

Санкт-Петербургский государственный университет

ТРИ ЦАРСТВА ПРАВА

ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ
ДЕЙСТВЕННОСТЬ
ЛЕГИТИМНОСТЬ

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

ТРИ ЦАРСТВА ПРАВА

ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ, ДЕЙСТВЕННОСТЬ, ЛЕГИТИМНОСТЬ

Под редакцией *Е. В. Тимошиной*

ИЗДАТЕЛЬСТВО САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

УДК 34.01, 340.1, 341.01, 342.3
ББК 67.0, 67.1, 67.400, 67.91
Т67

Рецензенты:
канд. юрид. наук, доц. *Н. В. Варламова* (Ин-т государства и права РАН);
канд. юрид. наук, PhD, доц. *М. В. Антонов* (НИУ «Высшая школа экономики» (С.-Петерб. филиал))

Авторы:
Тимошина Е. В. (Введение; ч. 1, гл. 1; гл. 2 (1.1); ч. 2, гл. 3; ч. 2, гл. 4 (§ 4); ч. 5; Заключение); *Васильева Н. С.* (Введение; ч. 1, гл. 1; гл. 2 (1.2, 2.2, 2.4); ч. 2, гл. 4; Заключение); *Кондуров В. Е.* (Введение; ч. 1, гл. 1; гл. 2 (1.3); ч. 3, гл. 5, 6; ч. 5; Заключение); *Краевский А. А.* (Введение; ч. 1, гл. 1; гл. 2 (1.1, 1.4, 2.1, 2.2.1, 2.3); ч. 3, гл. 7; ч. 4; ч. 5; Заключение)

Рекомендовано к печати
научной комиссией в области юриспруденции
Санкт-Петербургского государственного университета

Т67 **Три царства права: действительность, действенность, легитимность** / Е. В. Тимошина, Н. С. Васильева, В. Е. Кондуров, А. А. Краевский; под ред. Е. В. Тимошиной. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2023. — 644 с.
ISBN 978-5-288-06357-2

В монографии представлены психологическая, институциональная и нормативистская модели действительности и действенности права; показаны возможности их использования для интерпретации действительности и действенности международного и государственного права. На основе теорий трех царств Г. Фреге и трех миров К. Поппера предлагается теоретико-методологическое обоснование синтетической модели действительности, действенности и легитимности права. В данной модели, интегрирующей исследования, основанные на различных методологических подходах, учитываются три модуса существования права: идеально-нормативный, психический, поведенческий; показаны возможности ее применения для анализа норм различных источников права, в частности правовых обычаев.

Издание предназначено для специалистов в области теории права, истории правовых учений, теории конституционного и международного права, студентов, аспирантов и всех читателей, интересующихся юриспруденцией.

УДК 34.01, 340.1, 341.01, 342.3
ББК 67.0, 67.1, 67.400, 67.91

Исследование выполнено в рамках научного проекта РФФИ № 18-011-01195 «Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации»

Проект — победитель ежегодного открытого конкурса научных изданий СПбГУ — 2023

ISBN 978-5-288-06357-2

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2023

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ. 9

Часть 1. ПРОБЛЕМАТИЗАЦИЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ И ДЕЙСТВЕННОСТИ ПРАВА 11

Глава 1. Действительность и действенность права как теоретическая и прикладная проблема . . . . . —

§ 1. Актуальное состояние проблемы . . . . . —

§ 2. Задачи исследования 20

Глава 2. Проблема действительности и действенности права в классической школе естественного права и классическом юридическом позитивизме 22

§ 1. От Античности до Канта: действительность права в классических естественно-правовых теориях . . . . . —

1.1. Классификация естественно-правовых систем . . . . . —

1.2. Античная философия права 24

1.3. Естественно-правовая философия Средних веков и Нового времени 37

1.4. Основания права и нравственности в учении Иммануила Канта 46

1.4.1. Система философии Иммануила Канта . . . . . —

1.4.2. Практический разум 47

1.4.3. Право и мораль 50

1.4.4. Естественное и позитивное право . . . . . —

§ 2. Позитивистский поворот в философии права и проблема действительности права 53

2.1. Генезис юридического позитивизма . . . . . —

2.2. Возникновение юридического позитивизма в Великобритании 57

2.2.1. Иеремия Бентам . . . . . —

2.2.2. Джон Остин 67

2.3. Классический юридический позитивизм в континентальной Европе 78

2.3.1. Предпосылки возникновения: критика естественно-правовых доктрин со стороны исторической школы права . . . . . —

2.3.2. Рудольф фон Иеринг и классический немецкий юридический позитивизм 83

2.3.3. Георг Еллинек и нормативная сила фактического 87

2.4. Классический юридический позитивизм в России: Г. Ф. Шершеневич 90

Заключение 98

Часть 2. КОНТИНЕНТАЛЬНЫЙ (ПСИХОЛОГИЧЕСКИЙ) ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ 101

Глава 3. Проблема действительности и действенности права в психологической теории права Л. И. Петражицкого 103
§ 1. Методологические основания ..... —
1.1. Между реализмом и феноменологией: проблематизация методологии Л. И. Петражицкого ..... —
1.1.1. Методологические основания теории права Петражицкого: по ту сторону метафизики и позитивизма 104
1.1.2. Индуктивная модель научной теории: критическая интерпретация Петражицкого 107
1.1.3. Концепция классовых (общих) понятий Петражицкого ... 109
1.1.4. Онтологически толерантная концепция интенциональных объектов Ф. Брентано, А. Мейнонга, Э. Гуссерля 112
1.1.5. Петражицкий и аналитико-феноменологическая традиция: основные выводы 116
1.1.6. Аналитико-феноменологическая традиция и онтологические допущения теории права Петражицкого 119
1.2. Классические правовые концепции: критический анализ Л. И. Петражицкого 122
§ 2. Основания действительности и действенности права в классическом юридическом позитивизме: критический анализ Л. И. Петражицкого 134
2.1. Аргумент Л. И. Петражицкого о тавтологии в этатистском определении понятия права и проблема основной нормы как основания действительности права в юридическом позитивизме 136
2.2. Аргумент Л. И. Петражицкого о бесконечном регрессе санкций и проблема принуждения в праве как основания его действенности 152
§ 3. Нормативно-ценностные и социокультурные основания правопорядка в интерпретации Л. И. Петражицкого 162

Глава 4. Скандинавский правовой реализм и нормативный реализм Энрико Паттаро 184
§ 1. Правовой реализм и скандинавский правовой реализм ..... —
§ 2. Упсальская школа правовой мысли: магия и реализм 198
2.1. Методологические основания ..... —
2.1.1. Упсальская школа и психологический правовой реализм ... —
2.1.2. История и общая характеристика упсальской школы 202
2.1.3. Методологические основания упсальской школы: учение А. Хэгерстрёма 206

2.2. Действительность и действенность права ... 210
2.2.1. Действительность права в учении А. Хэгерстрёма ... —
2.2.2. Правовая машинерия и социальное благосостояние в учении А. В. Лундстедта ... 214
2.2.3. Карл Оливекрона: право как нормы о силе ... 219
2.3. Упсальская школа: некоторые итоги ... 222
§ 3. Антиметафизическая концепция Альфа Росса ... 223
3.1. Методологические основания ... —
3.1.1. Формирование взглядов А. Росса ... —
3.1.2. Трудности перевода ... 227
3.1.3. Основания надлежащей науки о праве. Призыв к доктринальному исследованию права ... 236
3.2. Действительность и действенность права ... 249
3.2.1. Соотношение действительности и действенности права ... —
3.2.2. Gyldighet как действительность права ... 253
3.2.3. Gælden как действенность права ... 261
3.2.4. Ключевые понятия в правовой концепции А. Росса ... 265
3.3. Источники права и действенная интерпретация ... 268
3.3.1. Доктрина источников права ... —
3.3.2. Действенная интерпретация: доктрина судебного метода ... 273
3.4. Действительность и действенность международного права ... 274
3.4.1. Реалистическая модель действительности и действенности права и международное право ... 275
3.4.2. Реалистическая теория источников международного права ... 281
§ 4. Нормативный реализм Э. Паттаро ... 286
Заключение ... 293
Часть 3. ПРАВОВОЙ ИНСТИТУЦИОНАЛИЗМ ... 297
Глава 5. Классический правовой институционализм: Морис Ориу и Санти Романо ... —
§ 1. Институционализм как направление социогуманитарной мысли ... —
§ 2. Метафизический правовой институционализм Мориса Ориу ... 302
2.1. Институты и корпоративные институты ... —
2.2. Основание действительности корпоративных институтов ... 306
§ 3. Социологический правовой институционализм Санти Романо ... 312
3.1. Институт как правопорядок ... —
3.2. Основание действительности правопорядка ... 315
Глава 6. Право как конкретный порядок и форма: Карл Шмитт ... 324
§ 1. Проблема основания действительности правопорядка в работах Карла Шмитта ... —

1.1. Три вида юридического мышления 325
1.2. Децизионизм и понятие суверенитета 327
1.3. Мышление о праве как о конкретном порядке и форме 351
1.4. Политическая теология как методологический подход 356
1.4.1. Политическая теология как вид социологии юридических понятий 375
1.4.2. Тезис концептуальной аналогии 378
1.4.3. Тезис структурной аналогии 384
§ 2. Проблема действительности международного права 391
2.1. Современная политическая теология международного права: к обоснованию nomos stasis ..... —
2.2. Nomos polemos Карла Шмитта: от принципа легитимности к принципу распределения пространства 412
2.3. Проблема возможности юридической политической теологии гетерогенного глобального правопорядка 431
Глава 7. Институциональный юридический позитивизм: Ота Вайнбергер и Нил МакКормик 439
§ 1. Методологические основания институционального юридического позитивизма 440
§ 2. Проблема действительности права в институциональном юридическом позитивизме 443
2.1. Бытие и долженствование 444
2.2. Юридическое понятие действительности 446
2.3. Действительность и действенность 448
2.4. Действительность правовых норм и проблемы юридической герменевтики 449
Заключение 450

