

ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВА С ПОЗИЦИЙ СОЦИАЛЬНЫХ И ГУМАНИТАРНЫХ (НЕЮРИДИЧЕСКИХ) НАУК

УДК 341.01

Действительность и действенность международного права в чистом учении о праве*

А. А. Краевский

Санкт-Петербургский государственный университет,
Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9

Для цитирования: Краевский, Арсений А. 2021. «Действительность и действенность международного права в чистом учении о праве». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 1: 184–204. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2021.113>

В начале своего развития наука международного права была неразрывно связана с доктриной естественного права. Последнее рассматривалось в качестве фундамента международного права. Проблема оснований международного правопорядка приобрела остроту в XIX в., когда господствующий юридический позитивизм отказался от естественно-правовой идеи. Предлагавшиеся решения, базировавшиеся на идее самообязывания суверенных государств, в конечном счете либо ставили под сомнение само существование международного права, либо требовали введения явных фикций. Разрешая данную проблему, чистое учение о праве, разработанное Г. Кельзеном и его учениками, предложило теорию ступенчатой структуры международного и внутригосударственного права. Отношения между уровнями нормативной системы определяют уполномочивающие нормы, передающие свойство действительности нижестоящим нормам, создаваемым на их основе. Понятию действительности корреспондирует понятие действенности норм, отражающее их фактическое выполнение. Соотношение действительности и действенности правовых норм в международном праве существенно отличается от их соотношения во внутригосударственном праве, изучение данного соотношения в теории Кельзена составило главную цель настоящего исследования. Структура международного права по Кельзену представляет собой пирамиду, высшим уровнем которой является международное обычное право, восходящее к основной норме международного права, устанавливающей обязательность международного обычая. С позиций чистого учения о праве особую роль в международном праве

* Статья подготовлена в рамках научного проекта РФФИ № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации».

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2021

играет принцип эффективности — признания правомерным существующего фактического положения вещей. Большое значение данного принципа в международном праве объясняется отсутствием в последнем централизованной системы принуждения, позволяющей организованно применять санкции при нарушении международно-правовых норм.

Ключевые слова: монизм в международном праве, международный обычай, чистое учение о праве, основная норма, действительность права, действенность права, естественное право, юридический позитивизм.

1. Введение

Вопросы действительности и действенности правовых норм и правопорядка в целом традиционно ставятся в отношении той правовой системы, с которой по умолчанию постоянно сталкивается большинство юристов-практиков и правоведов, т.е. в отношении национальной правовой системы конкретного государства. Вместе с тем международное право серьезно отличается от права внутригосударственного своей системой источников, структурой и порядком применения. Перечисленные отличия, как и большинство остальных, связаны с особым децентрализованным характером данной правовой системы. В отличие от внутригосударственного права, в международном праве не существует централизованных органов, имеющих монополию на осуществление юстиции и на принуждение к исполнению правоприменительных решений. По этой причине зачастую именно применимость к международному праву той или иной теоретической концепции становится показателем ее универсальности и общеправового значения (Дидикин 2015).

Одним из наиболее значимых направлений, возникших в теории и философии права XX в., является чистое учение о праве, основанное австрийским правоведом Гансом Кельзеном. Органичная часть данной концепции — специфическое представление о понятии и структуре международного права, принуждении в международном праве, связи международного и внутригосударственного прав и о других важных вопросах теории международного права¹. Идеи Г. Кельзена и его последователей оказали влияние не только на юридическую доктрину, но и на развитие самого права, как внутригосударственного (Нешвара 2008a; 2008b; Fabbrini 2008; Paulson 2003), так и международного (Дорская 2014; Carty 1998; Olechowski 2016; Rovira 2013, 120–286). Краеугольный камень чистого учения о праве, отличающий его от более ранних версий юридического позитивизма, — акцент на нормативности права и его системности; и именно понятие действительности (совместно с отчасти противоположным ему понятием действенности) позволило Кельзену связать данные категории в единое целое. Цель настоящего исследования состоит в изучении особенностей применения теории действительности и действенности права, разработанной представителями чистого учения о праве, к сфере международного права, в частности к проблеме оснований международного права.

¹ О современной интерпретации отдельных положений международно-правового аспекта чистого учения о праве см.: (Kammerhofer 2010).

2. Основное исследование

2.1. Споры об основаниях действительности международного права

2.1.1. Классическая естественно-правовая теория

Исторически первым подходом к основаниям международного права была естественно-правовая концепция, которой следовал основоположник международно-правовой теории Г. Гроций², являвшийся также одним из виднейших представителей естественно-правовой философии³.

Естественно право, по Г. Гроцию, представляет собой «предписание здравого разума, коим то или иное действие, в зависимости от соответствия или противоречия самой разумной природе, признается либо морально позорным, либо морально необходимым» (Гроций 1994, 71). Обязанность следования международному праву, по Гроцию, является естественно-правовой, тем не менее Гроций различает естественное и волеустановленное право (Гроций 1994, 47–48, 74–78), подчеркивая различие между ними и в области международных отношений: «Коль скоро многие в разное время в разных местах утверждают одно и то же как нечто достоверное, то это следует отнести на счет одной и общей причины; а в занимающих нас вопросах эта общая причина единомыслия не может быть иною, кроме как вытекающей из начал природы или из общего согласия. Первым путем обнаруживается естественное право, вторым же — общее право народов... Ибо если какое-либо положение не может быть выведено из достоверных начал с помощью столь же достоверного умозаключения и тем не менее оказывается, что оно повсюду соблюдается, то отсюда следует, что оно своим источником имеет свободную волю людей» (Гроций 1994, 54). Однако данное противопоставление не следует понимать как идею о полной волеустановленности международного права (Гроций 1994, 55). Одни международно-правовые нормы сами по себе относятся к естественному праву (Гроций 1994, 46–47), другие основываются на естественно-правовой норме *pacata sunt servanda* (договоры должны исполняться) (Гроций 1994, 47–48). Указанная норма устанавливает обязательность не только самих международных договоров, но и международных обычаев, которые иногда трактуются как молчаливые соглашения (Гроций 1994, 51)⁴, хотя в других случаях понимаются и как самостоятельная форма выражения международного права (Гроций 1994, 353).

² Конечно, хорошо известно, что Г. Гроций не был первым автором, исследовавшим проблематику международного права. Помимо того что целый ряд выдающихся европейских философов права, таких как Ф. Де Витория, Ф. Суарес, А. Джентили и др., мог бы быть назван в числе его предшественников, сам *magnum opus* Гроция «О праве войны и мира» во многом носит компилятивный характер, интегрируя в свою структуру фрагменты многочисленных сочинений римских юристов, греческих философов и христианских богословов. Однако именно названный труд представляет собой первую попытку систематического изложения международного права, в силу чего нидерландский правовед справедливо считается отцом соответствующей науки (Коркунов 2007, 259–263).

³ Как отмечает Н. М. Коркунов, этим объясняется то, что именно на науку международного права естественно-правовая философия оказала наибольшее влияние (Коркунов 2007, 260).

⁴ Идея о понимании обычая как молчаливого соглашения восходит к некоторым высказываниям римских юристов (Кофанов 2002, 113–115).

Различие между естественным и волеустановленным международным правом оспаривали многие последующие классики юснатурализма. Так, Т. Гоббс полагал, что все международное право представляет собой часть естественного права⁵; с ним был полностью солидарен С. фон Пуфендорф (Pufendorf 2009, 225–226), близкой точки зрения придерживался Э. де Ваттель (Ваттель 1960, 13–17),⁶ считавший необходимым уточнить, что содержательное отличие естественного права межгосударственных отношений от естественного права отношений между индивидами выходит за рамки простой корректировки *mutatis mutandis*, в силу чего международное право представляет собой отдельную систему естественного права.

