

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-3-564-581>

Научная статья

Эволюция правопонимания в западной философии

А.В. Зырянов¹, А.Н. Бабенко²

¹ Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск, Российская Федерация

² Третий арбитражный апелляционный суд, г. Красноярск, Российская Федерация

zav-nauka@mail.ru

Аннотация. Посвящена анализу исследовательских подходов к правопониманию в западной философии, начиная с древнегреческого периода и заканчивая 2-й половиной XX века. Целью работы является формирование комплексного представления об исторически изменяющихся типах понимания права (в частности, рассматриваются такие направления, как натурализм, морализм, традиционализм, нормативизм, позитивизм, социологизм, реализм), каждый из которых раскрывается в трех аспектах: факторы становления; сущность; критика. Работа выполнена в рамках современной научной парадигмы предполагающей учет множественности, взаимодополнительности и междисциплинарности подходов к исследованию окружающего мира. В контексте методологии эволюционизма обращается внимание на условия многообразия, «наследственности» и «мутации» существующих и существовавших видов философских воззрений относительно природы и сущности права. В результате исследования правовых позиций таких мыслителей, как Платон, Аристотель, Цицерон, Фома Аквинский, Гроций, Суарес, Пуфендорф, Коук, Хейл, Блекстоун, Гоббс, Бентам, Кант, Остин, Кельзен, Харт, Раз, Дворкин, Феннис, Росс, Ллевеллин, предпринята попытка демонстрации эволюции философской рефлексии относительно факторной трансформации общественно-государственной реальности, что способствует «сшиванию материи» западных представлений о правовой действительности. Область применения результатов проделанной работы соотносится со спектром интересов ученых и профессиональных субъектов политико-правовой сферы, заинтересованных в объективизации знания о традиционных основах европейского правопонимания, проявляющих себя в современной правореализационной практике. Можно сделать вывод, что от возникновения парадигм философии права, знаменующих собой «адаптацию» к проблемам современной эпохи, в конечном счете, будет зависеть то, как право и правовые институты будут пониматься и развиваться в будущем.

Ключевые слова: философия права, правопонимание, европейская традиция, закон, мораль, естественное право, государство, позитивизм, социальное регулирование, статут, общее право, практика

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Информация о вкладе авторов: Зырянов А.В., Бабенко А.Н. — концепция исследования, анализ полученных данных, написание текста.

Дата поступления в редакцию: 5 апреля 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2022 г.

© Зырянов А.В., Бабенко А.Н., 2022



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

Для цитирования:

Зырянов А.В., Бабенко А.Н. Эволюция правопонимания в западной философии // RUDN Journal of Law. 2022. Т. 26. № 3. С. 564—581. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-3-564-581>

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-3-564-581>

Research Article

Evolution of legal understanding in Western philosophy

Aleksey V. Zyryanov¹  , Andrey N. Babenko²

¹ South Ural State University, *Chelyabinsk, Russian Federation*

² The third arbitration appeal court, *Krasnoyarsk, Russian Federation*

 zav-nauka@mail.ru

Abstract. The article is devoted to the analysis of research approaches to legal understanding in Western philosophy, starting from the ancient Greek period and ending with the second half of the 20th century. The aim of the work is to form a comprehensive understanding of the historically changing types of comprehending law (including, such areas as naturalism, moralism, traditionalism, normativism, positivism, sociology, and realism) revealed in three aspects: formation factors, essence and criticism. The work was carried out within the framework of the modern scientific paradigm, which implies taking into account the plurality, complementarity and interdisciplinarity of approaches to the study of the surrounding world. In the context of evolution methodology, attention is drawn to the conditions of diversity, «heredity» and «mutation» of existing and existed types of philosophical views regarding the nature and essence of law. As a result of the study of the legal positions of such thinkers as Plato, Aristotle, Cicero, Thomas Aquinas, Grotius, Suarez, Pufendorf, Coke, Hale, Blackstone, Hobbes, Bentham, Kant, Austin, Kelsen, Hart, Raz, Dworkin, Fennis, Ross, and Llewellyn, an attempt was made to demonstrate the evolution of philosophical reflection on the factorial transformation of social and state reality, which contributes to “stitching of matter” of Western ideas about legal reality. The area of research implication correlates with the range of interests of scientists and professional subjects of the political and legal sphere interested in objectifying knowledge about the traditional foundations of European legal understanding, which manifest themselves in modern law enforcement practice. It can be concluded that the emergence of philosophy of law paradigms, which signifies “adaptation” to the challenges of the modern era, will ultimately determine how law and legal institutions will be understood and developed in the future.