Часть 4. ПРАВОВОЙ НОРМАТИВИЗМ 454
Глава 8. Чистое учение о праве Ганса Кельзена ..... —
§ 1. Методологические основания 455
1.1. Иммануил Кант и неокантианство ..... —
1.2. Философия Эдмунда Гуссерля 464
1.3. Неопозитивизм 468
§ 2. Действительность и действенность права: эволюция концепции Ганса Кельзена 471
2.1. Конструктивистский период ..... —
2.2. Классический период 472
2.2.1. Понятие действительности и действенности нормы 473
2.2.2. Основная норма 474
2.2.3. Соотношение действительности и действенности 476
2.3. Скептический период 477
2.3.1. Признание и соблюдение нормы ..... —
2.3.2. Действительность общих и индивидуальных норм 481

2.3.3. Основная норма как фикция ... 482
2.4. Полемика Г. Кельзена с Е. В. Булыгиным ... 485
2.4.1. Теория действенности Е. В. Булыгина и критика чистого учения о праве ... 486
2.4.2. Позиция Г. Кельзена, изложенная в рукописи ... 487
2.4.3. Ответ Е. В. Булыгина на критику со стороны Г. Кельзена 488
2.5. Соотношение понятий действительности и действенности —
§ 3. Основания международного правового порядка ... 489
3.1. Введение в проблему ... —
3.2. Споры об основаниях действительности международного права ... 490
3.2.1. Классическая естественно-правовая теория ... —
3.2.2. Правовой этатизм ... 494
3.3. Чистое учение о праве и теория ступенчатой структуры правопорядка ... 497
3.4. Структура международного правопорядка ... 500
3.5. Принципы легитимности и эффективности в международном праве ... 505
3.6. Международное и внутригосударственное право ... 507
3.7. Действительность и действенность международного права ... 510
Глава 9. Правовой нормативизм после Ганса Кельзена ... 512
§ 1. Правило признания, основная норма и юридические принципы: спор об интерпретативизме ... —
1.1. Оксфордская школа философии права ... —
1.1.1. Методологические основания ... —
1.1.2. Понятие права ... 515
1.2. Социальная нормативность ... 517
1.2.1. Норма и факт ... —
1.2.2. Правило признания и основная норма ... 519
1.3. Интерпретативизм Р. Дворкина и споры о нем ... 523
1.4. Интерпретативизм Р. Алекси и его критика ... 527
1.4.1. Понятие и действительность права в концепции Р. Алекси ... —
1.4.2. Критика концепции Р. Алекси ... 532
1.5. Спор об интерпретативизме ... 534
§ 2. Логико-правовая концепция Е. В. Булыгина ... 535
2.1. Методологические основания ... —
2.2. Действенность как диспозициональное свойство нормы ... 536
2.2.1. Критика теории действенности Г. Кельзена ... —
2.2.2. Критика теории действенности А. Росса ... 538
2.2.3. Действенность и юстициабельность ... 540
2.2.4. Проблемы, порождаемые понятием действенности права Е. В. Булыгина ... 541
2.2.5. «Действенность» и «действие» нормы ... 542

2.3. Многообразие экспликаций понятия действительности 543
2.3.1. «Нормативные системы»: действительность и критерии установления ..... —
2.3.2. Исследование значения термина «действительность»: многообразие экспликаций 546
2.3.3. Проект экспликации понятий действительности и действенности: результаты и проблемы 551
Заключение 552

Часть 5. ТРИ ИЗМЕРЕНИЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПРАВА 556

Глава 10. Три царства права: действительность, действенность и легитимность права ..... —
§ 1. Классические концепции действительности: несовместимость или различие акцентов? ..... —
1.1. Многообразие моделей действительности права ..... —
1.2. Три типа моделей действительности права 560
§ 2. Три царства права 562
2.1. Теория трех миров (царств) ..... —
2.2. Три модуса существования права 568
2.2.1. Внешнее царство (мир 1): право как регулярность человеческого поведения 569
2.2.2. Внутреннее царство (мир 2): право как явление индивидуальной психики 570
2.2.3. Третье царство (мир 3): право как идеальный объект 571
§ 3. Три понимания действительности права и их взаимосвязь 573
3.1. Взаимосвязь трех царств (миров) права: основные модели ..... —
3.1.1. Взаимосвязь трех царств (миров) права: пример правового обычая 575
3.1.2. Взаимосвязь трех царств (миров) права: пример правового института 578
3.2. Действительность, легитимность, действенность и система права 581
Заключение 587

ЗАКЛЮЧЕНИЕ 589

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ 591
Источники ..... —
Исследования 612

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ 642

ВВЕДЕНИЕ

Проблема понятия, оснований и соотношения действительности (включая легитимность как действительность особого рода) и действенности права имеет комплексный — теоретический и прикладной — характер[1].

В теоретическом аспекте понятие действительности права как его обязывающей силы отсылает к основаниям юридического, источнику долженствования в праве, понятие действенности указывает на социальную фактичность права. Проблематика действительности, действенности и легитимности права обращает к фундаментальным вопросам правовой онтологии: почему следует следовать правилу, т. е. каковы основания обязывающей силы права (действительности); что представляет собой обязывающая сила права, отличающая право от морали и других нормативных порядков; какова роль принуждения в праве; как идентифицировать действительное право в конкретном правопорядке (тест на действительность); как действительность права влияет на его действенность и является ли действенность права условием его действительности; каковы основания действительности конституционного и международного права; что происходит с действительностью и действенностью права в ситуации революционной смены правопорядка и др. Различные ответы на эти и другие вопросы, охватываемые проблематикой действительности, действенности и легитимности права, обусловливают фундаментальные теоретические расхождения между главными

[1] Как будет обосновано далее, мы считаем возможным рассматривать легитимность как действительность особого рода — как психологическую действительность, выражающуюся в психологическом признании участниками некоторого сообщества обязательности отдельных правовых норм или нормативного порядка в целом.

научными школами правоведения: естественно-правовой и позитивистской (в широком смысле, включая социологический и психологический подходы к праву, ориентированные на изучение права как факта).

Прикладной характер рассматриваемой проблематики связан прежде всего с тем, что одним из аспектов действенности норм права является их юстициабельность — в судебных актах правовые нормы тестируются на действительность и действенность. По словам М. Вебера, судья «не просто скрепляет печатью уже достигнутый путем согласия... действующий порядок, а... оказывает воздействие на отбор того, что выживает как право»[2]. Доктринальные модели действительности и действенности права могут использоваться и в качестве инструмента, позволяющего интерпретировать основания действительности внутригосударственного (конституционного) и международного права, а также их действенность.

В основе нашего исследования лежит гипотеза о том, что проблема понятия, оснований и соотношения действительности и действенности права может быть осмыслена в рамках более широкой правовой онтологии по сравнению с онтологиями, задаваемыми естественно-правовым и юридико-позитивистским подходами. Исходя из данной гипотезы, можно предположить, что на основе такой правовой онтологии, интегрирующей идеально-нормативный (ценностный), психический и поведенческий аспекты бытия права, можно разработать более сложную, но вместе с тем и более точную теоретическую модель действительности, действенности и легитимности права, по сравнению с моделями, предлагаемыми конкурирующими школами. Поиску такой модели, в том числе через обращение к основным моделям действительности и действенности права, и посвящено наше исследование.

[2] *Вебер М.* Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии: в 4 т. Т. 3: Право. М., 2018. С. 125.

Часть 1

ПРОБЛЕМАТИЗАЦИЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ И ДЕЙСТВЕННОСТИ ПРАВА

Глава 1
Действительность и действенность права как теоретическая и прикладная проблема

§ 1. Актуальное состояние проблемы

Любые фундаментальные исследования права так или иначе затрагивают проблему действительности и действенности права. Термины «действительность права» и «действенность права» активно используются, при этом им не дается какого-либо общетеоретического определения, независимого от философско-методологических предпосылок, — исследователи, как правило, концентрируются на обосновании действительности права и вопросах ее соотношения с действенностью в соответствии с разделяемыми ими различными подходами к праву.

Вместе с тем исследование проблемы действительности и действенности права позволяет изучить все релевантные теоретические вопросы правовой онтологии в их целостности, как взаимосвязанные и взаимообусловленные. В терминах спора о действительности и действенности права могут быть сформулированы основные расхождения между главными научными школами правоведения — естественно-правовой и позитивистской.

Юридико-позитивистский подход к рассматриваемой проблематике представлен прежде всего в работах Г. Кельзена[1], Г. Л. А. Харта[2], Е. В. Булыгина[3].

---

[1] *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лёзова. 2-е изд. СПб., 2015; Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб., 2015.

[2] *Харт Г. Л. А.* Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. СПб., 2007.

[3] *Булыгин Е. В.* Избранные работы по теории и философии права / пер. с англ., нем., исп.; под науч. ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова. СПб., 2016.

В работах Г. Кельзена в качестве основания действительности правовой системы рассматривается постулируемая основная норма; действительность понимается как специфический способ существования права, как долженствование, а действенность — как бытие, фактическая эффективность норм права в социальной жизни. Действенность признается необходимым, но недостаточным условием действительности, поскольку основанием действительности является основная норма, постулируемая при истолковании действенного порядка принуждения как системы действительных правовых норм.

В отличие от Г. Кельзена, Г. Харт использует для обоснования действительности функционирующее в юридической практике «правило признания», которое рассматривается в качестве социального факта, имеющего эмпирическую природу. Подход Г. Харта, акцентирующий внимание на правиле признания, которым руководствуются правоприменители при определении принадлежности нормы к конкретной правовой системе, нашел продолжение в работах представителей оксфордской школы философии права, в числе которых прежде всего следует отметить работы Дж. Раза[4].

