один из ключевых элементов политико-правового учения Кельзена. Наиболее ранней из них, насколько об этом можно судить, следует считать ту,

что была предпринята в работе «Политическая теология» (1922)¹. В ней Кельзен предстает выразителем идейной тенденции, направленной на вымывание субъектно-политического начала, сопровождающегося отказом от решения ключевых политико-теоретических проблем и кардинальной переинтерпретацией важнейших категорий теории государства.

Действительно, Кельзен, стремящийся дать объективный анализ правовой системы еще до Первой мировой войны, формулирует теорию, ставшую объектом многочисленной критики [Иештедт 2015; Штолляйс 2017: 228]. Ниспровергающий характер работ Кельзена, направленных против господствовавшей государственно-правовой теории, поставил мыслителя в оппозицию к значительной части научного сообщества, вместе с тем способствуя образованию вокруг мыслителя собственной школы [Olechowski 2020: 316–344].

В настоящий момент оба мыслителя являются классиками политико-правовой науки [Aliprantis, Olechowski 2014; Бенуа 2013]. Однако не менее важной видится полемика между ними, развернувшаяся в 1920-1930-х гг. Poleмика не только является примером идейно-теоретического противостояния двух классиков политической и правовой мысли, но и обладает значительным эвристическим потенциалом для анализа политико-философских проблем [Donhauser 2019], исторических [Bernstorff 2017] и современных социально-политических и правовых процессов [Magalhaes 2021].

Как правило, в литературе отмечается высокая степень идейного антагонизма между мыслителями. Более того, высказывается позиция, что авторы, несмотря на общую образовательно-академическую базу, принадлежат к разным дисциплинам. Учение Кельзена становится концептуализацией юридической практики и находит свое место в юриспруденции, тогда как рассуждения Шмитта теряют какое-либо значение для правовых исследований и могут быть отнесены к политической науке [Mehring 1994]. На наш взгляд, такая трактовка отличается категоричностью, а идеи, высказанные мыслителями, можно примирить [Варга 2012], более того, выстроить на их основе комплексную исследовательскую оптику.

Именно это мы и попытаемся сделать, рассмотрев полемику мыслителей в обозначенном аспекте. Так, согласно замечанию С.Л. Полсона суждения Шмитта относительно концепции ступенчатого строения правопорядка Кельзена выглядят весьма обоснованными и вскрывают слабые места чистого учения о праве [Paulson 2017]. К сказанному следует добавить, что, критикуя Кельзена, Шмитт хотя и вскользь, но обозначает собственно видение проблемы строения государственно-правового порядка. На прикладном уровне данная проблема выражается в иерархии нормативных правовых актов и их юридической силе. Именно

¹ Хотя уже в «Диктатуре» (1921), ключевые части которой были написаны еще в годы Первой мировой войны и во многом выражали опыт функционирования конституционного государства в условиях чрезвычайного (осадного) положения [Quaritsch 1996], можно обнаружить упоминание кельзеновских теоретических построений, в ней Шмитт ограничился редкими зачастую несколько ироническими замечаниями (о предмете правовой науки, природе демократии и проч.) и не посвящал учению Кельзена специальной критики.

расхождения во взглядах на этот вопрос мы бы и хотели сравнить, поскольку представляется, что это имеет не только теоретико-методологическое значение для политической и правовой науки, но и может играть методическую роль для конкретного правоприменителя или политического деятеля.

Проблема иерархии правовых актов в политико-правовом дискурсе

Проблематика иерархии нормативных правовых актов может рассматриваться на стыке политологии и юриспруденции, поскольку такие акты являются не просто формой закрепления правовых норм, но и выражают государственную волю, свидетельствуя о состоянии политических сил и настроений в обществе. Так, начиная с Ж.Ж. Руссо в политической философии Нового времени закрепилось нормативное представление о законе как о провозглашенной общей воле народа [Руссо 2000: 217]. Меньше чем через тридцать лет после своего появления идея мыслителя была формально закреплена в пункте 6 «Декларации прав человека и гражданина», где сказано, что «закон есть выражение общей воли»².