Развитие идей школы естественного права в XIX в. выразилось в тенденции понимания самих договорно-правовых и обычно-правовых норм международного права как проявлений естественного права. Русский последователь школы естественного права М. Н. Капустин отмечал: «Все... источники международного права служат указанием на существующие определенные правила, которыми охраняется международная жизнь. Само по себе формулирование не создает права, а делает его только распознаваемым. Присущее всем сознание справедливости служит для него высшим критерием. [В частности] известный образ действий государства служит нередко прецедентом и, обобщаясь все более и более, образует обычное право как выражение нормы, согласной со справедливостью» (Капустин 2007, 176–177). Парадоксальным образом критерием существования естественного международного права в данной версии международной естественно-правовой теории стало всеобщее согласие (признание), выступавшее у Г. Гроция признаком волеустановленного международного права.

Большинство классических естественно-правовых теорий явно или неявно исходило из представления о существовании особого естественного состояния, в котором находятся отдельные государства, аналогичного естественному состоянию, в котором находятся индивиды до заключения общественного договора, учреждающего государство и политическую власть. Так, Э. де Ваттель подчеркивал, что «нации, или суверенные государства, должны рассматриваться как свободные личности, живущие в естественном состоянии» (Ваттель 1960, 26). Важное исключение здесь составляет концепция Х. фон Вольфа. Соглашаясь с тем, что первоначально все нации находились в естественном состоянии (Wolff 2017, 12–14), немецкий философ отмечает, что сама природа заложила в людей стремление к объединению, тем самым установив общество наций и обязав отдельные нации поддерживать его существование в целях общего блага (Wolff 2017, 15–16). Более того, Вольф считает возможным говорить о том, что данное общество является государством, «высшим государством» (*civitas maxima*), в котором отдельные нации являются гражданами (Wolff 2017, 16–18)⁷. Такое государство обладает суверенитетом над отдельными нациями (Wolff 2017, 21), установленное им право отождествляется с волеустанов-

⁵ По мнению британского философа, естественный закон подразделяется на две части: естественный закон для людей и естественный закон для государств. Последний тождествен международному праву (Гоббс 1989, 415–416).

⁶ Швейцарский правовед также признавал существование добровольного международного права, однако не считал возможным противопоставлять его естественному праву (Ваттель 1960, 28–32).

⁷ Вольф определяет государство как «общество людей, объединенных для достижения общего блага путем соединения своих сил» (Wolff 2017, 16).

ленным правом по Гроцию (Wolff 2017, 25)⁸ и объединяется вместе с договорным правом и обычным правом в общее понятие позитивного международного права (Wolff 2017, 25–27). Несмотря на то что идея *civitas maxima* Вольфа не встретила понимания даже у его последователя Ваттеля⁹, в дальнейшем она оказала влияние на развитие теории международного права¹⁰.

2.1.2. Правовой этатизм

В XIX в., пусть с запозданием по сравнению с другими юридическими науками, позитивистская критика затронула и теорию международного права. Сторонники естественно-правового подхода остались в меньшинстве, однако вопрос об основаниях действительности международного права вызывал серьезные трудности у их оппонентов ввиду отсутствия международно-правового суверена, к воле которого можно было бы свести проблему возникновения международного права сообразно господствовавшей этатистской версии юридического позитивизма. Многие сторонники правового этатизма разрешили данную антиномию отрицанием юридического характера международного права; например, английский правовед Дж. Остин полагал, что международное право не является правом в строгом смысле, а представляет собой позитивную мораль (Austin 1875, X–XI, 4, 85). Вместе с тем авторы, специализирующиеся на международном праве, стремились все же найти решение, сохраняющее за международным правом юридическую природу: одни пытались построить международное право на происходившей из государственоведения теории самоограничения государства правом, другие — на основании понятий международного сообщества или международного консенсуса.

В своем классическом виде¹¹ теория самоограничения государства правом сформулирована немецким государствоведом Г.Еллинеком. Применительно к международному праву она означает, что прочным базисом существования международного права выступает признание самими государствами себя связанными им, т. е. одностороннее волеизъявление самого обязанного государства (Еллинек

⁸ Вольф понимает под волеустановленным правом не любое право, основанное на воле наций, а только основанное на фикции воли правителя высшего государства, выражающего общую волю всех наций (Wolff 2017, 24).

⁹ Ваттель называет идею высшего государства фикцией, при этом не считает данную идею «ни достаточно справедливой, ни достаточно солидной, чтобы вывести из нее правила всеобщего права народов, необходимым образом принятые в отношениях между суверенными государствами» (Ваттель 1960, 18–19).

¹⁰ При обсуждении идеи образования мирового государства в современном контексте часто называется идея создания международной федерации государств, принадлежащая И. Канту (Кант 1965, 259–309.). Вместе с тем идея вечного мира И. Канта представляет собой проект *de lege ferenda*, предложение Канта о формировании новой системы международных отношений. Данный проект действительно оказал влияние на развитие международного права, особенно в XX в., в том числе на чистое учение о праве, но не в вопросе о действительности актуального международного права. И. Кант полагал, что государства должны заключить свой собственный общественный договор, но при этом исходил из того, что на момент его жизни они по-прежнему находятся в естественном состоянии, т. е. примыкал к позиции большинства классиков международной естественно-правовой теории. Принципиальное отличие теории Х. Вольфа в том, что в ней *civitas maxima* рассматривается как уже существующее явление и используется как инструмент описания актуального международного права.

¹¹ Истоки данной теории восходят к сочинениям Р. фон Иеринга (Иеринг 2006, 247, 317–355).

2004, 366). Одним из оригинальных вариантов данного подхода стала концепция Н. М. Коркунова, полагавшего, что международное право как таковое не устанавливает каких-либо субъективных прав государств по отношению друг к другу, а только осуществляет международно-правовую охрану субъективных прав частных лиц путем совокупной деятельности нескольких независимых государств. Заключение международных договоров, соответственно, трактуется русским юристом как некая форма совместного законодательства (Коркунов 2007, 320–323).

Правоведы, следовавшие данной идее, делали акцент на добровольном вступлении государств в международное общение и свободном принятии ими соответствующих обязанностей и были склонны интерпретировать обычаи как «молчаливые соглашения», в которые государства так же вступают по своему усмотрению, как и в обычные международные договоры (Мартенс 1883, 190–195; Гефтер 1880, 5–6)¹². Вместе с тем мало кому из сторонников данной концепции удавалось придерживаться ее вполне последовательно. Так, Н. М. Коркунов, рассуждая о юридической силе международных договоров, фактически признает их обязывающую силу для отдельных государств (Коркунов 2007, 323–330). Ф. Ф. Мартенс, с одной стороны, пишет о том, что международное право основано на добровольном согласии отдельных государств (Мартенс 1883, 190–195), а с другой — подчеркивает, что оно основано не на суверенитете государств, а на идее международного общения (Мартенс 1883, 205–212). А.-В. Гефтер добавляет к числу источников международного права естественное право (Гефтер 1880, 4–5).

Критики такого рода международно-правовых концепций отмечали, что предположение о добровольном принятии на себя государством международно-правовых обязанностей представляет собой не что иное, как фикцию (Блюнчли 1877, 66–67), особенно проявляющуюся в трактовке международных обычаев как «молчаливых соглашений» (Kunz 1953, 663–664).