Key words: philosophy of law, legal understanding, European tradition, law, morality, natural law, state, positivism, social regulation, statute, common law, practice

Conflict of interest. The authors declare no conflict of interest.

Authors' contribution: *Zyryanov A.V., Babenko A.N.* — research concept, analysis of the data obtained, text writing.

Article received 5th April 2022

Article accepted 15th July 2022

For citation:

Zyryanov, A.V., Babenko, A.N. (2022) Evolution of legal understanding in Western philosophy. *RUDN Journal of Law*. 26 (3), 564—581. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2022-26-3-564-581>

Введение

Право как средство управления человеческими сообществами восходит, по меньшей мере, к 3000 году до н.э. в Древнем Египте, устойчивые и систематические философские размышления о его природе, о которых сохранились свидетельства, начались только в конце V века до н.э. в Древней Греции и близлежащих районах Средиземноморья, вскоре после рождения западной философии. С этого момента можно проследить более или менее непрерывную историю такой рефлексии вплоть до наших дней. Как и в случае с историей философии в целом, на протяжении веков можно наблюдать изменения не только в выдвигаемых теориях, но и в центральных вопросах права, на которые должны были ответить эти теории.

Хотя каждая философская теория отчасти является продуктом времени, места и культуры, в которых она развивается, философия права является узкоспециальной в дополнительном смысле. Философские размышления о природе права не только очень часто формируются политикой времени и места того или иного теоретика, но и осуществляются с учетом специфики правовой системы и правовой культуры. Последнее обстоятельство имеет важное значение, так как виды правовых систем в Европе и англоязычном мире сильно различались на протяжении тысячи лет. Хотя форма и структура этих систем не могут быть подробно рассмотрены здесь, тем не менее, следует отметить, что качественное понимание каждой из основных теорий и текстов в истории философии права требует некоторого знакомства с правовыми системами городов и государств, в которых развивалась данная теория.

Например, центральным элементом правовой системы Афин был представительный законодательный орган — экклесия, в которой обсуждались и разрешались самые разнообразные политические споры по статуту, в то время как судебная система была, хотя и важной, но очень примитивной по современным стандартам (она регулировалась в основном обычными процессуальными нормами и управлялась обычными гражданами, поскольку в тот период не было судей, адвокатов или других юристов). В результате Аристотель теоретизировал о праве, прежде всего, по образцу общих правил действия, принятых законодательством и подлежащих пересмотру прямым голосованием или другими плебисцитарными средствами. Если взять другой пример, то начиная с XVII века многие британские (а позднее и другие англоязычные) философы права отстаивали центральное значение судебных институтов для самого существования правовой системы и обсуждали идею юридического рассуждения как особого рода совещательной деятельности. В последнее время все большее внимание уделяется смежному вопросу о том, как правильно толковать язык закона. Некоторые теоретики, начиная с начала XX века, даже находили плодотворным размышлять о природе

права прежде всего с точки зрения юристов-профессионалов, таких как судьи или адвокаты. Это развитие, несомненно, должно быть, по крайней мере частично, объяснено тем фактом, что эти теоретики размышляли о праве почти исключительно в рамках развитого общего права те правовые системы, которые существуют во всем англоязычном мире (а теперь и за его пределами), в которых специально подготовленные юристы отстаивают интересы клиентов в суде и в других местах и в которых судьи часто играют квазизаконодательную роль в разработке правовых норм в форме прецедентов, которые являются обязательными для последующих судов для целей решения будущих дел.

Таким образом, взгляды на природу права в конкретный исторический период часто зависят от ответов на фундаментальные философские вопросы, например, касающихся основ морали, справедливости; природы человеческих действий и намерений; отношений между социальными практиками и ценностями; природы знания и истины; и обоснования политического правления. Качество этих ответов демонстрирует особенность существующей парадигмы гуманитарного знания, ее динамику, что актуализирует исследование аспекта эволюции правопонимания на основе философских концепций.

Основная часть

В контексте проблемы становления философской проблемы правопонимания надо отметить, что абстрактное понятие закона признается, хотя и не обсуждается, в поэмах Гомера и Гесиода в VIII—VII веках до н.э., в греческой истории и литературе в VI—V веках до н.э. Представляется, что первое изложение идеи о праве, которая имела непреходящее влияние на Западе — это то, что закон — это своего рода команда или запрет в отношении того, что ее субъекты должны делать, и что закон часто сопровождается, по крайней мере, угрозой наказания или принуждения со стороны государства (Blackburn, 2009).