Современная политическая наука относится к этой максиме более реалистично, полагая что «закон и право придают всеобщее выражение политической воли той или иной группы, которая удерживает государственную власть и интерпретирует содержание общественного блага. В этом плане правовые нормы являются важнейшим инструментом укрепления политической власти, придания ей всеобщего характера» [Соловьев 2017: 64]. Так же праву отводится роль оформления политики: «...политика — это своеобразный поисковый механизм социального развития, разрабатывающий его проекты, а право — механизм придания таким проектам общезначимого характера» [Соловьев 2017: 66].

В этом контексте показательно, что большая часть сборника «Политический процесс в России (1990–2001)» (2021) состоит из нормативных правовых актов, которые выступают документами, «отражающими характер и логику внутриполитических процессов в России» [Коваленко 2021]. В этом смысле правовые документы несут на себе отпечаток социально-политической ситуации соответствующей эпохи, являясь источником политической истории. Более того, изданием правового акта завершаются некоторые политические процессы. Например, это касается законотворчества, в ходе которого сталкиваются как публичные, так и теневые политические акторы [Краснова 2005: 5–6], компромисс между которыми находит свое выражение в содержании правового акта. При этом вопрос о соотношении политической власти, который может быть раскрыт через анализ иерархии нормативных правовых актов, разработан политической наукой весьма слабо. Именно поэтому представляется возможным кратко обратиться к наработкам юриспруденции.

² Декларация прав человека и гражданина 1789 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. 2: Современное государство и права. М., 2003. С. 85–88.

Общим местом исследования иерархии в праве, с которым согласно большинство исследователей, является представление об определяющем значении юридической силы как ключевого фактора выстраивания иерархии нормативно-правовых актов и определения позиции конкретного акта в ней [Марченко 2017: 106].

Относительно юридической силы в литературе весьма точно отмечено, что она «предполагает не только специфически организованное правовое пространство, но и *особый дискурс практикуемых субъектами права суждений*, который, если продолжить использование пространственных выражений, образует “*сеть различных мест*”, *поле смыслов и границы значений* (курсив наш. — А.У.)» [Пермяков 2022: 97]. Из этого следует, что апелляция к юридической силе акта вытекает из легитимирующего дискурса (в том числе политико-идеологического), используемого для убеждения некоторого круга лиц в истинности определенного способа построения системы правовых актов.

Мы полагаем, что можно выделить три уровня дискурса или три способа обоснования юридической силы и иерархии правовых актов. *Во-первых*, легальный (законодательный, позитивно-правовой, официальный, формальный), под которым следует понимать фиксацию в законодательстве иерархии нормативно-правовых актов. Фиксация может быть частичной, посредством таких выражений, как «не могут противоречить» (например, п. 3, 5 ст. 76 Конституции РФ), либо полной, что предполагает принятие специального закона о системе нормативных правовых актов. В России идея принятия такого закона имеет как сторонников [Арзамасов 2004; Сильченко 2018], так и противников [Васев 2022].

В литературе очень точно отмечено, что «иерархическая зависимость между нормативными правовыми актами может существовать только в том случае, когда она выражена в соответствующей правовой форме» [Толстик 2002: 118]. Проблема данной позиции состоит в том, что для того, чтобы соглашаться с положениями ст. 15 Конституции РФ и именно в ней искать начало иерархии российского законодательства, нужно *уже* полагать Конституцию РФ документом, обладающим высшей юридической силой (имеет место самореференция).

Вторым уровнем обоснования иерархии нормативных актов является **доктринально-теоретический (догматический)**, представляющий собой сформированный на базе позитивистского правопонимания способ выстраивания системы соотношения нормативных актов между собой посредством формально-юридического толкования содержащихся в них норм.

Считается, что на этом уровне доминирующее положение занимает позиция, согласно которой место нормативно-правового акта определяется исключительно местом органа в системе органов государственной власти. Однако эта точка зрения имеет множество противников, поскольку она, к примеру, не объясняет «различное иерархическое соотношение федерального и регионального законодательства — в зависимости от предметов ведения в федеративных государствах» [Петров, Шафиров 2021: 72]. Она не позволяет выяснить, почему разные нормативные акты, принимаемые одним органом власти, имеют разную

юридическую силу [Арзамасов 2004: 229]. К тому же, что крайне важно, *положение государственного органа определяется нормативно-правовым актом определенного уровня*, что вновь отсылает нас к проблеме самореференции.