Другие авторы пытались связать существование международного права и его источников с понятиями международного сообщества, *consensus gentium*¹³, международного согласного правового убеждения (правосознания) и т. д. Так, Ф. Лист пишет: «Международное право покоится на согласном правовом убеждении культурных государств, поскольку оно окрепло для изъявления общей правовой воли. Это изъявление выражается частью в форме правовой практики, частью же в форме явно выраженного установления права» (Лист 1902, 13–14). К формам такого согласного правового убеждения Лист относит неписаное право — практику межгосударственных отношений, международную судебную практику, а также писаное право — международные договоры и акты международных органов (Лист 1902, 13–16).

Данная концепция также сталкивается с трудноразрешимой проблемой: буквальное понимание идеи консенсуса как всеобщего согласия в отношении международных прав и обязанностей, по сути, не отличается от рассмотренной выше идеи о том, что основание всех международно-правовых обязанностей находится в воле самого обязанного (обязываемого) государства. Если же понимать такой консенсус метафизически, т. е. как существование особой ненаблюдаемой сущности в виде международного правосознания, то такая идея сближается с концепцией народно-

¹² В последнем примере позиция автора включает в себя естественно-правовые элементы.

¹³ Консенсуса цивилизованных государств (Блюнчли 1877, 72–74).

го духа исторической школы права или социальной солидарности Л. Дюги, вызывая критику, аналогичную позитивистской критике естественно-правовой теории (Kelsen 1952, 309–311).

Таким образом, к началу XX в. теория международного права не смогла найти решение проблемы основания действительности международного права, способного заменить оставленную в прошлом естественно-правовую концепцию. Одни варианты требовали отказа от самого понятия международного права, другие предлагали основывать международное право на фикции, а третьи обращались к разного рода метаправовым понятиям, сомнительным с точки зрения научно ориентированной позитивистской методологии. Новым вариантом решения стала нормативистская концепция международного права, предложенная Г. Кельзеном и другими представителями венской школы международного права и чистого учения о праве.

2.3. Чистое учение о праве и теория ступенчатой структуры правопорядка

Венская школа международного права представляет собой часть венской теоретико-правовой школы, в основе которой находятся научные труды Ганса Кельзена и группы его учеников и единомышленников из Венского университета. При этом венскую школу нельзя в полной мере отождествить с чистым учением о праве. Во-первых, к сторонникам чистого учения о праве относились (и относятся) не только венские правоведы¹⁴. Во-вторых, теоретические позиции некоторых представителей венской школы (например, А. Фердросса) в отдельных вопросах принципиально расходились с идеями чистого учения о праве. Основными представителями собственно венской школы международного права были Ганс Кельзен, Альфред Фердросс и Йозеф Кунц¹⁵. Занимая первоначально довольно близкие позиции, представители венской школы со временем разделились на два направления: позитивистское, соответствующее чистому учению о праве (Г. Кельзен и Й. Кунц), и естественно-правовое (А. Фердросс). Несмотря на сохранившееся единство венской школы во многих аспектах теории международного права, в интересующем нас вопросе оснований действительности международного права и связанных с ним проблемах теории источников международного права данное разделение, напротив, проявилось наиболее сильно. В дискуссии об основаниях международного права А. Фердросс занял естественно-правовую позицию, частично поставив под сомнение применение к международному праву рассматриваемой далее теории структуры международного правопорядка и делая акцент на принципах международного права, понимаемых в духе естественного права (Фердросс 1959, 19–112). Поэтому далее мы будем основываться на работах тех представителей венской школы международного права, которые одновременно принадлежали к чистому учению о праве, т. е. Г. Кельзена и Й. Кунца.

Один из важнейших столпов как венской теоретической школы права, так и чистого учения о праве — концепция ступенчатой структурой правопорядка,

¹⁴ Существовала, например, брно́вская школа чистого учения о праве, представленная чешскими правоведами Ф. Вейром и К. Энгисом (Kubeš, Weinberger 1980).

¹⁵ О венской школе международного права см.: (Bernstorff 2010).

предложенная государствоведом А. Ю. Мерклем¹⁶ и развитая в дальнейшем Г. Кельзеном (Кельзен 2015b, 278–342).

Теория ступенчатой структуры предполагает, что правовой порядок устроен иерархически, нормы нижестоящего уровня правовой системы детерминируются вышестоящим уровнем. Один из постулатов данной теории состоит в том, что различие между правотворчеством и правоприменением относительно: «Правоприменение — это создание нижестоящей нормы на основании вышестоящей или исполнение установленного нормой акта принуждения», поэтому «если отвлечься от двух крайних случаев — постулирования основной нормы и исполнения акта принуждения, между которыми и разворачивается процесс права, — любой правовой акт одновременно является и применением вышестоящей нормы, и созданием нижестоящей нормы, обусловленной этой вышестоящей нормой» (Кельзен 2015b, 292–293).

Нормы вышестоящего уровня, с одной стороны, уполномочивают некоторую инстанцию на создание норм нижестоящего уровня (формальный элемент), а с другой — определяют их содержание (материальный элемент). Высший уровень нормативной системы составляет конституция в материальном смысле, совокупность норм, уполномочивающих органы власти на издание общих правовых норм. Конституция уполномочивает законодательные и иные органы власти на издание общих правовых норм и определяет (главным образом негативно) их содержание (Кельзен 2015b, 278–281). Законы и иные правовые акты, устанавливающие общие правовые нормы, определяют порядок принятия и содержание индивидуальных норм в решениях судов, административных актах и сделках, относятся ко второму уровню правопорядка (Кельзен 2015b, 281–295). Индивидуальные нормы, соответственно, представляют собой третий, низший уровень правового порядка (Кельзен 2015b, 295–329). В основании всей нормативной системы находится гипотетическая основная норма, уполномочивающая создателей конституции на ее утверждение (Кельзен 2015b, 278–279).

Вышестоящая норма, уполномочивающая создание нормы нижестоящей, представляет собой основание действительности последней. Наличие такого основания необходимо для интерпретации некоторого предписания как правового, т. е. принадлежащего к правопорядку или, по выражению Кельзена, интерпретации субъективного смысла акта воли как его объективного смысла (Кельзен 2015b, 17–19). В конечном счете действительность конституции и правопорядка в целом основана на предполагаемой основной норме, которая конституирует его единство (Кельзен 2015b, 242).

Действительность права находится в сложном отношении с его действительностью — фактическим соблюдением и применением¹⁷. С одной стороны, норма обладает действительностью с момента своего создания, с другой — если она так и не приобретает минимальную действенность либо утрачивает ее, она теряет и действительность, что соответствует римскому понятию «*desuetudo*» — негативного обычая, отменяющего норму (Кельзен 2015b, 21–22, 263–270; Kelsen 2006, 119–120). При этом *conditio sine qua non* (лат. необходимым условием) для предположения о действительности правопорядка в целом (т. е. основной нормы и всех норм, осно-

¹⁶ Наиболее полное изложение см.: (Merkl 1931).

¹⁷ О данных категориях и их соотношении в теории Кельзена в течение всей ее эволюции см.: (Краевский 2018).

ванных на ней) выступает фактическое существование на определенной территории действенного принудительного порядка (Kelsen 2006, 118–119).

2.4. Структура международного правопорядка

Чистое учение о праве Г. Кельзена представляло собой позитивистскую теорию нового типа. В отличие от правового этатизма, считавшего право творением государства, данная концепция отказалась от противопоставления права и государства как двух отдельных сущностей. Государство рассматривается как порядок человеческого поведения и как таковое конституируется нормами, определяющими компетенцию (в широком смысле) отдельных должностных лиц, чьи действия вменяются государству, т.е. правовыми нормами. Поэтому государство — это персонификация правового порядка (Кельзен 2015b, 350–368). Однако не всякий правовой порядок соотносится с государством, возможно и существование децентрализованных правовых порядков, в которых отсутствуют специальные органы, осуществляющие принуждение на основании разделения труда. Таким правовым порядком исторически было право примитивного (догосударственного) общества, основанное на обычаях и предполагавшее, что принуждение (кровная месть) осуществляется потерпевшим самостоятельно. Аналогичным образом международное право использует технику самопомощи, состоящую в том, что в случае совершения международного правонарушения само государство, права которого нарушены, осуществляет принуждение (Кельзен 2015b, 391–392; Kelsen 2006, 339–341). Подобно тому как в результате централизации право примитивного общества эволюционировало в государственно-правовой порядок, международное право также со временем может стать более централизованным¹⁸.