Наиболее современную и целостную теоретическую модель действительности и действенности конструирует Е. В. Булыгин, выделяя нормативную действительность, понимаемую как обязывающая сила; фактическую действительность, рассматриваемую как действенность, эффективность; системную действительность, предназначенную для отграничения норм права от иных социальных норм и понимаемую как указание на принадлежность к определенной правовой системе.

Принципиальная критика позитивистских концепций действительности права и интерпретация данного понятия с позиций естественно-правового подхода представлена в монографиях Дж. Финниса[5] и Р. Алекси[6]. Если Р. Алекси, развивая идеи Г. Радбруха, предлагает рассматривать «притязание на правильность» как составную часть действительности права, то Дж. Финнис концентрируется на вопросах содействия права общему благу.

---

[4] *Raz J.*: 1) The Authority of Law: Essays in Law and Morality. Hong Kong, 1979 (см. также русский перевод: *Раз Дж.* Авторитет права. Эссе о праве и морали / пер. с англ. И. Дягилевой, под ред. Д. Раскова. М., 2021); 2) The Concept of a Legal System. Hong Kong, 1997; 3) Practical Reason and Norms. Oxford, 2002; 4) From Normativity to Responsibility. New York, 2012.

[5] *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. М., 2012.

[6] *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011.

В работе «Понятие и действительность права» Р. Алекси пытается подвести итог почти вековой дискуссии вокруг понятий действительности и действенности права. Немецкий юрист выделяет три основных элемента понятия права, а по сути, три возможных понятия действительности: социологическое (социальная действительность), этическое (моральная действительность) и юридическое (правовая действительность). Социологическое понятие действительности соотносится с понятием действенности (эффективности) и означает, что та или иная норма действительна, если ее соблюдают или если ее несоблюдение фактически влечет за собой применение санкции. В этом случае действительность нормы связана с ее фактическим осуществлением (применением). Этическое понятие действительности предполагает, что норма считается действительной, если она морально оправдана. Таким образом, действительность права связывается с его содержанием. Юридическое понятие действительности, в свою очередь, рассматривается в узком (указание на надлежащее установление нормы) и широком смыслах. В широком смысле действительность трактуется как социальная действенность (позитивистский подход) или как сочетание социальной и моральной действительности (непозитивистский подход). В концепции Р. Алекси основанием действительности в конечном счете признается «притязание на правильность» как отличительный признак правовой системы с «позиции наблюдателя» и как решающий фактор определения действительности с «позиции участника».

Социологическое и психологическое (реалистические) направления в трактовке действительности и действенности права представлены главным образом работами Л. И. Петражицкого, О. Эрлиха, А. Хэгерстрёма, К. Оливекроны, Э. Паттаро.

Наиболее разработанную из реалистических моделей соотношения действительности и действенности права можно найти в работах А. Росса. Датский правовед создает такую модель, которая, с одной стороны, на теоретическом уровне предлагает решение проблемы дуализма должного (действительности) и сущего (реальности, фактичности) в праве, а с другой — предоставляет удобный инструментарий для доктринального исследования любой правовой системы, включая систему источников права. Согласно концепции А. Росса, действительность права понимается как специфическое психическое переживание. Действительность права доступна для научного исследования в рамках юриспруденции через действен-

ность права, которая понимается как социально-психологическая эффективность — нормы воспринимаются как социально обязывающие и соблюдаются.

Итальянский правовед, представитель нормативного реализма Э. Паттаро предлагает оригинальный взгляд на проблему, интерпретируя действительность как соответствие знака (фактического положения дел) типу (содержащемуся в норме), радикально разделяет действительность и действенность права, а также разграничивает действенность и эффективность права[7].

Реверсию волюнтаристского (свойственного классическому юридическому позитивизму) обоснования действительности права можно найти в работах современного французского реалиста М. Тропера[8]; критический анализ его работ предлагает О. Пферсманн[9].

Таким образом, основные исследования в данной области представляют собой работы, методологически обусловленные различными типами правопонимания и потому являющиеся частью главной дискуссии в теории права, определяемой противостоянием юридико-позитивистского (в широком смысле — включающего в себя социологический и психологический подходы) и естественно-правового подходов. Ядро исследований проблематики действительности и действенности права составляют работы Л. И. Петражицого, Г. Кельзена, Г. Харта, А. Хэгерстрёма, А. Росса, К. Оливекроны, Е. В. Булыгина, Л. Фуллера, Р. Дворкина, Дж. Финниса, Р. Алекси и др., а также представителей правового институционализма — «старого» (М. Ориу, С. Романо) и «нового» (О. Вайнбергер и Н. МакКормик).

К последнему направлению относятся и идеи К. Шмитта; в данной монографии его позиция характеризуется как институционалистская. В трудах немецкого правоведа проблемы действительности и действенности права рассматриваются сквозь призму понятий

---

[7] *Паттаро Э.* Действительность, нормы как верования и их эффективность / пер. с англ. Н. С. Васильевой, под ред. Э. Фиттипальди // Правоведение. 2015. № 6. С. 6–56.

[8] *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 196–204; *Тимошина Е. В.* Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования М. Тропера // Вестник РУДН. Сер. Юридические науки. 2016. № 2. С. 50–61.

[9] *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 218–272.

легальности и легитимности власти, понятия суверенитета и оригинальной классификации способов мышления о праве[10].

Помимо указания на фундаментальные проблемы узко-формального понятия действительности права, связанные с превращением вопроса о действительности права в пустую легальность тавтологичной системы нормативных установлений, К. Шмитт выводит три возможных варианта мышления о праве, связывая их с тремя вариантами основания действительности правопорядка: 1) мышление о норме (нормативизм — понимание права как нормы); 2) мышление о решении (децизионизм — понимание права как решения); 3) мышление о порядке (понимание права как порядка, не сводимого к сумме нормативных положений). В основе данной типологии лежит представление об источнике действительности права (норма, решение или организация конкретного государства как порядка). Такой подход не связан напрямую с типами правопонимания в привычном смысле слова.

Существенный вклад в исследование рассматриваемой проблематики внесен статьями, включенными в сборник «Нормативность и нормы», в котором с разных позиций анализируются соотношение действительности и действенности права, а также концепция действительности права Г. Кельзена[11].

Развитие позитивистской концепции действительности права представлено также в работах чешско-австрийского правоведа О. Вайнбергера[12], польских юристов А. Печеника и К. Опалека[13]. В работе польского правоведа Е. Врублевского проблема действи-

---

[10] *Шмитт К.:* 1) Государство и политическая форма / пер. с нем. О. В. Кильдюшова. М., 2010; 2) Понятие политического / пер с нем. под ред. А. Ф. Филиппова. СПб., 2016. См. также работу: *Schmitt C.* Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem des Rechtpraxis. Berlin, 1912.

[11] Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / eds S. L. Paulson, B. Litschewski Paulson. Oxford, 1998. См. также обсуждение последней: *Ruiter D. W. P.* Legal Validity Qua Specific Mode of Existence // Law and Philosophy. 1997. Vol. 16, no. 5. P. 479–505; *Bindreiter U.* Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen' Doctrine. Lund, 2000; *Delacroix S.* Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy. Oxford, 2006.

[12] *Weinberger O.:* 1) Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht, 1991; 2) Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals // Ratio Juris. 1999. Vol. 12, no. 4. P. 336–353.

[13] *Peczenik A.:* 1) The Concept "Valid Law" // Acta Universitatis Stockholmiensis: Studia juridica Stockholmiensia. 1972. Vol. 41. P. 213–251; 2) On Law and Reason.

тельности права рассмотрена с точки зрения применения права судами[14]. Опалек и Врублевский выделяют три вида действительности права. Опалек указывает на три представления о ней — естественно-правовое, нормативистское и реалистическое — и на основании логико-лингвистического анализа выражения «действительная правовая норма» приходит к выводу о приоритете системного понимания действительности. Врублевский же изначально исходит из связи понятия действительности нормы с понятием правовой системы, отмечая, что разным типам правовых систем свойствен разный тип правовой действительности, что верно не только для «системной действительности» как действительности, основанной на нормах, но и для «фактической действительности» и «аксиологической действительности».

Анализ концепций Г. Кельзена, К. Шмитта и естественно-правовых концепций действительности права представлен в работах Д. Дузенхауса[15]. Отметим также исследование французских правоведов, в котором действительность права рассматривается с точки зрения системы права[16], и две работы испанско-британского исследователя М. Кёпке, в центре внимания которого оппозиция понятий действительности и недействительности права[17].

Таким образом, юридический позитивизм (в широком смысле) остается главным теоретическим подходом, в рамках которого осуществляются исследования действительности и действенности права[18]. Несмотря на то что развитие соответствующего круга идей было

Dordrecht, 2008; *Opalek K.* Selected Papers in Legal Philosophy. Dordrecht, 1999; *Kramer M. H.* Moral Principles and Legal Validity // Ratio Juris. 2009. Vol. 22. P. 44–61.

[14] *Wróblewski J.*: 1) The Judicial Application of Law. Dordrecht, 1992; 2) Three Concepts of Validity of Law // Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. 1982. No. 5–6. P. 406–419; 3) Concepts of Legal System and Conceptions of Validity // Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica. 1986. Vol. 24. P. 3–22.

[15] *Dyzenhaus D.* Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford, 1999.

[16] *Kirchove M., van de, Ost F.* Legal System Between Order and Disorder. New York, 1994.

[17] *Köpcke M.:* 1) Legal Validity. The Fabric of Justice. Oxford; London; New York; New Delhi; Sydney, 2019; 2) A Short History of Legal Validity and Invalidity. Foundations of Private and Public Law. Cambridge, 2019.

[18] См., напр.: *Grabowski A.* Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism / transl. by M. Kiełtyka. Heidelberg; New York; Dordrecht; London, 2013. — Монография современного польского правоведа А. Грабовского «Юридическое понятие действительности статутного

бы невозможно без постоянного диалога со школой естественного права, именно в рамках юридического позитивизма наиболее разносторонне исследуются многочисленные аспекты данной проблемы.