Полагаем, что *третьим уровнем* дискурса является *метатеоретический уровень* обоснования иерархии. В качестве таковых, как можно догадаться, мы рассматриваем политико-правовые учения Кельзена и Шмитта. Подход Кельзена целесообразно обозначить *нормативным*, тогда как подход Шмитта *субъектно-политическим*.

Нормативный и субъектно-политический способы обоснования иерархии правовых актов в учениях Г. Кельзена и К. Шмитта

Итак, Кельзен и Шмитт предлагают определенные способы обоснования юридической силы нормативных правовых актов, которые были обозначены нами соответственно как *нормативный* и *субъектно-политический*. Представляется, что имеет смысл кратко охарактеризовать каждый из способов, далее рассмотреть полемические выпады мыслителей в адрес друг друга и по возможности привести их контраргументы в защиту собственной позиции.

Начнем с *нормативного способа*, который сводит проблему обоснования иерархии нормативных правовых актов к иерархии норм. Подход Кельзена к этому вопросу полностью вписывается в общую логику чистого учения о праве. Наиболее принципиальными являются два момента: *во-первых*, представление о ступенчатом строении системы правовых норм, где действительность нижестоящей правовой нормы обуславливается вышестоящей правовой нормой. И, *во-вторых*, отсутствие различия между созданием права (правотворчество) и реализацией права (правоприменение), которое, с точки зрения Кельзена, является идеологическим и направленным, в частности, на ограничение судебной власти.

Оба положения базируются на неокантианской философии, тогда как второе так же связано с идеологическим установкой. Одной из базовых посылок неокантианства является разведение бытия (Sein) и долженствования (Sollen), что при переносе в правовую науку приводит к представлению том, что предметом юриспруденции является исключительно должное. Из этого вытекает, что нормы существуют независимо от сущего, т.е. основанием действительности нормы не может выступать бытийный социальный факт, но только другая норма, также принадлежащая миру должного. Нормы находятся в соподчинении друг друга, определяя порядок собственного создания и содержания.

Для описания самопроизведения нормативно-правовой системы необходимо отказаться от различия правотворческой и правоприменительной деятельности. Более того, данное различие, встречающееся в традиционной государственно-правовой науке, основывается на идеологии и в политическом смысле позволяет ограничить власть судей (которые не творят правовые нормы, а только используют их). Принципиально важен тезис — каждый правотворческий орган является правоприменительным органом и каждый правоприменитель-

ный орган является правотворческим. Создание парламентом закона выступает не только правотворчеством, но и правоприменением, поскольку в этом процессе применяются конституционные нормы, устанавливающие порядок создания законов, а также содержание норм закона.

Таким образом, в основание иерархии помещаются указанные выше теоретико-методологические установки, а также допущение о существовании основной нормы, замыкающей иерархию норм права. Соответственно, юридическая сила акта является порождением нормы, на основании которой он был создан и по причине того, что в нем содержатся нормы, в определенном отношении отстающие от основной нормы.

Субъектно-политический способ связывает положение нормативно-правового акта с положением издающего его органа. Может показаться, что этот способ полностью соответствует доминирующему представлению об основании иерархии нормативных актов (юридическая сила акта определяется местом принимающего его органа в системе органов государственной власти). Однако этот способ не просто так обозначен нами не как субъектно-государственный, но как субъектно-политический.

Это связано с тем, что, во-первых, Шмитта интересует сфера политического, обретающего в государстве лишь свою наиболее совершенную форму. К тому же ключевым вопросом для Шмитта является вопрос о верховной власти, которая не столько черпает свое основание в государственном порядке, сколько его конституирует. Во-вторых, мыслитель не замыкает статус и степень влияния органов на описанные в законодательстве полномочия. Это хорошо видно на примере шмиттовских трактовок позитивного права, они всегда насыщены весьма обстоятельным идейно-историческим анализом, в ходе которого устанавливается значение тех или иных терминов, оборотов и словесных конструкций. Однако, в-третьих, что крайне важно, такие органы все же принадлежат правопорядку (что отличает их от преступной группировки).