Международное право, как и внутригосударственное право, имеет ступенчатую структуру, которая, однако, обладает рядом особенностей. Нормы международного права могут создаваться трояким образом: путем заключения международных договоров, путем возникновения международного обычая и в результате принятия решений международными организациями (например, международными судами) в том случае, если данные решения обязательны. Три перечисленные группы правовых норм соотносятся между собой как три уровня международного правопорядка (Кельзен 2015b, 392–393).

Нижний (третий) уровень системы международного права — правовые нормы (чаще индивидуальные, чем общие), созданные международными организациями. Обязательность этих норм основана на международных договорах, которыми определяется компетенция данных международных организаций (Kelsen 1952, 365–367), — например, обязательность решений Совета Безопасности Организации Объединенных Наций основана на ст. 25 Устава Организации Объединенных Наций (далее — Устав ООН)¹⁹.

¹⁸ Проекту создания централизованной системы международного принуждения посвящена работа Кельзена «Мир при помощи права» (Kelsen 1944). Несмотря на то что проект Кельзена не был реализован, важный шаг в централизации применения силы в международном праве сделан принятием Устава Организации Объединенных Наций, предусматривающего создание системы коллективной безопасности (Kelsen 1957).

¹⁹ «Устав Организации Объединенных Наций». *Организация Объединенных Наций*. Дата обращения 23 октября, 2020. <https://www.un.org/ru/charter-united-nations>.

Второй уровень международного правопорядка составляют нормы международных договоров, к числу которых относится упомянутый Устав ООН. К особенностям норм второго и третьего уровней относится ограниченность персональной сферы их действия теми государствами, которые вступили в соответствующий международный договор, т. е. они составляют партикулярное международное право. Вместе с тем теоретически возможны ситуации, при которых международные договоры создают обязанность для третьих государств: 1) международный сервитут, предполагающий возможность перехода ограничений, связанных с определенной территорией, к другому государству при присоединении данной территории²⁰; 2) договоры об изменении государственной территории; 3) договоры, которыми создается новое государство, на которое возлагаются определенные обязанности; 4) договоры, учреждающие международные организации, предполагающие, что изменения в данный договор вступают в силу для всех после голосования представителей большинства государств-участников или после ратификации их большинством государств-участников (Kelsen 1952, 345–347); 5) согласно п. 6 ст. 2 Устава ООН данная организация обеспечивает выполнение третьими государствами указанных в нем принципов, что может интерпретироваться как претензия названного международного договора на универсальное действие в качестве части общего международного права (Kelsen 1952, 347–348; 1951, 76–77, 106–110; 1946).

Весь второй уровень международного правопорядка основан на одной норме, имеющей особое значение для международного права, — норме *pacta sunt servanda* (лат. договоры должны исполняться). Данная норма рассматривается как уполномочивающая, устанавливающая процедуру договорного создания международного права (Kelsen 1952, 319; Kunz 1945). По мнению итальянского правоведа Дионисио Анцилотти, именно принцип *pacta sunt servanda* является основной нормой международного права (Анцилотти 1961, 57–59). Такая позиция была бы оправдана при условии, что все нормы международного права имеют договорный характер либо созданы на основе договоров (Анцилотти 1961, 56, 84). Однако утверждение фундаментального значения нормы об обязательности договоров возможно только при условии принятия концепции обычая как «молчаливого соглашения», что вынужден сделать и Анцилотти (Анцилотти 1961, 83–88).

С точки зрения чистого учения о праве норма *pacta sunt servanda* не является основанием обычного права, а, напротив, сама основана на обычном праве, отражая многовековую практику взаимоотношений государств. Поэтому именно обычное право составляет верхний (первый) уровень структуры международного права (Kelsen 1952, 313–314; Кельзен 2015b, 392–393; Kunz 1953, 665). Остается лишь вопрос об основании действительности обычного права, которое будет представлять собой основание действительности всего международного права.

В качестве возможного основания действительности международного права Кельзен рассматривает три распространенные теории (группы теорий), каждая из которых признается им неудовлетворительной.

Первая из указанных теорий — теория естественного права — противоречит исходным методологическим принципам юридического позитивизма. Критика международных естественно-правовых теорий не отличается от общей позити-

²⁰ Кельзен, впрочем, отмечает, что возможность установления таких сервитутов международным договором вызывает сомнения (Kelsen 1952, 345–346).

вистской критики. Не останавливаясь подробнее на содержании классической философско-правовой дискуссии правового позитивизма и юснатурализма, отметим, что основные критические аргументы первого следующие: 1) введение юснатурализмом сомнительных метафизических сущностей; 2) нарушение теоретиками естественного права принципа Юма (т. е. совершение логически невозможных выводов от описательных утверждений к предписаниям)²¹; 3) отсутствие критериев выбора «правильного» варианта естественного права среди множества предлагаемых систем²².

Вторая группа теорий исходит из того, что все источники права, в особенности обычай, не создают права, а только выражают уже существующее право или некую метафизическую правовую сущность. Примеры таких теорий — теория народного духа исторической школы права и теория социальной солидарности Л. Дюги. В международном праве к данной концепции близка уже упоминавшаяся идея понимания международного права как выражения международного правосознания. По мнению Кельзена, данные концепции, несмотря на отличие их терминологии от юснатурализма, воспроизводят основные пороки естественно-правовой теории, в частности порок создания избыточных метафизических сущностей (Kelsen 1952, 308–311; Кельзен 2015b, 284–286; Kelsen 2006, 126–127). По указанной причине данные подходы были обозначены Й. Кунцем как скрытые естественно-правовые теории (Kunz 1961, 953).

Третий подход выражает идею, согласно которой международное право вообще и обычай в частности основаны на всеобщем согласии. Один из вариантов данного подхода — упомянутая выше концепция Д. Анцилотти. По мнению Кельзена, эта теория представляет собой перенос²³ в область международного права теории общественного договора с заменой индивидуальной свободы человека суверенитетом государства (Kelsen 1952, 314–316). Фиктивность указанной теории (как и теории общественного договора), с точки зрения австрийского правоведа, особенно очевидна применительно к правовому обычаю. Так, названная теория не может объяснить обязательность морского обычая для государства, которое было сухопутным в момент его возникновения, однако впоследствии приобрело морскую территорию, или обязательность каких-либо обычаев для вновь возникших государств (Kelsen 1952, 311–316)²⁴. Модифицированная версия теории всеобщего

²¹ Описанная выше концепция основной нормы, в отличие от естественно-правовой идеи, не противоречит принципу Юма; существование основной нормы представляет собой не вывод из существования фактического порядка, а предположение, — соответственно, фактический принудительный порядок — это *conditio sine qua non*, но не *conditio per quam* (лат. достаточное условие). Иными словами, для вывода о действительности правопорядка, по Г. Кельзену, необходимы две посылки: фактическая и нормативная. Фактическая посылка — существование действительного принудительного порядка, нормативная — основная норма. При этом сама основная норма является предположением, которое может быть сделано при наличии фактической посылки (но может и не делаться).

²² Подробное изложение позиции чистого учения о праве см., напр.: (Кельзен 2015a).