Геродот (род. ок. 484 г. до н.э.) в своей *Истории* греко-персидских войн упоминает, как спартанский царь заметил царю Персии, что греки «свободны, но не совсем свободны; закон — их господин, которого они боятся гораздо больше, чем ваши люди боятся вас. Они делают все, что он велит». Историк Ксенофонт (живший примерно между 430—350 годами до н.э.) приводит слова Перикла, в которой тот заявляет, что «какой бы ни была суверенная власть государства, жизнь в нем направляет совещательный результат многих — «закон» и отрицает, что факта принуждения со стороны тирана достаточно, чтобы явится «законом».

Но именно Платон (428/427—348/347 гг. до н.э.), писавший во время упадка Афинской империи, первым выдвинул философские претензии на природу права. Соответствующий греческий термин, *nomos*, широко варьировался по значению в разных контекстах, часто просто ссылаясь на конвенцию или практику. Но ко времени Платона он приобрел более специфический смысл статута или провозглашенной или написанной директивы, устанавливающей стандарт человеческих действий.

Платоновский диалог «*Критон*» является источником нескольких устойчивых идей в философии права, таких как то, что закон по своей природе

претендует на власть над своими субъектами и что само отношение между законом и его субъектами каким-то образом порождает обязанность повиновения. Более поздняя работа Платона содержит разрозненные ссылки на право, но не может сформулировать прочную философию права в современном смысле; то, что считается его последней работой — «Законы», содержит много конкретных предложений по реформированию законов своего времени, но любопытно, что не затрагивает более широких философских вопросов (Plato, 2010).

Спустя время ученик Платона Аристотель (384—322 гг. до н.э.) дал более систематическое выражение ряду влиятельных идей о праве. Аристотель сказал, что люди — это «политические животные», имея в виду, что они естественным образом организуются в различные виды сообществ, самым крупным из которых является город, или город-государство (*полис*). Города характеризуются своей «политеей», слово, которое относится к любому общему способу организации большого человеческого сообщества. Закон, как говорил Аристотель, есть «своего рода порядок» и, таким образом, обеспечивается всеобъемлющая система правил и институтов, посредством которых формируется общество. Закон (например, статут) по своей природе универсален по форме: это стандарт поведения, который применяется в целом в отношении, как классов лиц, так и типов поведения, которые он регулирует. Из-за своей универсальной природы закон может иногда не применяться или применяться только неопределенно к новому случаю, непредвиденному законодателем. Проблема здесь, по словам Аристотеля, заключается не в законе или отсутствии предусмотрительности законодателя, а скорее в «природе дела», в таких случаях требуется корректирующее действие, которое он назвал «справедливостью».

Хотя многие аспекты древнегреческой культуры продолжали оказывать влияние на всю Римскую Империю начиная с I века до н.э., право не было одним из них. Римляне создали новые правовые формы и институты, а также первых юристов-профессионалов и администраторов. Римские юристы разработали первую форму того, что позже будет названо «юридической наукой», и на службе этой дисциплины был изобретен новый жанр юридической письменности, в котором юристы собирали и систематизировали римское право в соответствии со сложными таксономиями. Эта практика достигла кульминации в Сборнике (*Digesta*), собранном Византийским императором Юстинианом I (правил 527—565 гг. н.э.), труд которого в конечном итоге послужил основой многих современных правовых систем Западной Европы. Но в то время как греческое право утратило свое влияние, греческое наследие в философии права должно было сохраниться в течение нескольких столетий, проходя через Средние века, в течение которых было много усовершенствований и расширений греческих тем и идей, особенно в рамках христианской традиции.

Римский юрист и философ Цицерон (106—43 гг. до н.э.) сформулировал первую целостную концепцию того, что называется «естественным правом». Хотя Цицерон был практикующим юристом и разбираются в положительных (принятых человеком) законах Римского государства, он стремился понять их относительно объективной нравственной истины, которую он также назвал «законы» (таким образом, закладывается тенденция многих писателей до наших

дней сослаться на вечные нравственные истины как «законы природы»). В своей работе *«De republica» («о республике»)* он, повторяя Софокла, утверждал, что: «истинный закон — это правильный разум, в согласии с ним свернуть этот закон нечестиво, изменить его незаконно, отменить его невозможно... и это не будет один закон в Риме и другой в Афинах, но один и тот же закон, вечный и неизменный» (Plato, 2010).

Эта более емкая концепция права устанавливала довольно строгие моральные условия, которым должен соответствовать предполагаемый позитивный (созданный человеком) закон, чтобы квалифицироваться как реальный закон: «те, кто формулировал злые и несправедливые законы для наций, нарушая тем самым их обещания и соглашения, вводили в действие все, что угодно, кроме „законов“».