С точки зрения Шмитта, основание иерархического строения правовых актов следует искать за пределами позитивно-правовой сферы в области общественной мифологии, которая уже далее находит выражение и институционализацию в праве. Современное демократическое государство в своем основании содержит демократический миф (правовым выражением которого является демократический принцип, находящий свое прямое или косвенное закрепление в конституционных актах государств). Согласно этому представлению высшей инстанцией выступает народ, чьи решения лежат в основании политического порядка и составляют действующую конституцию. Соответственно, конституция является правовым актом, обладающим высшей юридической силой, поскольку она исходит от народа, представляя собой его решения о политической форме.

Эта же логика касается остальных актов — мера отдаленности органа от народа (верховой инстанции) указывает на его политическое значение, что рождает юридическую силу издаваемых органом актов. В такой системе основная борьба происходит между парламентом и главой государства, при этом оба института стремятся к монополии на репрезентации воли народа. В частности,

поэтому в рамках субъектного способа весьма сложно согласиться с существованием особого органа конституционного правосудия, в полномочия которого входила бы проверка актов иных органов власти на их соответствие положениям конституции. Проблема состоит в антимажоритарной (антидемократической, элитарной) природе такого суда.

Исходя из этого, Шмитт критикует концепцию ступенчатого строения правопорядка Кельзена: «...на самом деле существует лишь *иерархия конкретных существующих инстанций*, преобладание и подчинение конкретных инстанций. „Иерархия норм“ — это некритичная и неметодическая антропоморфизация „нормы“ и импровизированная аллегория (курсив наш. — А.У.)» [Шмитт 2013: 77]. Шмитт полагает, что только политическое, выраженное в действиях конкретной властной инстанции, скрепляет нормативный порядок в единую систему: «...на чем покоится абстрактная необходимость и объективность различных вменений разным точкам вменения (т.е. то, к чему прилагаются требования норма права — А.У.), если она не основана на позитивном определении, то есть на приказе» [Шмитт 2000: 36]. По Шмитту, фундаментальной ошибкой кельзеневского учения выступает суверенизация нормы и исключения из системы субъектного начала: «Высшая компетенция принадлежит не какой-то личности или психологически-социологическому комплексу власти, а только самому суверенному порядку в единстве нормативной системы» [Шмитт 2000: 34].

Кельзен активно возражает против критики Шмитта, в первую очередь адресуя оппоненту упрек в непонимании концепции ступенчатого строения правопорядка как в содержательном, так и в интенциональном планах. В содержательном аспекте Шмитт искажает смысл и аргументацию Кельзена (совершает подмену тезиса), а в интенциональном — полагает, что Кельзен формулирует учение о ступенчатом строении с политическим намерением легитимировать определенный государственно-правовой порядок. Сам же Кельзен отмечает, что его теория «не желает выдать ничего, кроме структурного анализа права» [Кельзен 2013: 376].

Кельзен не отрицает наличие субъекта в поддержании нормативной правовой системы, однако субъекту отводится второстепенная норма, подчиненная содержанию правовых норм. Именно поэтому существуют процедуры не только создания правовых норм и отмены, ведь в строгом смысле, если противоречащую норму нельзя отменить, то вышестоящая норма не является обязательной [Кельзен 2006]. Нижестоящая норма получает свою легитимность посредством реализации зафиксированного вышестоящей нормой полномочия органа создать некую норму. Однако содержание этой нормы также играет роль, поскольку его противоречие вышестоящей норме указывает на нарушение процедуры создания этой нормы, т.е. орган, имея полномочие создавать норму в определенном порядке, все же его нарушил, сформулировав противоречивое содержание. Таким образом, заметно, что субъект не вымывается полностью, но лишь затушевывается и помещается внутрь нормативной системы.

Следует отметить, что из этой полемики хорошо видно, разделение векторов движения юридической и политической науки, а также специфику историче-

ского момента. Кельзен, хотя и стремится выдать свое учение за общую теорию права, применимую к любой исторической и социокультурной ситуации, фактически четко схватывает момент, отражая в своем учении практику правового государства, для которого характерны нормализация (формализация) и четкая институционализация политико-правового пространства.