²³ По мнению А. В. Полякова, напротив, возможен перенос идеи суверенитета из международного права в область правового статуса личности (Поляков 2018).

²⁴ Как отмечает Й. Кунц, конструкция обычая как молчаливого соглашения носит чисто фиктивный характер, открыто противоречит практике государств, имеет неприемлемые последствия и отвергается большинством специалистов по международному праву (Kunz 1953, 663–664). О последствиях использования такой конструкции см., напр.: (Thirlway 2019, 61–62).

согласия, предполагающая, что всеобщее согласие означает молчаливое согласие подавляющего большинства участников международного сообщества, по мнению Кельзена, столь же фиктивна и воспроизводит концепцию Ж.-Ж. Руссо о различии общей воли и воли всех, цель которой состояла в интерпретации голосования большинства в качестве воли всего сообщества (Kelsen 1952, 316–317).

Собственный ответ Г. Кельзена на вопрос об основаниях действительности международного права состоит в том, что международное обычное право основано «на фундаментальном допущении: на гипотезе о том, что обычай представляет собой правотворческий факт» или источник права (Kelsen 1952, 314). Данное допущение, основная норма международного права, не является частью позитивного права, а представляет собой гипотезу, необходимую для юридической интерпретации поведения государств (Kelsen 1952, 314, 417–418; Кельзен 2015b, 270–273). Идея основной нормы, по Кельзену, заключается в том, что интерпретация правопорядка как единой системы предписаний возможна только при условии наличия между элементами данной системы отношений передачи действительности (т.е. уполномочивания), при этом регресс действительности норм конечен. Таким конечным основанием действительности правопорядка и выступает основная норма (Кельзен 2015b, 250–256).

2.5. Принципы легитимности и эффективности в международном праве

Понятиям действительности и действенности правовых норм соответствуют принципы легитимности и эффективности. Принцип легитимности предполагает, что «норма правопорядка действительна, пока ее действительность не будет прекращена предусмотренным правопорядком способом» (Кельзен 2015b, 260). Принцип эффективности ограничивает принцип легитимности и предполагает требование соответствия нормы фактическому положению вещей (Kelsen 2006, 118–119), иными словами, это норма, устанавливающая правомерность существующего, которую можно соотнести с идеей «нормативной силы фактического» Г. Еллинека (Еллинек 2004, 335–342). Действенность в такой формулировке представляет собой само фактическое.

В большинстве случаев принцип легитимности имеет приоритет по отношению к принципу эффективности. Во внутригосударственном праве есть два основных случая применения принципа эффективности: 1) утрата законом силы (действительности) в результате продолжительного несоблюдения (утраты действенности) — явление, известное еще римскому праву (Kelsen 2006, 119–120; Кельзен 2015b, 268–269); 2) революционное изменение правопорядка, т.е. изменение конституции путем, не предусмотренным самой конституцией. В случае успешной революции изменяются основания правового порядка, следовательно, возникает новый правовой порядок. Сохранение части предшествующего законодательства означает только рецепцию старых норм новой правовой системой (Кельзен 2015b, 260–270).

В международном праве, как отмечает Кельзен, принцип эффективности имеет большее значение по сравнению с внутригосударственным правом. Причина состоит в том, что в рамках централизованного правопорядка (такого как внутригосударственный) неправомерно измененное положение дел может быть легко

восстановлено путем принудительного вмешательства правоприменительных органов, в то время как в международном праве восстановление нарушенного положения дел зачастую проблематично. По этой причине в международном праве не действует или, по крайней мере, не действует безусловно принцип невозможности возникновения права из правонарушения (*ex injuria jus non oritur*) (Kelsen 1952, 215–216). Иными словами, принцип эффективности представляет собой норму, превращающую сущее в должное.

Есть несколько специфических случаев применения принципа эффективности в международном праве:

- определение территории государства; даже если присоединение некоторой территории происходит с нарушением международного права, присоединенная территория все равно становится частью другого государства (Kelsen 1952, 212–216)²⁵;
- рождение и смерть государств; в соответствии с общим принципом международного права государство возникает, «когда группа индивидов, проживающих на определенной территории, организована под эффективным и независимым правительством», а прекращает свое существование, «когда теряет один из своих существенных элементов — свое население, территорию или эффективное и независимое правительство» (Kelsen 1952, 258–259);
- сохранение тождества международной правосубъектности государства, в котором произошла революция; если с позиций внутригосударственного права революция означает полную замену старого правопорядка (т. е. государства) новым, то с точки зрения международного права никакого нового государства не возникает при отсутствии существенных изменений территории и населения (Kelsen 1952, 259–264; Kunz 1955, 73–74)²⁶.

2.6. Международное и внутригосударственное право

Последний из рассмотренных случаев применения принципа эффективности в международном праве имеет также особое значение для проблемы соотношения международного и внутригосударственного права в чистом учении о праве.

Вопрос о соотношении международного и внутригосударственного права в эпоху доминирования естественно-правовой теории международного права практически не имел смысла в силу единого естественно-правового основания действительности данных правовых систем. В период становления позитивистской (первоначально этатистской) науки международного права этот вопрос приобрел актуальность из-за указанной выше проблемы согласования понятия государственного суверенитета и самого существования международного права. Две основные концепции упомянутого соотношения исходят из единства системы

²⁵ Предполагается, конечно, стабильность контроля территории, т. е. отсутствие (или прекращение) попыток принудительного возврата к *status quo*. См. также: (Тихонравов 2019).

²⁶ По мнению Й. Кунца, революционное изменение (изменение основной нормы) возможно только во внутригосударственном праве, но невозможно в международном праве, поскольку любое мыслимое изменение последнего, даже образование всемирной советской республики, соответствующее первоначальному замыслу образования СССР, будет соответствовать международно-правовому принципу эффективности (Kunz 1947, 121–126).

и предмета регулирования международного и внутригосударственного права (монистическая концепция) либо из их различия (дуалистическая концепция). Монистическая концепция существовала и продолжает существовать в вариантах приоритета международного права и приоритета внутригосударственного права (Kunz 1924, 131–141).

Основная идея дуалистической концепции состоит в различии предмета правового регулирования международного и внутригосударственного права. Первое регулирует взаимное поведение государств (и иных специфических субъектов международного права), второе — отношения субъектов, подчиненных внутригосударственному праву, т. е. физических и юридических лиц. По этой причине международное и внутригосударственное право представляют собой два разных правопорядка, между нормами которых не может быть противоречий²⁷.

Монистическая концепция исходит из того, что и международное, и внутригосударственное право в конечном счете регулируют поведение людей. с позиций чистого учения о праве, отстаивающего монистическую концепцию, в правовой норме, регулирующей человеческое поведение, выделяются два элемента: материальный, детерминирующий содержание предписанного поведения, и персональный, идентифицирующий человека, который должен вести себя соответствующим образом. Персональный элемент может быть установлен не прямо, а путем делегирования его определения иной норме или системе норм. Такими системами норм являются юридические лица во внутригосударственном праве и отдельные государства в международном праве (Kelsen 1952, 96–124, 402; Кельзен 2015b, 355–380, 393–397). К более традиционным аргументам в пользу единства предмета регулирования относится также непосредственное установление международным правом в ряде случаев прав и обязанностей «рядовых» физических и юридических лиц и даже предоставление им тех или иных полномочий, например возможности обращаться с иском в международный судебный орган (Kelsen 1952, 124–139, 402)²⁸.

Единство системы международного и внутригосударственного права, с точки зрения методологии чистого учения о праве, предполагает существование иерархических отношений уполномочивания (передачи действительности) между их нормами. Возможны две конструкции таких отношений, соответствующих двум вариантам монистической концепции (Кельзен 2015b, 397–403).