Об актуальности нашего исследования свидетельствует и то, что только за последние несколько лет в издательстве Springer вышли три коллективные монографии, связанные с заявленной проблематикой. Первая из них касается вопросов понятия действительности как нормативности, включая практическое применение к теории интерпретации и аргументации[19], вторая посвящена основаниям действительности права, в том числе содержит критический анализ позитивистской концепции Ф. Шауэра[20], в третьей с позиции проблемы действительности права исследуется феномен мягкого права[21]. Проблема действительности права была темой специального семинара (workshop) конгресса Международной ассоциации философии права и социальной философии, прошедшего в 2015 г. в Вашингтоне (США), после чего его участники подготовили коллективную монографию «Правовая действительность и мягкое право», в которой были затронуты многие проблемы действительности права. Однако в силу различных, иногда даже противоположных позиций авторов единый взгляд на проблему действительности права в данной работе представлен не был.

В российской научной литературе нет монографических исследований проблемы действительности и действенности права, она рассматривается преимущественно в рамках истории правовой мысли[22].

права: критика современного не-позитивизма» посвящена полемике с непозитивистскими концепциями действительности права, в особенности с теорией Р. Алекси. Вместе с тем собственную положительную теорию действительности права Грабовского нельзя признать завершенной и удовлетворительной, поскольку действительность в конечном счете определяется им негативно, как отсутствие «недействительности», т. е. действительны те нормы законов, для которых нет юридических оснований их не выполнять. Существование норм законов рассматривается им как данность, а вопрос о происхождении их юридической силы остается за рамками исследования.

[19] Problems of Normativity, Rules and Rule-Following / ed. by M. Araszkiewicz, P. Banaś, T. Gizbert-Studnicki, K. Płeszka. Cham; Heidelberg; New York; Dordrecht; London, 2015.

[20] The Force of Law Reaffirmed / ed. by C. Bezemek, N. Ladavac. Cham, 2016.

[21] Legal Validity and Soft Law / ed. by P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, A. R. Mackor. Cham; Heidelberg; New York; Dordrecht; London, 2018.

[22] См., напр.: *Антонов М. В.*: 1) Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. С. 454–457;

В числе российских исследований по рассматриваемой проблематике, не связанных непосредственно с историей правовых учений, но имеющих общетеоретический характер, следует назвать статью Н. В. Варламовой, в которой предлагается оригинальная модель соотношения действительности и действенности[23], монографию И. Л. Честнова, рассматривающего проблему действительности и действенности права в контексте постклассической теории права[24], а также статью Е. Г. Самохиной и И. И. Осветимской, где проблемы юридической действительности анализируются с позиций коммуникативной теории права[25].

В теоретической модели, предложенной Н. В. Варламовой, действительность и действенность разграничиваются. Основаниями действительности являются создание норм в надлежащем порядке и соответствие основному принципу, лежащему в основании правопорядка. Действенность понимается как фактическая реализуемость, обеспечиваемая санкциями и обусловленная действенностью (легитимностью) правопорядка в целом. И. Л. Честнов рассматривает общеобязательность и обусловленную ею нормативность как признак права. При этом нормативность может обозначаться термином «действенность», указывающим на социальное действие или эффект, производимый правом, или термином «валидность», акцентирующим внимание на юридической силе нормы права, ее формальном аспекте. Нормативность рассматривается как эмпирически наблюдаемое проявление общеобязательности, а общеобязательность трактуется как наибольшая социальная значимость правила с точки зрения его функции поддержания целостности социума. К вопросу о действительно-

---

2) Несколько вводных слов о «Действенности права» Е. В. Булыгина // Правоведение. 2016. № 5. С. 6–15; *Васильева Н. С.* Валидность и источники права: реалистическая концепция А. Росса // Вестник РУДН. Сер. Юридические науки. 2016. № 4. С. 41–51; *Краевский А. А.* Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Правоведение. 2015. № 2 (319). С. 88–125; *Тимошина Е. В.* Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011. № 5. С. 46–71.

[23] *Варламова Н. В.* Нормативность права: проблемы интерпретации // Труды Института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 76–115.

[24] *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012.

[25] *Samokhina E. G., Osvetimskaya I. I.* Normativity and Facticity: Foundation of Legal Validity from the Communicative Perspective // Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences. 2022. No. 15 (12). P. 1751–1762.

сти права, в том числе в его практическом аспекте, обращается также М. В. Антонов[26].

Вместе с тем на основании аналитического обзора как российских, так и зарубежных исследований, посвященных проблеме действительности и действенности права, можно сделать вывод о том, что монографические исследования, в которых рассматривались бы понятие, основание и соотношение действительности и действенности в рамках основных теоретических моделей, отсутствуют. Отметим лишь одно монографическое исследование, специально посвященное проблеме действительности права[27], и монографию А. Аарнио, в которой вопросы онтологии права рассмотрены применительно к юридической аргументации[28].

Противостояние естественно-правового и юридико-позитивистского подходов в вопросах действительности и действенности права превращает дискуссию в своеобразное движение по кругу — от моральной обоснованности права к авторитетному установлению права как основаниям его действительности, от признания невозможности выведения должного из сущего к признанию «нормативной силы фактического» (Г. Еллинек) и т. д. В существующих исследованиях отсутствует сама постановка вопроса о возможности разработки концепции действительности, действенности и легитимности права за пределами противостояния естественно-правового подхода и юридического позитивизма. Исследуемая проблематика очевидно нуждается в каком-то новом взгляде — «поверх барьеров» и методологических ограничений, налагаемых соответствующими подходами. Именно поэтому актуальной научной задачей представляется разработка целостной теоретической модели действительности, действенности и легитимности права, в рамках которой, с одной стороны, могли бы быть восприняты достижения естественно-правового и юридико-позитивистского подходов, а с другой — была бы задана более широкая правовая онтология по сравнению с онтологиями, очерчиваемыми данными подходами.

---

[26] *Антонов М. В.* О самодостаточности нормативной юриспруденции (на примере вопроса о действительности права) // Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма / под ред. В. И. Павлова, А. Л. Савенка. Минск, 2015. С. 93–100.

[27] *Munzer S.* Legal Validity. The Hague, 1972.

[28] *Aarnio A.* The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification. Dordrecht, 1986.

§ 2. Задачи исследования

Любое научное исследование представляет собой в известном смысле слова реверсивный процесс, т. е. предполагает возвращение к ранее полученным результатам с целью их уточнения и новой интерпретации для подтверждения/опровержения выдвинутой гипотезы или в рамках конструируемой теоретической модели.

Поэтому прежде всего необходимо обратиться к истории постановки данной проблемы в предшествовавшей появлению юридического позитивизма классической школе естественного права и трудам ее представителей, а также реконструировать их представления об этических основаниях действительности права, при отсутствии которых право с позиций данного подхода не может быть рассмотрено как обладающее действительностью, обязывающей силой. Изучение работ представителей классического юридического позитивизма (И. Бентама, Дж. Остина, Г. Ф. Шершеневича и др.) позволит сформулировать конкурирующую версию обсуждения проблемы оснований действительности права. Ее особенностями являются отказ от метаюридического основания действительности права и фундированность правопорядка фактической властью суверена. Реконструкция истории развития подходов к проблеме действительности и действенности права немыслима без обращения не только к этатистским, но и к иным — реалистическим — позитивистским концепциям, в рамках которых право исследуется как факт, и прежде всего к психологической теории права Л. И. Петражицкого.

Переход к осмыслению современных теоретических моделей действительности и действенности права необходимо связан с анализом причин кризиса, в котором оказались классические естественно-правовые и юридико-позитивистские интерпретации оснований действительности права. Из необходимости нового — неэтатистского — решения проблемы действительности права вырастает чистое учение о праве Г. Кельзена, обозначающее рубеж между классическим и современным юридическим позитивизмом. Анализ причин такого кризиса проводится с учетом выделенных К. Шмиттом типов правового мышления, на основе которых могут быть выделены нормативистская, децизионистская и институциональная модели действительности правопорядка.

Исследование современных доктринальных моделей действительности и действенности права предполагает обращение к трудам представителей естественно-правового подхода (Р. Дворкина,

Дж. Финниса, Р. Алекси и др.), юридического позитивизма (Г. Кельзена, Г. Харта, Е. В. Булыгина, О. Вайнбергера, Н. МакКормика, О. Пферсманна и др.), в частности, правового реализма (А. Росса, М. Тропера, Э. Паттаро, Э. Фиттипальди и др.). Необходимо уточнить соотношение юридического позитивизма, правового реализма, антиметафизической традиции. Для этого нуждаются в осмыслении причины и последствия реалистического поворота в юридическом позитивизме. Изучение существующих теоретических моделей включает в себя экспликацию понятия, оснований и соотношения действительности и действенности права в рамках правовых концепций, разработанных представителями современного юридического позитивизма и естественно-правового подхода, а также предполагает оценку данных моделей и выявление их актуальных теоретически значимых моментов.

Систематизация существующих теоретических моделей действительности и действенности права нуждается в системе критериев, позволяющих осуществить такую систематизацию. Очевидно, такие критерии могут использоваться отдельно и в определенном сочетании, для того чтобы исчерпывающим образом классифицировать доктринальные модели, образующие предметную область нашего исследования. Отдельное внимание уделяется оценке объяснительных возможностей, имеющихся в методологическом арсенале данных подходов, проблемам оснований действительности и действенности как внутригосударственного, так и международного права, выявляются их возможные методологические ограничения.

Конструирование целостной теоретической модели действительности, действенности и легитимности права необходимым образом должно учитывать теоретически значимые моменты, проработанные конкурирующими естественно-правовым и юридико-позитивистским подходами. Разработка такой модели возможна на основе правовой онтологии, интегрирующей идеально-нормативный (ценностный), психический и поведенческий аспекты бытия права, и включает поиск методологических принципов, делающих искомую интеграцию возможной. Поиску такой модели, ее методологических оснований, проверке ее прикладных возможностей посвящено наше исследование.