Шмитт же, понимая, что юридическая наука движется в сторону описания конкретно-исторической практики построения и функционирования правового государства, фактически переходит в дисциплинарное поле политологии. Он полагает, что из политической сферы, несмотря на стремление к формализации, невозможно исключить чрезвычайные ситуации, раскрывающие природу верховной власти (суверенитет) и стихию политического.

Обратная сторона этого разделения предполагает, что для комплексного рассмотрения выбранного аспекта политико-правовой реальности, внутри которой чередуются «нормальное» и «чрезвычайное» состояния, необходимо совместить (примирить) два способа обоснования иерархии правовых актов.

Модели обоснования иерархии в контексте юридической практики и политического процесса

Обозначенные выше идеи имеют практическое значение и могут быть приложены не только в ходе теоретического анализа политико-правовой ситуации, но и в ходе прикладной деятельности. Речь идет о юридической практике и политических процессах.

Юристу, столкнувшемуся в ходе осуществления своей деятельности с бухгалтером (или менеджером), настойчиво требующим применить в некоторой ситуации положение из приказа министра, противоречащее норме, зафиксированной в Постановлении Правительства РФ, целесообразнее сослаться на усвоенную иерархию нормативно-правовых актов, восходящую к теоретической модели Кельзена. Разумеется, речь не идет о лекции на рабочем месте. Выводы из концепции Кельзена относительно строения системы правовых актов без прямой ссылки на автора известны каждому юристу. Юрист должен озвучить это как догму.

Однако зачастую реальная юридическая практика, будучи отягченной политической (властной, целеполагающей, ценностной) составляющей, противоречит обозначенному постулату. Например, в административной практике распространена ситуация, при которой ведомственные нормативные акты утверждаются приказами, иными словами, акт, обладающий с нормативной точки зрения большей юридической силой, вводится в действие актом, обладающим меньшей юридической силой [Арзамасов 2004: 228–229]. Разумеется, что причина этого кроется в реальном распределении властных полномочий, на что указывает субъектно-политический способ, согласно которому юридическая сила придается акту не ведомством в целом, а властью конкретного руководителя.

Сказанное справедливо и на макрополитическом уровне. Государство, находящееся в ситуации стабильного развития, действует и управляется на основе

четко определенных правовых норм, выстроенных в иерархию, описываемую нормативным способом. В этом контексте проблема перераспределения власти между политическими акторами не является столь выраженной, поскольку каждый из них фактически принимает существующий порядок и действует в нормативном поле.

Однако в ситуациях конституционного кризиса, когда «основы конституционного порядка в политическом, а иногда даже в юридическом смысле сами по себе являются предметом разногласий и острой дискуссии», т.е. в случае, «когда неясно, что такое конституция» [Натан, Уоллер 2017], большее значение приобретает субъективно-политический способ, который через апелляцию к нормативно-правовым актам стремится вскрыть реальную картину распределения политической власти между действующими акторами. Высшую силу приобретает акт, издаваемый органом, способным приостановить действие всего правопорядка, что, с учетом демократического мифа, предполагает наличие ярко выраженной демократической легитимности.

Можно заключить, что оба способа обладают существенным практическим потенциалом и в случае примирительной трактовки, соединяющей в элементы нормативности и субъектности, действуют кумулятивно.

Заключение

В заключении выделим три взаимосвязанных момента: идейно-исторический, теоретико-методологический и методический аспекты противостояния Кельзена и Шмитта относительно обоснования иерархии нормативно-правовых актов.

Идейно-историческая составляющая демонстрирует закономерности исторического развития идей. Рассматривая полемику Кельзена и Шмитта как исходную точку для сравнения двух теоретико-методологических подходов, мы исходили из предпосылки о том, что дискуссия является не только фактором появления тех или иных идей, но и причиной их четкого изложения, возникающего из необходимости опровергнуть идейного противника и аргументировать собственный взгляд на проблему. Масштаб (дискуссия) и тематика (обоснование иерархии) также интересны тем, что показывают, как общие положения авторского подхода прилагаются к отдельным элементам политико-правовой реальности.