Конструкция приоритета внутригосударственного права основана на идее государственного суверенитета. Международное право в таком случае представляет собой в определенном смысле часть внутригосударственного права, обязательность которой основана на нормах конституции²⁹, определяющих действитель-

²⁷ Важнейшими представителями дуалистической концепции считаются немецкий правовед Г. Триппель и итальянский исследователь Д. Анцилотти; кроме того, дуалистическая концепция доминировала в советской науке международного права (Анцилотти 1961, 63–76; Мюллерсон, Усенко 1989).

²⁸ Здесь стоит вновь упомянуть концепцию Н. М. Коркунова, полагавшего, что все международное право состоит из норм, охраняющих права и интересы частных лиц (Коркунов 2007, 253–273).

²⁹ Так, применительно к Конституции РФ (принята всенародным голосованием 12.12.1993, *Консультант Плюс*. Дата обращения 6 сентября, 2020. <http://www.consultant.ru>) в качестве подобной нормы можно было бы рассматривать ч. 4 ст. 15, указывающую на то, что нормы международного права являются составной частью правовой системы РФ.

ность норм международного права для данной правовой системы. Действительность международного права восходит, таким образом, к основной норме, уполномочивающей создателей конституции рассматриваемого государства на ее создание. Данная концепция предполагает, что не существует единого международного права — международно-правовых систем имеется столько же, сколько и независимых государств (Кельзен 2015b, 403–407; Kelsen 1952, 431–444).

Идея приоритета международного права в чистом учении о праве развивает предложенную еще Х.Вольфом концепцию *civitas maxima*³⁰. Все существующее право в таком случае представляет собой единую систему, имеющую единую основную норму — основную норму международного права. Основные нормы внутригосударственного права заменяются позитивной нормой международного права — принципом эффективности, легитимирующим любое эффективное³¹ изменение государственной власти. Таким образом, международное право становится фундаментом действительности всех внутригосударственных правопорядков (Кельзен 2015b, 408–411; Kelsen 1952, 417–418).

По мнению Кельзена, невозможно научно обосновать приоритет международного либо внутригосударственного права, выбор такого приоритета носит мировоззренческий характер, предполагая выбор в качестве приоритетной ценности отдельного государства (идеология патриотизма) либо международного сообщества в целом (идеология космополитизма) (Кельзен 2015b, 411–420; Kelsen 1952, 444–447). Выбор одной из двух монистических концепций соответствует двум возможным основным нормам, каждая из которых представляет собой гипотезу, а не норму позитивного права (Kelsen 1952, 446–447). Самому Кельзену была близка космополитическая и пацифистская идея приоритета международного права (Bernstorff 2010, 107).

3. Выводы

Проведенный анализ концепции действительности и действенности международного права в чистом учении о праве продемонстрировал ряд особенностей, отличающих данную концепцию от общего подхода, характерного для анализа внутригосударственного права. Применение теории ступенчатой структуры правопорядка позволило Г.Кельзену представить международное право в виде иерархической системы, завершающейся гипотетической основной нормой, устанавливающей обязательность международного обычая.

Такой поход вместе с монистической теорией связи международного и внутригосударственного права предоставил чистому учению о праве возможность снять традиционную для юридического позитивизма проблему оснований действительности международного права. Особенности международного права раскрываются в специфическом соотношении принципов легитимности и эффективности. Важный вывод чистого учения о праве состоит в обнаружении иерархического отношения обоснования действительности между международным и внутригосудар-

³⁰ Об истории развития данной идеи см.: (Bernstorff 2010, 93–111; Zolo 1998, 309–310).

³¹ Критерий эффективности — успех революции и победа в гражданской войне, если неконституционное изменение власти вызвало вооруженное противостояние (Kelsen 1952, 415–417).

ственным правом, которое, однако, может быть интерпретировано двояко в зависимости от патриотических либо космополитических ценностных предпочтений.

Другой важный вывод теории Кельзена заключается в выявлении особенности международного права (по сравнению с внутригосударственным правом), состоящей в особой роли фактической действительности его правил, т. е. особого соотношения принципов легитимности и эффективности. Действительность представляет собой критерий действительности (т. е. юридического существования) международного обычного права, на котором базируется вся международно-правовая система, она же в ряде случаев в силу принципа эффективности служит основанием для юридического признания фактического положения вещей. Причина особой роли принципа эффективности — фактическое отсутствие эффективных органов, способных централизованно применять принуждение в случае нарушения государствами своих международных обязанностей.

Библиография

- Анцилотти, Дионисио. 1961. *Курс международного права*. Т. 1. Введение — Общая теория. М.: Издательство иностранной литературы.
- Блюнчли, Иоганн Каспар. 1877. *Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса*. М.: типография Индрих.
- Ваттель, Эмер де. 1960. *Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов*. М.: Государственное издательство юридической литературы.
- Гефтер, Август Вильгельм. 1880. *Европейское международное право*. СПб.: Типография В. Безобразова и комп.
- Гоббс, Томас. 1989. *Сочинения*: в 2 т. Т. 1. М.: Мысль.
- Гроций, Гуго. 1994. *О праве войны и мира*. М.: Ладомир.
- Дидикин, Антон Б. 2015. «Сущность международного права: теоретические подходы Г. Кельзена и Г. Харта». *Евразийский юридический журнал* 7 (86): 28–30.
- Дорская, Александра А. 2014. «Учение Ганса Кельзена и развитие международного права». *Вестник Санкт-Петербургской юридической академии* 4 (25): 4–8.
- Еллинек, Георг. 2004. *Общее учение о государстве*. СПб.: Юридический центр Пресс.
- Иеринг, Рудольф фон. 2006. *Избранные труды*: в 2 т. Т. 1. СПб.: Юридический центр Пресс.
- Кант, Иммануил. 1965. «К вечному миру». *Кант И. Собрание сочинений*: в 6 т. Т. 6, под ред. Теодора И. Ойзермана, 259–309. М.: Мысль.
- Капустин, Михаил Н. 2007. «Международное право. Конспект лекций». *Золотой фонд российской науки международного права*. Т. 1, под ред. Анатолия Л. Колодкина, Валентина В. Ершова, 167–247. М.: Международные отношения.
- Кельзен, Ганс. 2015а. «Естественно-правовое учение перед трибуналом науки». *Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право*, сост. Михаил В. Антонов, 281–338. СПб.: Алеф-Пресс.
- Кельзен, Ганс. 2015б. *Чистое учение о праве*. 2-е изд. СПб.: Алеф-Пресс.
- Коркунов, Николай М. 2007. «Лекции по международному праву». *Золотой фонд российской науки международного права*. Т. 1, под ред. Анатолия Л. Колодкина, Валентина В. Ершова, 249–365. М.: Международные отношения.
- Кофанов, Леонид Л., ред. 2002. *Дигесты Юстиниана*. Т. 1, кн. I–IV. М.: Статут.
- Краевский, Арсений А. 2018. «Эволюция понятий действительности и действительности права в чистом учении о праве Ганса Кельзена». *Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS* 6 (13): 1–26.
- Лист, Франц фон. 1902. *Международное право в систематическом изложении*. Юрьев (Дерпт): М. А. Полянская.