Глава 2
Проблема действительности и действенности права в классической школе естественного права и классическом юридическом позитивизме

В философии права сложились два основных подхода к проблеме действительности и действенности права, определяющих современное состояние исследований в данной области. Естественно-правовой подход обосновывает действительность права, используя ссылки на внеправовые основания, связывая действительность с соответствием права какому-либо моральному стандарту, объективным моральным принципам и т. п.; вопросы действенности права зачастую остаются за рамками внимания данного подхода. Юридический позитивизм ищет основания действительности права, не выходя за пределы сферы юридического, призывая к отказу от метафизики, обращаясь к вопросам специфики принуждения в праве, разграничения права и морали; в центре внимания представителей юспозитивизма находятся вопросы действенности, эффективности права. Именно в рамках юридико-позитивистского подхода разворачивается центральная дискуссия о соотношении действительности и действенности права и на основании разнообразных методологических предпосылок создаются соответствующие теоретические модели. О подходах, сложившихся в классическом юснатурализме и классическом юспозитивизме, пойдет речь в данной главе.

§ 1. От Античности до Канта: действительность права в классических естественно-правовых теориях

1.1. Классификация естественно-правовых систем

Продолжительная история развития естественно-правовых концепций неизбежно ставит перед исследователем вопрос об их классификации. Для большинства целей, связанных с обзором соответствующих концепций, в ее основу кладется хронологический принцип — разделение естественно-правовых учений на античные, средневековые и учения Нового времени (иногда также выделяются учения возрожденного естественного права и/или современные естественно-правовые учения)[1]. Вместе с тем для

[1] См., напр.: *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Общая теория права. СПб., 2017. С. 39–43.

исследования проблемы действительности права в естественно-правовых концепциях указанная классификация представляется недостаточной.

В научной литературе, посвященной естественно-правовым учениям, предпринимались попытки построить классификацию естественно-правовых учений на основании содержания данных теорий. Так, Е. В. Спекторский, обсуждая естественно-правовые системы новаторов, разделял естественно-правовые теории на логические (отождествляемые с системой Лейбница), деонтологические (в которых естественное право отождествлялось со справедливостью) и онтологические (в которых естественное право отождествляется с фактически существующим, с естественными закономерностями)[2]. Использование такой классификации проблематично: во-первых, не вполне ясно ее точное основание, а во-вторых, представляется, что большинство естественно-правовых теорий сложно отнести к деонтологическим или онтологическим[3].

По нашему мнению, наиболее целесообразны классификации с точки зрения двух критериев: 1) соотношения естественного и позитивного права; 2) источника[4] естественного права.

Вопрос о соотношении естественного и позитивного права для каждой естественно-правовой концепции является принципиально важным, если не сказать ключевым. Здесь возможны два вида концепций:

— монистическая, согласно которой позитивное право имеет основание в естественном праве и, соответственно, может рассматриваться как часть его системы;

---

[2] *Спекторский Е. В.* Проблема социальной физики в XVII столетии: в 2 т. Т. 2. СПб., 2006. С. 50–63.

[3] См. обзор и критику иных «содержательных» классификаций естественно-правовых концепций: *Четвернин В. А.* Современные концепции естественного права. М., 1988. С. 32–35. Классификация, предложенная самим В. А. Четвертниным (деление естественно-правовых теорий на шесть направлений: теологическое, объективистское, неокантианское, трансцендентальное, экзистенциалистское и психоиррационалистическое (Там же. С. 36)), не может быть нами использована, поскольку, соответствуя цели исследования данного автора, отражает современные естественно-правовые концепции, но не всю историческую совокупность естественно-правовых учений.

[4] Термин «источник» в данном случае мы используем не в общепринятом смысле источника права, а в общем смысле указания на происхождение и основание соответствующей естественно-правовой системы.

— дуалистическая, согласно которой позитивное право и естественное право представляют собой две независимые нормативные системы.

По источнику естественного права соответствующие концепции подразделяются:

— на натуралистические (источником естественного права является природа);

— антропологические (источником естественного права является разум или природа человека);

— теологические (источником естественного права является божественная воля).

1.2. Античная философия права

Несмотря на то что современная формулировка проблемы действительности права относительно нова и во многом является продуктом противостояния юснатурализма и юридического позитивизма в XX в., сущностная связь данной проблемы с исследованием природы права позволяет нам проследить развитие соответствующих идей на протяжении всей истории европейской правовой мысли, начиная с самых древних концепций естественного права, сформулированных в рамках античной философии.

Особенности естественно-правовых концепций этого периода связаны с особенностями античного мировоззрения: мир воспринимался в его целостности, все земное и человеческое рассматривалось «в неразрывной связи и единстве с глобальными, космическими процессами», и учитывалось, что «знание о справедливости, законе и т. д. — часть знания о мире вообще, о космосе»[5].

Отправной точкой можно считать поэму «Труды и дни» (ок. 700 г. до н. э.) *Гесиода*. Используя образы богов и богинь, древнегреческий поэт обосновывает действительность человеческих законов и обычаев их соответствием моральным принципам, имеющим божественное происхождение[6]. В. С. Нерсесянц отмечает, что истоки такого представления можно встретить еще раньше, в трудах *Гомера*[7]. При этом трудно охарактеризовать данную концепцию как

---

[5] *Нерсесянц В. С.* Право и закон. М., 1983. С. 88.

[6] *Гесиод.* Труды и дни / пер. В. В. Вересаева // Эллинские поэты VII–III вв. до н. э. Эпос. Элегия. Ямбы. Мелика. М., 1999. С. 55–57.

[7] *Нерсесянц В. С.* Право и закон. С. 84–85.

теологическую, поскольку божественное и природное не разделяются. Также, например, *Гераклит* (544–483 гг. до н. э.), как отмечает В. С. Нерсесянц, рассматривает Зевса, огонь и логос как синонимы, как триединый исток закона[8]. Особенно ярко принцип естественного права отражает *Софокл* в «Антигоне» (442 г. до н. э.), где в поэтической форме признается, что поведение правителя не должно нарушать закон природы, закон богов; утверждается, что неписаный закон превыше писаного, уравниваются справедливость и законность/легитимность[9].

Впоследствии подобное обоснование действительности права подверглось критике со стороны *софистов* на основе утверждения морального релятивизма. Софисты подчеркнули отличие общественной морали и позитивных законов — как искусственных и произвольных в определенной степени — от законов естественных (законов природы), отказались от божественного обоснования и обратились к человеку[10]. Благодаря софистам позитивное право впервые было рассмотрено как продукт деятельности человека вопреки существовавшему ранее воззрению, что позитивное право дано людям богами, природой. Одной из центральных тем стало соотношение физиса (природы, реальности, бытия) и номоса (закона, обычая, договора), в частности спор о природе социальных норм, в котором можно обнаружить истоки будущей дискуссии о действительности права. О неоднородности воззрений софистов свидетельствует то, что они оказались по обе стороны этого спора. Единственным общим основанием для обеих сторон было то, что законы природы рассматривались как обладающие особой обязывающей силой: природа понималась как надлежащий источник предписаний по поводу поведения, фундаментальный источник истинной ценности. Нарушение законов природы неизменно приводит к естественной санкции, негативным последствиям, в то время как нарушение социальных норм само по себе не влечет таких последствий. Одна сторона утверждала,

---

[8] По мнению В. С. Нерсесянца, «к гераклитовской концепции восходят все те естественно-правовые доктрины Античности и Нового времени, которые под естественным правом понимают некое разумное начало» (Там же. С. 88–89).

[9] Подробнее см.: *Поляков А. В.* Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Правоведение. 2013. № 4. С. 27–29.

[10] «Поворот от объективно-божественного к субъективно-человеческому комплексу явлений и проблем был великой исторической заслугой софистов» (*Нерсесянц В. С.* Право и закон. С. 92).

что как человеческое изобретение социальные нормы, в том числе мораль, не обладают достаточным авторитетом, свойственным природе, и потому допустимо нарушать такие нормы[11]. Некоторые софисты рассматривали закон природы и даже естественную справедливость как право сильного, обращаясь за аналогией, например, к миру животных. Относящиеся к другой стороне спора мыслители полагали, что социальные (моральные) нормы в определенном смысле происходят из природы. Таким образом, общей для софистов чертой можно считать убежденность в превосходстве физиса над номосом.

В споре о социальных нормах *Протагор* (вероятно, самый известный из софистов) придерживается второй позиции, рассматривая право и мораль как явления, имеющие основания в мире природы, необходимые для выживания людей. Естественно-правовую концепцию Протагора можно считать антропологической и дуалистической. Природа человека признается источником гражданской добродетели (ἀρετή), понимаемой как справедливость, рассудительность, гражданская доблесть, благочестие[12]. Протагор указывает, что каждый человек по своей природе причастен к этой добродетели, но ее следует развивать, воспитывать, совершенствовать; она необходима для сосуществования людей, для их выживания[13]. Позитивное право не может быть рассмотрено как часть системы естественного права, поскольку представляет собой независимую систему, хотя она есть и следствие проявления и развития добродетели, с одной стороны, и средство развития добродетели — с другой[14]. Таким образом, Протагор разграничивает естественное и позитивное право. Несмотря на то что и естественное право относится к физису, и само по себе наличие добродетели связывается с природой человека, в конечном счете, проявляясь в позитивном праве, добродетель

---

[11] См. об этом: *Taylor C. C. W., Mi-Kyoung L.* The Sophists // Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive (Winter 2016 Edition) / ed. by E. N. Zalta. URL: https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/sophists/ (дата обращения: 20.04.2023).