Например, Шмитт, рассуждая о иерархии, высказывается, казалось бы, на непривычную для него тему, однако мы видим, что его суждения вписываются в общее смысловое пространство децизионистского подхода к праву и политике. Но не менее важно, что эти высказывания являются результатом стремления опровергнуть учение Кельзена. Тогда как последний, имея критику в свой адрес в качестве повода высказаться, создает «защитные» линии для собственного учения, которые среди прочего обеспечивают его устойчивость в системе теоретических языков будущего.

К идейно-исторической составляющей также относится следующее. Современная политическая и правовая теории являются прямыми приемниками той интеллектуальной ситуации, слагаемой из большого количества переменных (распространенность определенных идей и теоретических языков, социально-политический контекст, дискуссии и проч.), в которой творили Кельзен и Шмитт. При этом из настоящего мы знаем, что та или иная идея руками теоретика победила и утвердилась в качестве центральной, отодвинув своих «оппонентов» на периферию мысли. Однако исторический момент демонстрирует контингентность, т.е. то обстоятельство, что все могло быть иначе. Именно в этом мы и убеждаемся на примере интеллектуального противостояния мыслителей.

В **теоретико-методологическом измерении** следует подчеркнуть эвристический потенциал нормативного и субъектно-политического способа обоснования иерархии правовых актов.

Во-первых, выше было показано, что иерархия нормативных актов может быть обоснована как минимум тремя путями. Поэтому выделение нормативного и субъектно-политического способов демонстрирует значимость метатеоретического уровня рассуждений о политико-правовом порядке.

Во-вторых, каждый из способов по отдельности позволяет анализировать политическую и правовую системы. Нормативный способ не просто раскрывает системное строение позитивного права, но и утверждает его самовоспроизводящую природу. Иными словами, логика нормативной системы подчиняет себе действия субъектов, ограничивая возможности их действия и самовыражения. Причину принятия того или иного акта зачастую следует искать не столько в воле и желании лица, сколько в содержании вышестоящей нормы.

Субъектно-политический способ, напротив, помещает источник позитивного права в сфере отношений между властвующими субъектами, объем полномочий и влияния которых обуславливает силу правового акта. Данный способ позволяет анализировать реальный расклад политических сил через соотношение содержания правовых актов, их противоречия между собой и последствия от их введения и действия.

И наконец, *в-третьих*, крайне плодотворной видится объединительная трактовка. Нельзя не отметить, что в ходе полемики Кельзен, принципиально не отходя от своей позиции, весьма кратко очерчивает контуры примирительной позиции, утверждая, что между его видением нормативной системы и тем, как ее описывает Шмитт, делая акцент на субъектной компоненте, нет жестких противоречий. В этом плане разделительная граница между правом и политикой, нормой и личным усмотрением стирается, вписываясь в общую картину сложной политико-правовой тотальности, внутри которой центральный элемент (правовая норма и властвующий субъект) каждого из подходов содержит в себе пути к друг другу.

Методическое значение весьма очевидно в случае с нормативным подходом, поскольку именно он лег в основу заучиваемой юристами иерархии нормативно-правовых актов, представление о которой они, будучи «агентами» определенного типа юридического мышления, разносят за пределы профессиональной

корпорации. Субъектно-политический же призывает участников социально-политического процесса к постоянной бдительности и пониманию того, что формальное положение органа не всегда раскрывает полноту его власти и влияния.