- Мартенс, Федор Ф. 1883. *Современное международное право цивилизованных народов*. Т. 1. СПб.: Типография А. Бенке.
- Мюллерсон, Рейн А., Евгений Т. Усенко. 1989. «Соотношение международного и внутрисударственного права». *Курс международного права*: в 7 т. Т. 1. Понятие, предмет и система международного права, под. ред. Рейна А. Мюллерсона, Григория И. Тункина, 272–303. М.: Наука.
- Нешвара, Христиан. 2008а. «Кельзен — судья конституционного суда. Его роль в спорных вопросах о браках, заключенных с особого разрешения. Ч. 1». *Журнал конституционного правосудия* 5: 1–8.
- Нешвара, Христиан. 2008б. «Кельзен — судья конституционного суда. Его роль в спорных вопросах о браках, заключенных с особого разрешения. Ч. 2». *Журнал конституционного правосудия* 6: 1–4.
- Поляков, Андрей В. 2018. «Дефицит свободы как политико-правовая проблема». *Труды Института государства и права РАН = Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS* 4 (13): 37–56.
- Тихонравов, Евгений Ю. 2019. «Незаконная аннексия территории государства как основание для прекращения его существования». *Вестник Томского государственного университета. Право* 32: 97–106. <https://doi.org/10.17223/22253513/32/8>.
- Фердросс, Альфред. 1959. *Международное право*. М.: Издательство иностранной литературы.
- Austin, John. 1875. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Jersey: Frederick Linn & Company.
- Bernstorff, Jochen von. 2010. *The Public international Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511776953>.
- Carty, Anthony. 1998. “The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law”. *European Journal of International Law* 2 (9): 344–354. <https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.344>.
- Fabbrini, Federico. 2008. “Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation”. *German Law Journal* 10 (9): 1297–1312. <https://doi.org/10.1017/S2071832200000444>.
- Kammerhofer, Jörg. 2010. *Uncertainty in International Law: a Kelsenian Perspective*. London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203847213>.
- Kelsen, Hans. 1944. *Peace through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Kelsen, Hans. 1946. “Membership in the United Nations”. *Columbia Law Review* 3 (46): 391–411. <https://doi.org/10.2307/1118137>.
- Kelsen, Hans. 1951. *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons Limited.
- Kelsen, Hans. 1952. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company.
- Kelsen, Hans. 1957. *Collective Security under International Law*. Washington: Government Printing Office.
- Kelsen, Hans. 2006. *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publ.
- Kubeš, Vladimír, Ota Weinberger, Hrsg. 1980. *Die Brünner rechtstheoretische Schule (normative Theorie)*. Wien: Manz.
- Kunz, Josef L. 1924. “On the Theoretical Basis of the Law of Nations”. *Transactions of the Grotius Society*. Vol. 10. Problems of Peace and War, Papers Readbefore the Society in the Year 1924, ed. by Hugh H. L. Bellot, 115–142. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kunz, Josef L. 1945. “The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda”. *American Journal of International Law* 2 (39): 180–197. <https://doi.org/10.2307/2192340>.
- Kunz, Josef L. 1947. “Revolutionary Creation of Norms of International Law”. *American Journal of International Law* 1 (41): 119–126. <https://doi.org/10.2307/2193861>.
- Kunz, Josef L. 1953. “The Nature of Customary International Law”. *American Journal of International Law* 4 (47): 662–669. <https://doi.org/10.2307/2194914>.
- Kunz, Josef L. 1955. “Identity of States Under International Law”. *American Journal of International Law* 1 (49): 68–76. <https://doi.org/10.2307/2194103>.
- Kunz, Josef L. 1961. “Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law”. *The American Journal of International Law* 4 (55): 951–958. <https://doi.org/10.2307/2196276>.
- Merkel, Adolf J. 1931. “Prolegomena Einer Theorie Des Rechtlichen Stufenbaues”. *Gesellschaft, Staat und*

- Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Hrsg. Alfred Verdross, 252–294. Wien: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-7091-5991-0_9.
- Olechowski, Thomas. 2016. “Hans Kelsen, The Second World War and the U.S. Government”. *Hans Kelsen in America — Selected Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, ed. by D. A. Jeremy Telman, 101–112. Berlin: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-33130-0_6.
- Paulson, Stanley L. 2003. “Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings”. *Ratio Juris* 2 (16): 223–239. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00234>.
- Pufendorf, Samuel. 2009. *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Rovira, Mónica G.-S. 2013. *The Project of Positivism in International Law*. New York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199685202.001.0001>.
- Thirlway, Hugh. 2019. *The Sources of International Law*. New York: Oxford University Press.
- Wolff, Christian von. 2017. *The Law of Nations Treated According to the Scientific Method*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Zolo, Danilo. 1998. “Hans Kelsen: International Peace through International Law”. *European Journal of International Law* 2 (9): 306–324. <https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.306>.

Статья поступила в редакцию 7 сентября 2020 г.;
рекомендована в печать 17 декабря 2020 г.

Контактная информация:

Краевский Арсений Александрович — канд. юрид. наук; a.krajewski@yandex.ru

Validity and efficacy of international law according to the pure theory of law*

A. A. Kraevsky

St. Petersburg State University,
7–9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation

For citation: Kraevsky, Arseny A. 2021. “Validity and efficacy of international law according to the pure theory of law”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 1: 184–204. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2021.113> (In Russian)

At the beginning of its development, the science of international law was inextricably linked to the doctrine of natural law. The latter was seen as the basis of international law. The very problem of the foundations of international law became acute in the 19th century, when the prevailing legal positivism abandoned the idea of natural law. All proposed solutions were based on the idea of self-obligation of sovereign states. Some of them questioned the very existence of international law, while others required the introduction of explicit fictions. In an attempt to solve this problem, the pure theory of law developed by Hans Kelsen and his students proposed a theory of a hierarchical structure of international and domestic law. The relationship between the levels of the normative system is based on the empowering norms, which transfer the property of legal validity to the lower norms created on their basis. The concept of validity corresponds to the concept of efficacy of the norm. The interrelation of validity and efficacy of legal norms in international law differs significantly from their interrelation in domestic law; the study of this relationship in Kelsen’s theory was the main purpose of this study. The structure of international law according to Kelsen is a pyramid, the highest level of which is customary international law, based on the basic norm of international

* The article was prepared within the framework of the scientific project No. 18-011-01195 “Validity and efficacy of law: theoretical models and strategies of judicial argumentation”, supported by the Russian Foundation for Basic Research.

law that establishes the binding force of international custom. In this case, from the point of view of the pure theory of law, a special role in international law is played by the principle of effectiveness — recognition of the existing factual state of affairs as legitimate. The greater importance of this principle in international law is explained by the absence of a centralized system of coercion in the latter because decentralized legal order does not allow the application of organized sanctions in instances of violation of international legal norms.

Keywords: monism in international law, international legal custom, pure theory of law, basic norm, validity of law, efficacy of law, natural law, legal positivism.