[12] Справедливость, мудрость, благочестие и т. д. — части единой добродетели (*Платон.* Протагор. 329c–e). Здесь и далее при ссылках на работы Платона используется следующее издание: *Платон.* Избр. диалоги / пер. с др.-греч. С. К. Апта, Я. М. Боровского, Т. В. Васильевой, А. Н. Егунова, С. П. Маркиша, М. С. Соловьева, С. Я. Шейнма-Топштейн; вступ. ст. и комм. Л. Сумм. М., 2015.

[13] Там же. 322b–325a.

[14] Там же. 326c–d, 327c–d.

оказывается связанной именно с ним (т. е. с номосом), создавая независимую систему[15].

Такой разделительный тезис и релятивизм, характерные для учений софистов, могут ставить под сомнение возможность отнесения этого направления античной мысли к естественно-правовой традиции, и недаром реакция Платона на их идеи была столь критической. Вместе с тем, например, В. С. Нерсесянц полагает, что софисты внесли важный вклад в развитие этого направления. По мнению ученого, Протагор предложил, по сути, идею естественного права с изменяющимся содержанием, а политическую добродетель В. С. Нерсесянц рассматривает как естественную справедливость, мерой которой является человек и на которой основывается действительность позитивного права. Схожие идеи о естественной справедливости Нерсесянц находит у других софистов — Горгия, Гиппия, Антифонта[16]. С другой стороны, ряд софистов были настроены более радикально, утверждали, что содержание позитивного права определяется сильными в пользу своих интересов, и отвергали и моральное обоснование вообще, и принцип справедливости.

Сократ обосновывает действительность права с помощью стандарта универсальной справедливости. Мы можем судить об этом только по диалогам Платона, который очевидно разделял подход Сократа в этом отношении[17]. Для ответа на вопрос о необходимости повиноваться праву формулируется несколько принципов, которые отражены в диалоге Платона «Критон»: 1) ценить надо не просто жизнь, а жизнь хорошую, т. е. справедливую, — несправедливый поступок есть зло и позор для совершающего его; 2) обстоятельства не оправдывают дурные деяния; 3) не следует отвечать несправедливостью на несправедливость; 4) нельзя делать людям зло, пусть даже и в ответ, поскольку это также несправедливость; 5) если некто признал что-то справедливым, то это необходимо исполнять[18]. Исходя из этого, также дополнительно формулируются два конкретизирующих принципа, касающихся законов и государства: 1) соглашаясь

---

[15] См. подробнее: *Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В.* История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 20.

[16] *Нерсесянц В. С.* Право и закон. С. 93–95.

[17] Идеи, которые Платон вкладывает в уста Сократа в своих диалогах, одни ученые приписывают Сократу, другие — Платону, а третьи указывают на принципиальную невозможность определения авторства. Очевидно одно: Платон разделяет и одобряет эти идеи.

[18] *Платон*. Критон. 50b–52a.

проживать в государстве, человек соглашается соблюдать соответствующие законы; это также означает, что следует либо соблюдать законы, либо пытаться их изменить, поскольку Закон предлагает, а не грубо приказывает исполнять, и «надо либо его [Отечество, Государство] вразумлять, либо делать то, что оно велит, и если оно приговорит к чему-нибудь, то нужно претерпевать это спокойно»; 2) несоблюдение законов разрушает Закон и Государство, «и на войне, и на суде, и повсюду следует делать то, что велит Город и Отечество, или же вразумлять их, когда этого требует справедливость»[19].

Данные принципы поясняют стандарт универсальной справедливости, которому должны соответствовать законы. Соответствие законов этому стандарту обусловливает необходимость их соблюдать: если законы не являются грубыми командами и есть возможность их изменения; если законы дают возможность не соглашаться с ними, т. е. не проживать в данном государстве; если человек не предпринимает попытку изменить их так, чтобы они соответствовали справедливости, — то в такой ситуации их несоблюдение само будет являться несправедливостью и причинением зла, будет вредить душе и противоречить принципу хорошей жизни. При этом напрямую не формулируется принцип, согласно которому отсутствует обязанность повиноваться законам, нарушающим принцип универсальной справедливости, однако это, вероятно, косвенно подразумевается. Такой подход к естественному праву можно назвать дуалистическим, поскольку позитивное право предстает как независимая система, и антропологическим, поскольку принцип универсальной справедливости связывается с душой и «хорошей жизнью» человека.

При оценке ранней концепции Платона также важно учитывать различие между законами и их применением: закон может быть справедлив, а его применение — нет, но тем не менее следует подчиняться и несправедливым решениям, поскольку обратное приведет к анархии[20]. Более поздний период в учении *Платона*, пришедший на смену сократическому, характеризуется разделением чувственного мира и мира идей, что во многом стало следствием отрицания

---

[19] Платон. Критон. 50b–52a. — Эти принципы зачастую обозначают как «аргумент вреда», «аргумент согласия» и «аргумент почтения» (*Чалаби Б. Ф.* Законы и справедливость в сократических учениях Ксенофонта и Платона // Право и государство: теория и практика. 2014. № 5. С. 63).

[20] См. подробнее: *Hall J.* Plato Legal Philosophy // Indiana Law Journal. 1956. Vol. 31, iss. 2. Art. 1. P. 173.

позитивистских идей софистов. Позитивное право (законы) и естественное право (идея справедливости, справедливого государства) соединяются через разум, и первое должно быть укоренено во втором[21]. Естественное право служит для оценки законов, влияет на их обязательность, хотя позитивное право по-прежнему рассматривается как независимая система. Зрелая естественно-правовая концепция Платона является натуралистической: природа рассматривается как регулирующий принцип; утверждается, что закон может быть естественным в нормативном смысле[22].

Аристотель развивает идею справедливости в своих размышлениях о праве. Рассуждая о природе человека, мыслитель приходит к выводу, что человека отличает (от животных и божеств) способность различать добро и зло, справедливость и несправедливость, и это свойство, в свою очередь, является основой государства, закона и права. Стремление к государственному (политическому) общению — наиболее важному и имеющему своей целью наивысшее благо — признается естественным, проистекающим из природы человека[23]. Аристотель утверждает: «Понятие справедливости связано с представлением о государстве, так как право, служащее мерилом справедливости, является регулирующей нормой политического общения»[24]. В рамках государства право должно обеспечивать справедливость и поощрять добродетель, что необходимо для благоденствия и счастливой жизни всякого человека и предотвращения революций. Аристотель признает вынесение решений о том, что справедливо и полезно, одной из важнейших задач государства, без реализации которых невозможно его существование[25]. Хорошо устроенное и счастливое государство управляется наилучшим образом и потому имеет возможность пользоваться наибольшим счастьем, которое есть деятельность в добродетели и ее применение. Необходимыми для добродетели условиями признаются природа, привычка и разум; природа является предпосылкой возникновения

---

[21] См. об этом: *Fissell B. M.* The Justification of Positive Law in Plato // The American Journal of Jurisprudence. 2011. Vol. 56. P. 91.

[22] *Hall J.* Plato Legal Philosophy. P. 202.

[23] Это выражено в ставшей знаменитой фразе «человек по природе своей есть существо политическое» (*Аристотель*. Политика. 1253а). Здесь и далее при ссылках на работы Аристотеля (кроме «Риторики») используется следующее издание: *Аристотель.* Соч.: в 4 т. Т. 4 / пер. с др.-греч.; общ. ред. А. И. Доватура. М., 1983.

[24] Там же. 1253а.

[25] Там же. 1328а.

государства, а задача законодателя — обеспечить посредством воспитания (воспитания добродетелей) остальные условия для того, чтобы сделать государство достойным[26]. Для этого, в свою очередь, необходимо руководствоваться справедливостью, подразумевающей равенство для равных — источник сохранения и укрепления государства.

Идея справедливости в контексте обоснования действительности права раскрывается Аристотелем более подробно в «Никомаховой этике».

Справедливость (правосудность)[27] определяется как следование закону, как законность, связанная с общим благом и счастьем политического сообщества[28]. Исходя из этого, все определенное законодателем является законным, и такие определения признаются справедливыми (правом). Справедливость предстает как особая полная добродетель, добродетель не безотносительная, а относительно других лиц, существующая только по отношению к другому. Такая общая справедливость рассматривается как добродетель в целом. Однако Аристотель выделяет также несколько видов частной справедливости: распределительную, воздающую, меновую справедливость[29], — в рамках которых она рассматривается лишь как часть добродетели. Частная справедливость в любом ее виде также может быть уравнивающей (арифметическое равенство, справедливое равенство) и распределяющей (геометрическое равенство, пропорциональное неравенство, справедливое неравенство). Важно учитывать, что частная справедливость связана с законностью конкретного государства, относится к государственному праву, действующе-

---

[26] *Аристотель*. Политика. 1332a, 1332b.

[27] Термин dikaiosyne (ἡ δικαιοσύνη), который использует Аристотель, иногда переводится как справедливость, иногда как правосудие. Трудность перевода, как отмечает Л. В. Батиев, связана с тем, что этот термин — на это указывает сам Аристотель — имеет много близких значений, поэтому не так заметно, что мы имеем дело с одинаковыми словами, обозначающими разные понятия (*Батиев Л. В.* Закон и право в философии Аристотеля // Правоведение. 2004. № 3. С. 172).

[28] *Аристотель*. Никомахова этика. 1129b.

[29] Здесь мы воспользовались терминологией, предлагаемой Б. Н. Кашниковым (*Кашников Б. Н.* Этические содержание и смысл либеральных теорий справедливости: дис. … д-ра филос. наук. Рязань, 2005. С. 17–18). Л. В. Батиев предпочитает другую терминологию и классификацию: общая правосудность и частная правосудность (подразделяемая на два вида), а также справедливое равенство. Такой подход отражен в переводе Н. В. Брагинской (*Аристотель.* Никомахова этика / пер. с др.-греч. Н. В. Брагинской // Аристотель. Соч. Т. 4. С. 53–293).