Поступила в редакцию / Received: 30.08.2022

Доработана после рецензирования / Revised: 01.11.2022

Принята к публикации / Accepted: 15.12.2022

Библиографический список

- Арзамасов Ю.Г.* Ведомственный нормотворческий процесс в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2004.
- Бенуа де А.* Карл Шмитт сегодня. М.: ИОИ, 2013.
- Варга Ч.* Подводные камни правового позитивизма (взаимно опровергающие и взаимодополняющие теории Кельзена и Шмитта) // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 1 (Иваново, 5–8 октября, 2008 г.). Иваново, 2012. С. 233–254.
- Васев И.Н.* Значение иерархии нормативно-правовых актов для коллизионного правоприменения // Российско-Азиатский правовой журнал. 2022. № 1. С. 4–10.
- Иештедт М.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / сост. и вступ. ст. М.В. Антонова. — СПб.: Издательский дом «Алеф-пресс», 2015. С. 623–625
- Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / сост. и вступ. ст. М.В. Антонова. СПб.: Издательский дом «Алеф-пресс», 2015. С. 107–240.
- Кельзен Г.* Кто должен быть гарантом конституции? // Шмитт К. Государство: право и политика. М.: Территория будущего, 2013. С. 359–410.
- Кельзен Г.* Судебная гарантия Конституции (Конституционная юстиция. Часть 1) // Право и политика. 2006. № 8. С. 5–14.
- Краснова О.И.* Понятие и сущность федерального законодательного процесса Российской Федерации: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.02. Махачкала, 2005.
- Коваленко В.И.* Предисловие // Политический процесс в России (1990–2001): сборник документов. М.: Издательство Московского университета, 2021. С. 5–8.
- Марченко М.Н.* Источники права. М.: Проспект, 2017.
- Натан Н.Дж., Уоллер Д.Дж.* Конституционный суд и политическая неопределенность: разрыв конституционной преемственности и «правление судей». Часть 1 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4. С. 30–46.
- Пермяков Ю.Е.* Юридические доктрины естественного права. М.: Юрлитинформ, 2022.
- Петров А.А., Шафиров В.М.* Предметная иерархия нормативных правовых актов. М.: Проспект, 2021.
- Руссо Ж.Ж.* Об общественном договоре. Трактаты. М.: ТЕРРА-Книжный клуб; КАНОН-пресс-Ц, 2000.
- Сильченко Н.В.* Проблемы иерархии источников права // Государство и право. 2018. № 4. С. 13–20.
- Соловьев А.И.* Политология: М.: Аспект Пресс, 2017.
- Толстик В.А.* Иерархия источников российского права. Н. Новгород: Общество «Интелсервис», 2002.

- Шмитт К. Гарант конституции // Шмитт К. Государство: право и политика М.: Издательский дом «Территория будущего», 2013. С. 29–220.
- Шмитт К. Политическая теология. М.: Канон-пресс-Ц; Кучково поле, 2000.
- Штолляйс М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. М.: Политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2017.
- Aliprantis N., Olechowski T. Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014.
- Bernstorff von J. Hans Kelsen's Judicial Decisionism versus Carl Schmitt's Concept of the One 'Right' Judicial Decision: Comments on Stanley L Paulson, 'Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy' // *Modern Law Review*. 2017. № 5. P. 860–894.
- Donhauser G. *Nomos or Law? Hans Kelsen's Criticism of Carl Schmitt's Metaphysics of Law and Politics* // *Hans Kelsen and the Natural Law Tradition*. Brill, 2019. P. 372–398.
- Magalhaes P.T. *The Legitimacy of Modern Democracy A Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen*. New York, 2021.
- Mehring R. Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitt Auseinandersetzung mit Hans Kelsen // *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1994. Bd. 80. H. 2. S. 191–202.
- Olechowski T. Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- Paulson S.L. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931 // Meirehenrich J., Simons O. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017. P. 510–546.
- Quaritsch H. Souveränität im Ausnahmezustand: zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitt // *Der Staat*. 1996. No. 1. S. 1–30

References

- Aliprantis, N., & Olechowski, T. (2014). *Hans Kelsen: The topicality of a great jurist and sociologist of the 20th century*. Vienna: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Arzamasov, Yu.G. (2014). *Departmental rule-making process in the Russian Federation: dissertation for the degree of Doctor of Law. Sciences: 12.00.01*. Moscow. (In Russian).
- Benoit, de A. (2013). *Carl Schmitt today*. Moscow: IOI. (In Russian).
- Bernstorff, von J. (2017). Hans Kelsen's Judicial Decisionism versus Carl Schmitt's Concept of the One 'Right' Judicial Decision: Comments on Stanley L Paulson, 'Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy'. *Modern Law Review*, (5), 860–894.
- Donhauser, G. (2019). *Nomos or Law? Hans Kelsen's Criticism of Carl Schmitt's Metaphysics of Law and Politics*. *Hans Kelsen and the Natural Law Tradition*. Brill, 2019, 372–398.
- Istedt, M. (2015). Introduction to the Pure Doctrine of Law by Hans Kelsen. In *Hans Kelsen: Pure Doctrine of Law, Justice and Natural Law* (pp. 623–625). Saint Petersburg: Publishing House "Alef-press". (In Russian).
- Kelsen, G. (2006). Judicial guarantee of the Constitution (Constitutional Justice. Part 1). *Law and politics*, (8), 5–14. (In Russian).
- Kelsen, G. (2015). Pure doctrine of law: an introduction to the problems of the science of law. *Hans Kelsen: Pure doctrine of law, justice and natural law*. St. Petersburg: Publishing House "Alef-press", 107–240. (In Russian).
- Kelsen, G. (2013). Who should be the guarantor of the constitution? *Schmitt K. The State: Law and politics*. Moscow: Territory of the Future publ., 359–410. (In Russian).
- Kovalenko, V.I. (2021). Preface. *Political process in Russia (1990–2001). Collection of documents*. Moscow: Moscow University Press, 5–8. (In Russian).