References

- Anzilotti, Dionisio. 1961. *Course of international law*. Vol. 1. Introduction — General theory. Rus. ed. Moscow, Izdatel'stvo inostrannoi literatury Publ. (In Russian)
- Austin, John. 1875. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Jersey, Frederick Linn & Company.
- Bernstorff, Jochen von. 2010. *The Public international Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. Cambridge, Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511776953>.
- Bluntschli, Johann Kaspar. 1877. *Modern international law of civilized states, exposed in the code*. Rus. ed. Moscow, Indrikh Publ. (In Russian)
- Carty, Anthony. 1998. "The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law". *European Journal of International Law* 2 (9): 344–354. <https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.344>.
- Didikin, Anton B. 2015. "The essence of international law: theoretical approaches of H. Kelsen and H. Hart". *Evrasiiskii iuridicheskii zhurnal* 7 (86): 28–30. (In Russian)
- Dorskaia, Aleksandra A. 2014. "Hans Kelsen's study and the development of international law". *Vestnik Sankt-Peterburgskoi iuridicheskoi akademii* 4 (25): 4–8. (In Russian)
- Grotius, Hugo. 1994. *On the law of war and peace*. Rus. ed. Moscow, Lodomir Publ. (In Russian)
- Heffter, August Wilhelm. 1880. *European international law*. Rus. ed. St. Petersburg, V. Bezobrazov and komp. Publ. (In Russian)
- Hobbes, Thomas. 1989. *Collected works*. In 2 vols. Vol. 1. Rus. ed. Moscow, Mysl' Publ. (In Russian)
- Jellinek, Georg. 2004. *General theory of state*. Rus. ed. St. Petersburg, Iuridicheskii tsentr Press Publ. (In Russian)
- Jhering, Rudolf von. 2006. *Selected works*. In 2 vol. Vol. 1. Rus. ed. St. Petersburg, Iuridicheskii tsentr Press Publ. (In Russian)
- Kubeš, Vladimir, Ota Weinberger, Hrsg. 1980. *Die Brünner rechtstheoretische Schule (normative Theorie)*. Wien, Manz.
- Fabbrini, Federico. 2008. "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation". *German Law Journal* 10 (9): 1297–1312. <https://doi.org/10.1017/S2071832200000444>.
- Kammerhofer, Jörg. 2010. *Uncertainty in International Law: a Kelsenian Perspective*. London, Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203847213>.
- Kant, Immanuel. 1965. "Perpetual peace". *Kant I. Sobranie sochinenii*. In 6 vols. Vol. 6. Rus. ed., ed. by Teodor I. Oizerman, 259–309. Moscow, Mysl' Publ. (In Russian)
- Kapustin, Mikhail N. 2007. "International law. Compendium of lectures". *Zolotoi fond Rossiiskoi nauki mezhdunarodnogo prava*. Vol. 1, eds. Anatolii L. Kolodkin, Valentin V. Ershov, 167–247. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniia Publ. (In Russian)
- Kelsen, Hans. 1944. *Peace through Law*. Chapel Hill, The University of North Carolina Press.
- Kelsen, Hans. 1946. "Membership in the United Nations". *Columbia Law Review* 3 (46): 391–411. <https://doi.org/10.2307/1118137>.
- Kelsen, Hans. 1951. *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London, Stevens & Sons Limited.
- Kelsen, Hans. 1952. *Principles of International Law*. New York, Rinehart & Company.

- Kelsen, Hans. 1957. *Collective Security under International Law*. Washington, Government Printing Office.
- Kelsen, Hans. 2006. *General Theory of Law and State*. New Brunswick, Transaction Publishers.
- Kelsen, Hans. 2015a. "Natural law doctrine before the tribunal of science". *Gans Kel'zen: chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo*. Rus. ed., ed. by Mikhail V. Antonov, 281–338. St. Petersburg, Alef-Press Publ. (In Russian)
- Kelsen, Hans. 2015b. *Pure Theory of Law*. 2nd ed. Rus. ed. St. Petersburg, Alef-Press Publ. (In Russian)
- Kofanov, Leonid L., ed. 2002. *Digest of Justinian*. Vol. 1. Books I–IV. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Korkunov, Nikolai M. 2007. "Lectures on international law". *Zolotoi fond rossiiskoi nauki mezhdunarodnogo prava*. Vol. 1, eds Anatolii L. Kolodkin, Valentin V. Ershov, 249–365. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniia Publ. (In Russian)
- Kraevsky, Arseny A. 2018. "Evolution of the Concepts of Validity and Efficacy of Law in Hans Kelsen's Pure Theory of Law". *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS* 6 (13): 1–26. (In Russian)
- Kunz, Josef L. 1924. "On the Theoretical Basis of the Law of Nations". *Transactions of the Grotius Society*. Vol. 10. Problems of Peace and War, Papers Readbefore the Society in the Year 1924, ed. by Hugh H.L. Bellot, 115–142. Cambridge, Cambridge University Press.
- Kunz, Josef L. 1945. "The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda". *American Journal of International Law* 2 (39): 180–197. <https://doi.org/10.2307/2192340>.
- Kunz, Josef L. 1947. "Revolutionary Creation of Norms of International Law". *American Journal of International Law* 1 (41): 119–126. <https://doi.org/10.2307/2193861>.
- Kunz, Josef L. 1953. "The Nature of Customary International Law". *American Journal of International Law* 4 (47): 662–669. <https://doi.org/10.2307/2194914>.
- Kunz, Josef L. 1955. "Identity of States Under International Law". *American Journal of International Law* 1 (49): 68–76. <https://doi.org/10.2307/2194103>.
- Kunz, Josef L. 1961. "Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law". *The American Journal of International Law* 4 (55): 951–958. <https://doi.org/10.2307/2196276>.
- Liszt, Franz von. 1902. *International Law in Systematic Exposition*. Rus. ed. Yuryev (Derpt), M. A. Polianskaia Publ. (In Russian)
- Martens, Fedor F. 1883. *Modern international law of civilized nations*. Vol. 1. St. Petersburg, A. Benke Publ. (In Russian)
- Merkel, Adolf J. 1931. "Prolegomena Einer Theorie Des Rechtlichen Stufenbaues". *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Hrsg. Alfred Verdross, 252–294. Wien, Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-7091-5991-0_9.
- Müllerson, Rein A., Evgenii T. Usenko. 1989. "Interrelation of international and national law". *Kurs mezhdunarodnogo prava*. In 7 vols. Vol. 1. Poniatie, predmet i sistema mezhdunarodnogo prava, eds Rein A. Müllerson, Grigorii I. Tunkin, 272–303. Moscow, Nauka Publ. (In Russian)
- Neschwara, Christian. 2008a. "Kelsen as the judge of Constitutional court. His role in the controversial issues of marriages, registered with special permission. Part 1". *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiia* 5: 1–8. (In Russian)
- Neschwara, Christian. 2008b. "Kelsen as the judge of Constitutional court. His role in the controversial issues of marriages, registered with special permission. Part 2". *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiia* 6: 1–4. (In Russian)
- Olechowski, Thomas. 2016. "Hans Kelsen, The Second World War and the U. S. Government". *Hans Kelsen in America — Selected Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, ed. by D. A. Jeremy Telman, 101–112. Berlin, Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-33130-0_6.
- Paulson, Stanley L. 2003. "Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings". *Ratio Juris* 2 (16): 223–239. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00234>.
- Polyakov, Andrey V. 2018. "Freedom Deficit as a Political and Legal Challenge". *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN = Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS* 4 (13): 37–56. (In Russian)
- Pufendorf, Samuel. 2009. *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*. Indianapolis, Liberty Fund.
- Rovira, Mónica G.-S. 2013. *The Project of Positivism in International Law*. New York, Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199685202.001.0001>.
- Thirlway, Hugh. 2019. *The Sources of International Law*. New York, Oxford University Press.

- Tikhonravov, Evgeny Y. 2019. "Unlawful annexation of territory of a state as the basis for its extinction". *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo* 32: 97–106. <https://doi.org/10.17223/22253513/32/8>. (In Russian)
- Vattel, Emer de. 1960. *The law of nations: or, principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. Rus. ed. Moscow, Gosudarstvennoe izdatel'stvo iuridicheskoi literatury Publ. (In Russian)
- Verdross, Alfred. 1959. *International Law*. Rus. ed. Moscow, Inostrannaia literatura Publ. (In Russian)
- Wolff, Christian von. 2017. *The Law of Nations Treated According to the Scientific*. Indianapolis, Liberty Fund.
- Zolo, Danilo. 1998. "Hans Kelsen: International Peace through International Law". *European Journal of International Law* 2 (9): 306–324. <https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.306>.

Received: September 7, 2020
Accepted: December 17, 2020

Author's information:

Arseny A. Kraevsky — PhD in Law; a.krajewski@yandex.ru