му между свободными и равными членами полиса. Таким образом, справедливость обусловлена равенством и свободой.

В связи с темой данного исследования нас особо интересует разграничение правовой справедливости (νομικον δίκαιον) и естественной справедливости (φυσικον δίκαιον), которое применимо к праву и справедливости в государстве: «Государственное право[судие] частью естественно, частью — узаконено; оно естественно, если повсюду имеет одинаковую силу и не зависит от признания и непризнания [его людьми]; но если сначала не важно, так [поступать] или иначе, а когда это [уже] установлено — тогда важно, скажем, что [пленника] выкупают за одну мину или что в жертву приносят одного козла, а не двух баранов, то это узаконенное [справедливое]»[30]. Правовая справедливость (узаконенное правосудие) связана с позитивным правом, устанавливается человеком и не является универсальной, обеспечивается автономией права. Естественная справедливость связана с универсальным и неизменным естественным правом, происходящими из природы. Здесь важно учитывать, что, хотя право государства состоит из двух частей — естественного и позитивного, — только позитивное представляет собой продукт государства, имеет политическую природу, в то время как естественное выступает общим для всех и действует в рамках конкретного государства в случаях, не урегулированных позитивным правом, в случаях, когда позитивное право противоречит естественному (тогда естественная справедливость будет расходиться с правовой) и когда позитивное право соответствует естественному (естественная справедливость совпадает с правовой).

Естественная справедливость обеспечивается, согласно мысли Аристотеля, с помощью соответствия позитивного права естественному праву, а также с помощью воспитания добродетели через законы, обеспечивающие моральное воспитание и правовое принуждение к морали, а в конечном счете добродетельное государство, способное обеспечить наибольшую степень счастья людей.

Таким образом, Аристотель формулирует моральное обоснование действительности права с помощью понятия естественного права:

— несоответствие позитивных законов естественному праву влечет их недействительность;

— естественное право рассматривается как неписаное право, выводимое из природы и общее для всех: «Есть нечто справедли-

[30] *Аристотель*. Никомахова этика. 1134b.

вое и несправедливое по природе, общее для всех, признаваемое таковым всеми народами, если даже между ними нет никакой связи и никакого соглашения относительно этого»[31];

— естественное право предстает как неизменный и универсальный стандарт справедливости, как самостоятельная группа норм, обладающих обязывающей силой и стоящих над позитивным правом;

— несоответствие позитивных законов естественному праву оправдывает их несоблюдение.

Аристотель не разъясняет подробно, с чем связан примат естественного права, однако, исходя из его учения в целом, можно вывести два обоснования:

— действия человека должны соответствовать природе и не могут ей противостоять;

— конечные основания (причины) природы находятся в области божественного.

Хотя основы такого обоснования действительности права заложили Сократ и Платон, именно Аристотель впервые полно и подробно сформулировал основные положения, которые стали определяющими для всей естественно-правовой традиции. Естественно-правовая концепция Аристотеля, очевидно, является антропологической, поскольку идея справедливости выводится из природы человека. Зато классифицировать ее по критерию соотношения естественного и позитивного права сложнее: с одной стороны, эти две системы рассматриваются как в определенной степени независимые, с другой — действительность позитивного права обосновывается его соответствием естественному праву, а также указывается, что естественное право действует всегда (и когда нет позитивного закона, и когда закон противоречит естественному праву, и когда соответствует ему).

Особое влияние на развитие естественно-правовой традиции оказал Марк Туллий *Цицерон* (106–43 до н. э.). Его диалог «О законах» считается первым трудом по философии права в истории. Древнеримский философ вслед за Платоном и Аристотелем обосновывает действительность права с помощью понятия естественного права, однако трактует это понятие в духе воззрений

[31] *Аристотель*. Риторика. 1373b. Используется следующее издание: *Аристотель*. Риторика / пер. с др.-греч. Н. Платоновой // Античные риторики / под ред. А. А. Тахо-Годи. М., 1978. С. 15–164.

стоиков[32]. В качестве основания естественного права рассматривается набор универсальных моральных принципов, имеющих божественное происхождение и нашедших отражение в природе. Цицерон использует несколько различных терминов для обозначения естественного права: в некоторых работах lex naturae; в «О законах» просто lex, а также термин ius naturae, который обозначает одновременно естественное право и естественную справедливость, поскольку, согласно концепции мыслителя, первое является условием второй.

Естественное право предстает как вечное, неизменное и универсальное, не требующее формулировки или признания, открывающееся непосредственно разуму каждого человека, как единственный источник справедливости и стандарт действительности позитивного права и обычая — naturae norma. Вклад Цицерона в развитие естественно-правовых идей заключается в том, что происхождение естественного права рассматривается как божественное и человеческое по своей природе: «Нас к этому приводит сам разум природы, который есть закон божеский и человеческий… ему будут повиноваться все те, кто захочет жить по велению природы»[33]; «Закон [естественное право] есть сила природы, он — ум и сознание мудрого человека, он — мерило права [справедливости (ius)] и бесправия [несправедливости (iniuria)]»[34]; «Истинный закон — это разумное положение, соответствующее природе, распространяющееся на всех людей, постоянное, вечное, которое призывает к исполнению долга, приказывая, запрещая, от преступления отпугивает… на все народы в любое время будет распространяться один извечный и неизменный закон, причем будет один общий как бы наставник и повелитель всех людей — бог, создатель, судья, автор закона. Кто не покорится ему, тот будет беглецом от самого себя и, презрев человеческую природу, тем самым понесет

---

[32] См. об этом: *Asmis E.* Cicero on Natural Law and the Laws of the State // Classical Antiquity. 2008. Vol. 27, no. 1. P. 2; *Alonso F. H. L.* Cicero and Natural Law // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie = Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 2012. Vol. 98, no. 2. P. 158.

[33] *Марк Туллий Цицерон*. Об обязанностях. III, V, 23. Здесь и далее при ссылках на работы Цицерона используются следующие издания: *Цицерон*: 1) О старости. О дружбе. Об обязанностях / пер. с лат. В. О. Горенштейн; отв. ред. С. Л. Утченко. М., 1974; 2) Диалоги. О государстве. О законах / пер. с лат. В. О. Горенштейн; отв. ред. С. Л. Утченко. М., 1966.

[34] *Марк Туллий Цицерон*. О законах. VI, 19.

величайшую кару…»[35]. Цицерон определяет естественное право как силу природы — naturae vis. В соответствии с концепцией Цицерона, природа предстает не только как источник естественного права, но и как сила, обеспечивающая его соблюдение, в том числе даже путем наказания за несоблюдение. Сила природы рассматривается Цицероном как разумная сила и, по сути, является той же разумной силой, что и естественное право[36], направляющее человека к справедливости и добродетели. В таком случае право как сила природы — это сила, упорядочивающая созидательный процесс природы с помощью приказов и запретов, или иначе, подобно учению стоиков: право — это разум, рассмотренный как приказывающая и запрещающая сила; природа — это разум, рассмотренный как созидательная сила; бог — это разум, рассмотренный как правитель мира[37].

Таким образом, в текстах Цицерона можно встретить три возможные версии естественного права: божественную, природную и рационалистическую, — что связано с пантеистическим принципом стоицизма, согласно которому Бог, Природа и Разум являются одним и тем же[38]. Из этого следует, что Бог выступает законодателем и судьей в отношении естественного права, которое неотъемлемо присуще самой природе человека, а потому его несоблюдение будет отрицанием самой человеческой природы. Природа, из которой проистекает естественное право, не рассматривается Цицероном, в отличие от его философских предтеч, как предшествующий человеку и независимый от него объективный порядок. Напротив, утверждается, что в конечном счете источником норм естественного права становится не только внешняя метафизическая сущность, но и разум человека, который как независимый законодатель фиксирует и раскрывает их в сознании человека: «Закон [lex]… есть заложенный в природе высший разум [ratio summa insita in natura], велящий нам совершать то, что совершать следует, и запрещающий противоположное. Этот же разум, когда он укрепился в мыслях человека и усовершенствовался, и есть закон»[39]. Исходя из этого, невозможно охарактеризовать концепцию Цицерона по источнику естественного права.

---

[35] *Марк Туллий Цицерон*. О государстве. XXII, 33.

[36] *Asmis E.* Cicero on Natural Law and the Laws of the State. P. 9.

[37] Ibid. P. 8.

[38] *Alonso F. H. L.* Cicero and Natural Law. P. 161.

[39] *Марк Туллий Цицерон*. О законах. VI, 18.

Вопрос о соотношении позитивного и естественного права также неоднозначен. Отмечается, что существуют три варианта интерпретации идеи Цицерона: 1) вслед за Платоном позитивное право рассматривается как имитация, приблизительное отражение естественного права; 2) позитивное право предстает как воплощение или актуализация естественного права; 3) предлагаемая Цицероном концепция законов тождественна естественному праву, поскольку тот полагает источником законов не естественное право, а саму природу[40]. Представляется, что Цицерон все же четко разграничивает естественное и позитивное право, и первое предстает как стандарт[41] для второго, несоответствие которому влечет недействительность[42].

Свой вклад в естественно-правовую традицию внесли впоследствии знаменитые *римские юристы* классического периода (II–III вв. н. э.). Их воззрения можно назвать монистическими и натуралистическими. Интересно, что естественное право рассматривалось не только как принцип или основание позитивного права, а как составная часть системы действующего права[43]. Возникает и закрепляется идея разделения права на части (хотя и взаимосвязанные), такие как естественное право, цивильное право, право народов. Важным понятием для римских юристов становится aequitas как специфическая справедливость, подразумевающая равенство, соразмерность, правильность: «Aequitas была выражением естественно-правовой справедливости, она служила масштабом для критики существующего права, руководящим ориентиром в правотворчестве (юристов, преторов, сената, да и других субъектов правотворчества), максимой при толковании и применении права»[44]. Наиболее полное представление о естественно-правовой концепции римских юристов этого периода мы можем получить благодаря Своду Юстиниана, не-

---

[40] *Asmis E.* Cicero on Natural Law and the Laws of the State. P. 1–2.