- Krasnova, O.I. (2005). *The concept and essence of the federal legislative process of the Russian Federation*: abstract of the dissertation for the degree of Candidate of Sciences: 12.00.02. Makhachkala. (In Russian).
- Magalhaes, P.T. (2021). *The Legitimacy of Modern Democracy A Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen*. New York.
- Marchenko, M.N. (2017). *Sources of law*. Moscow: Prospect. (In Russian).
- Mehring, R. (1994). Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitt Engagement with Hans Kelsen. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (80), 191–202. (In German).
- Nathan, N.J., & Waller, D.J. (2017). The Constitutional Court and political uncertainty: the break in constitutional continuity and the “rule of judges”. Part 1. *Comparative Constitutional Review*, (4), 30–46. (In Russian).
- Olechowski, T. (2020). *Hans Kelsen. Biography of a legal scholar*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Paulson, S.L. (2017). Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 510–546.
- Permyakov, Yu.E. (2022). *Legal doctrines of natural law*. Moscow: Yurlitinform. (In Russian).
- Petrov, A.A., & Shafirov, V.M. (2021). *Subject hierarchy of normative legal acts*. Moscow: Prospect publ. (In Russian).
- Quaritsch, H. (1996). Sovereignty in a state of emergency: on the concept of sovereignty in the work of Carl Schmitt. *The State*, (1), 1–30.
- Rousseau, J.J. (2000). *About the social contract. Treatises*. Moscow: TERRA-Book Club; CANON-Press-C. (In Russian).
- Silchenko, N.V. (2018). Problems of hierarchy of sources of law. *State and Law*, (4), 13–20. (In Russian).
- Schmitt, K. (2000). *Political theology*. Moscow: Canon-Press-C. (In Russian).
- Schmitt, K. (2013). The Guarantor of the Constitution. In K. Schmitt, *The State: law and politics*. Moscow: Publishing House “Territory of the Future”, 29–220. (In Russian).
- Soloviev, A.I. (2017). *Political Science*. Moscow: Publishing House “Aspect Press”. (In Russian).
- Stolleis, M. (2017). *The History of Public Law in Germany: The Weimar Republic and National Socialism*. Moscow: Political Encyclopedia (ROSSPEN). (In Russian).
- Tolstik, V.A. (2002). *Hierarchy of sources of Russian law*. N. Novgorod: Publishing House “Intelservice Society”. (In Russian).
- Varga, Ch. (2012). Pitfalls of legal positivism (mutually refuting and complementary theories of Kelsen and Schmitt). *Legal positivism and competition of legal theories: history and modernity (to the 100th anniversary of the death of G.F. Shershenevich): Materials of the VI International Scientific and Practical Conference. Part 1*. Ivanovo, 233–254. (In Russian).
- Vasev, I.N. (2022). The significance of the hierarchy of normative legal acts for conflict of laws enforcement. *Russian-Asian Legal Journal*, (1), 4–10. (In Russian).

Сведения об авторе:

Уханов Антон Дмитриевич — ассистент кафедры теории и истории российского и зарубежного права, институт права, Владивостокский государственный университет (e-mail: vin-chun.95@list.ru) (ORCID: 0000-0003-0113-5057)

About the author:

Anton D. Ukhanov — Assistant of the Department of Theory and History of Russian and Foreign Law, Institute of Law, Vladivostok State University (e-mail: vin-chun.95@list.ru) (ORCID: 0000-0003-0113-5057)