[41] «…мерило (*regula*) права (*ius*)…» (*Марк Туллий Цицерон*. О законах. VI, 19).

[42] «…те люди, которые составили для народов постановления пагубные и несправедливые, нарушив свои обещания и заявления, провели все что угодно, но только не законы…» (Там же. V, 11).

[43] В. С. Нерсесянц выражает это так: «Под правом (ius) имелось в виду право вообще, охватывающее как право естественное (ius naturale), так и все то, что в последующей истории правовых учений (но не в самой римской юриспруденции) начали называть позитивным (или положительным) правом: обычное право, закон (lex), эдикты магистратов, решения сената (сенатусконсульты), право юристов, установления принцепсов, конституции императоров и т. д.» (*Нерсесянц В. С.* Право и закон. С. 162).

[44] Там же. С. 166.

смотря на то что там закрепляется уже не монистическая натуралистическая, а монистическая теологическая естественно-правовая концепция, знаменуя переходный период от Античности к средневековым воззрениям.

Многие идеи естественного права, сформулированные еще римскими юристами, были гораздо позднее — в VI в. — закреплены в «Corpus iuris civilis» *Юстиниана*, который впоследствии оказал значительное влияние как на континентальные правовые системы, так и на средневековое каноническое право. В Своде Юстиниана закрепляется понятие естественного права (ius naturale) в следующем виде:

— естественное право является универсальным, вечным, неизменным, установленным божественным провидением (Inst. 1.2.11)[45];

— естественное право распространяется на всех живых существ, не только людей; «естественное право — это то, которому природа научила все живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным…» (Dig. 1.1.1.3);

— выделяется часть естественного права, которая регулирует только взаимоотношения между людьми; «право народов (ius gentium) — это то, которым пользуются народы человечества; можно легко понять его отличие от естественного права: последнее является общим для всех животных, а первое — лишь для людей (в их отношениях) между собой»; это право, «которое естественный разум установил между всеми людьми, соблюдается у всех одинаково» (Dig. 1.1.9);

— три предписания права перекликаются с принципами Платона: жить честно (honeste vivere), не чинить вред другому (alterum non laedere), каждому воздавать то, что ему принадлежит (suum cuique tribuere) (Dig. 1.1.10.1)[46];

— естественное право является моральным стандартом действительности, несоответствие которому влечет недействительность;

— естественное право всегда является справедливым (aequum, в соответствии с понятием справедливости как соразмерности, обозначаемым aequitas) и добрым (Dig. 1.1.11).

---

[45] Здесь и далее при ссылках на Дигесты Юстиниана используется следующее издание: Дигесты Юстиниана. Т. 1: Кн. I–IV / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2002. При ссылках на Институции Юстиниана используется следующее издание: Институции Юстиниана / пер. с лат. Д. Расснера; под ред. Л. Л. Кофанова, В. А. Томсинова. М., 1998.

[46] В ином переводе также: «Предписания права суть следующие: честно жить, ближнего не оскорблять, воздавать каждому свое» (Inst. 1.1.3).

Таким образом, в Своде Юстиниана мы обнаруживаем монистическую теологическую естественно-правовую концепцию: естественное право установлено божественным провидением и представляет собой сложную систему, частью которой можно считать и позитивное право, поскольку его действительность основывается на соответствии положениям естественного права.

Исходя из вышеизложенного, выделим характерные черты античного понимания проблемы действительности права.

В трудах античных мыслителей эта проблематика связана прежде всего с поиском ответа на вопрос о природе права и свойствах мира вообще, с вопросом о природе и возможности познания реальности.

Большинство античных правовых концепций являются натуралистическими или антропологическими с акцентом на природу человека, зачастую их непросто классифицировать однозначно, поскольку мир рассматривается в его целостности, силы природы обожествляются, подчеркиваются естественные свойства человека.

Разграничиваются физис и номос, законы природы и социальные нормы. Это разграничение может соответствовать либо не соответствовать разграничению между естественным и позитивным правом.

Центральную роль занимает понятие справедливости (Δίκη, aequitas). Естественное право предстает как стандарт или принцип справедливости, который является основанием действительности позитивного права.

1.3. Естественно-правовая философия Средних веков и Нового времени

Переход от античного, языческого мира к христианской эпохе[47] стал истинной революцией, заложившей фундамент будущего развития

[47] Несмотря на то что вопрос о том, какой «образ» принял юснатурализм под влиянием восточного христианства, здесь подниматься не будет, отметим один важный момент: если фундаментом развития католического мира той эпохи стал дуализм auctoritas и potestas, власти светской и церковной, то в случае восточной церкви это не так, или не совсем так. На Востоке империя поглощает церковь, и тем самым дуализм, давший импульс развитию западного юридического мышления, снимается. Современный итальянский исследователь Паоло Проди пишет: «Все разработки, касающиеся естественного права, должны были быть заново приведены к единообразию правового порядка, вершиной которого становится император как гарант этого совпадения человеческого и божественного закона». Наиболее ярко монизм божественного и человеческого виден на примере

правовой мысли в Европе[48]. Христианство несло с собой глобальные мировоззренческие изменения, вместе с ним начался совершенно новый мир, радикально отличающийся от прежнего языческого. Дух отделяется от природы, время вытягивается в линию, на вершине иерархии блага возникает единый Бог, милостивый и творящий суд[49]. Произошло изменение и в содержании справедливости, блага, добродетели, естественного права. Как полагает Е. В. Спекторский, ссылаясь на Грациана, основным источником справедливости в христианском мире стали установления Ветхого и Нового Завета[50], а не природа, как это было в Античности[51].

Если принять такую точку зрения, то говорить о «естественном» законе в ту эпоху можно лишь с некоей долей условности, ведь подлинным его источником становится уже не природа как таковая, но лишь Бог. Тем не менее понятию естественного права нашлось место и в христианском мировоззрении.

Наступление христианской эры в истории европейских народов, несмотря на произошедшие глобальные перемены, не означало то-

---

преступлений против веры (отступничества), которые в ситуации Восточной империи становились преступлениями против власти. «Перед нами не просто проблема гражданства: это выбор между добром и злом, между светом разума и власти и тьмой безумия и дьявола. Положения позитивного права и этические и церковные предписания полностью совпадают друг с другом, и furiosus, или бесноватый, последователь сатаны — это тот, кто противится принудительному закону, сражающемуся не просто с деликтом или преступлением, но со злом» (*Проди П.* История справедливости: от плюрализма форумов к современному дуализму совести и права. М., 2017. С. 36).

[48] См., напр.: *Павлов В. И.* Проблемы теории государства и права. Минск, 2017. С. 21; *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. Н. Р. Никоновой, Н. Н. Деева. М., 1994. С. 41.

[49] Там же.

[50] Именно с этим правовед связывает то, что Грациан распространяет действие естественного права только на человеческие отношения. Наряду с данной, условно «антропоцентричной», традицией естественного права, берущей начало в трудах Аристотеля, имелась и иная традиция распространения естественного права на все живое в принципе. Последняя чаще всего ассоциируется с Ульпианом, хотя последнее и спорно. См. об этом: *Шершеневич Г. Ф.* История философии права. 2-е изд. СПб., 1907. С. 119.

[51] *Спекторский Е. В.* Проблема социальной физики в XVII столетии. Т. 2. С. 64. Отличия, впрочем, нивелировались тем, что содержательно естественный закон не изменился, так как, в частности, для его иллюстрации Юстиниан и Грациан использовали одинаковые примеры. Кроме того, сам Юстиниан оправдывал естественное право еще и divina providentia.

тального отказа от античного наследия. Это в равной мере верно как для патристики, так и для схоластики, и концепция естественного права была, без всяких сомнений, позаимствована христианскими авторами именно оттуда[52]. Однако характер и содержание естественного права меняются; кроме того, возникают новые юридические категории: божественный и вечный законы.

Ни Августин, ни Исидор Севильский, ни иные христианские авторы не могли избежать вопроса о соотношении божественного и естественного законов. Как указывалось выше, разделение прежде единого мира на природу и дух, проведение четкой границы между сверхъестественным и естественным требовали ответа на вопрос об их соотношении. В случае юридической мысли этот вопрос трансформировался в вопрошание о соотношении между собой естественного и божественного законов. Именно эта проблема кажется фундаментальной для анализа основания действительности права в ту эпоху.

Может показаться, что в силу общности веры и строгого следования церковному преданию на протяжении всех Средних веков христианская католическая мысль была единой и непротиворечивой в вопросах об основаниях действительности права, о содержании естественного права и его соотношении с позитивным и божественным правом. Однако это не совсем так: христианские богословы отвечали на данные вопросы по-разному, хотя проследить общую линию не представляет серьезных затруднений.

Так, знаменитый медиевист Э. Жильсон справедливо полагает, что позиция христианских авторов относительно диады «добродетель — порок», фундирующей правовые воззрения той эпохи, является общей как для патристики, так и для схоластики[53]. Причем позиция эта свидетельствует как раз о том, что христианские авторы кое-что заимствовали из юридико-этической мысли Античности.

---

[52] На воззрения христианских авторов повлияли неоплатонизм, стоическая философия и в конечном счете аристотелизм. Например, Г. Дж. Берман связывает упор Грациана на естественное право и разум отчасти с влиянием на него Стои (см. об этом: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. С. 148). Здесь следует иметь в виду, что Грациан во многом опирается на труды мыслителей эпохи патристики, в частности на Исидора Севильского, который еще не различал достаточно четко понятия естественного и божественного законов, что обнаруживается в период расцвета схоластики.

[53] *Жильсон Э.* Дух средневековой философии / пер. с фр. Г. В. Вдовиной. М., 2011. С. 414.