Идея Цицерона о том, что существуют моральные критерии для определения истинности позитивного права, приобрела популярность в последующие столетия. Более позднее краткое утверждение Августина Гиппона (354—430 гг. н.э.) о том, что «несправедливый закон вовсе не является законом», на протяжении веков служило своего рода лозунгом традиции естественного права, несмотря на утверждения некоторых критиков, что оно было неясным или противоречивым.

Теория естественного права была впервые систематизирована христианским философом Фомой Аквинским (1224—1274 гг.). Он определял закон отчасти как «постановление разума» — то есть предписание, которое одновременно производится (законодателями) и на которое реагируют (субъекты) посредством осуществления особой человеческой способности разума. Он утверждал, в терминах более ясных, чем в предыдущих теориях, что закон имеет по своей природе отличительную цель. В самом абстрактном смысле цель права состоит в том, чтобы служить общему благу политического сообщества. Говоря более конкретно, закон — это обнародованный план координации, посредством которого общество может реализовать блага (как материальные, так и нематериальные), которые не могут быть достигнуты другими средствами.

Центральный естественноправовой тезис Фомы Аквинского состоит в том, что действительный позитивный закон обязательно выводится из объективных моральных принципов (или моральных истин). Этот вывод может происходить двумя путями. Во-первых, когда между моральной и правовой нормой существует прямое соответствие по содержанию. Например, исходя из морального принципа, что убийство — это зло, можно сформулировать и ввести в действие юридический запрет на убийство. Во-вторых, право может быть выведено из морали посредством косвенного процесса, который Фома Аквинский назвал (по-латыни) *determinatio* — определение или уточнение того, как общий моральный принцип применяется в конкретных обстоятельствах для облегчения координации действий людей. Большая часть позитивного права, утверждал он, была выведена из морали этим вторым путем. Фома Аквинский утверждал, что если позитивное право не выводится из действительных моральных принципов ни одним из этих двух способов, то, если вспомнить лозунг Августина, такие законы «несправедливы» и не могут быть «законом».

Аквинский трактат об отношении между законом и моралью усложняется его трактовкой того, кто больше всего подходит на роль правителя и законодателя. Понятия авторитетного законодателя и морально обязательные законы, принятые этим лицом, являются коррелятами. Смысл закона состоит в том, чтобы служить общему благу, и если кандидат в законодатели способен сделать это эффективно, осуществляя политическое правление, то Аквинат говорит, что такой человек обязан управлять. Законные политические власти — это те, кто руководствуется «заботой об обществе», и любой закон, созданный на основе других мотивов, является особой формой несправедливости, которая также может аннулировать позитивное право.

С конца европейского Возрождения до конца XVIII века философские дебаты о природе права значительно расширились и разнообразились, привлекая теоретиков из Англии и всей континентальной Европы. За этот период произошло два крупных тематических события. Во-первых, было развито мнение, впервые сформулированное в Древней Греции и развитое в некоторой степени Аквинатом, что закон следует понимать по образцу приказа, отданного вышестоящим подчиненным, отдача которого делает определенные действия обязательными для рационального адресата (и предполагаемого адресата). Во-вторых, начиная с 1620-х годов, в Англии появилась все более изоциренная идея о том, что в основе права лежит обычай, примером которого является общее право Англии. Эти «теоретики общего права» оказали непреходящее влияние на западную философию права вплоть до наших дней.

В частности, такие философы, как Гуго Гроций (1583—1645), Франсиско Суарес (1548—1617) и Самуил фон Пуфендорф (1632—1694), развивали теории о том, какими должны быть люди, чтобы быть способными навязывать и подчинять себя закону. Хотя между этими теоретиками существовали различия, они разделяли некоторые общие предположения. Например, было решено, что закон направлен на существ свободных — обладающих способностью выбирать из множества доступных действий разумные. Другими словами, такие существа обладают способностью распознавать закон как своего рода приказ, обращенный к ним, понимать этот факт как причину действовать (или, по крайней мере, обдумывать) определенным образом, а затем действительно действовать на основе этого признания и обдумывания. Более того, эти философы соглашались с тем, что содержание закона определяется содержанием воли законодателя.

Тот факт, что создание закона связано с определенным действием воли человека, также помогает объяснить, каким образом закон побуждает своих субъектов действовать соответствующим образом. Законодатель как «полководец» стремился, вводя законы в действие, произвести поведение, отраженное в содержании закона, которое требовало действия воли субъекта только что описанного вида.

Теоретики полагали, что для того, чтобы закон успешно руководил поведением, необходимо «соединение волей». Суарес, например, говорил, что воля субъекта права должна «вступать в непосредственный контакт» с волей законодателя; Пуфендорф также говорил, что содержание закона должно быть «внушено разуму субъекта», чтобы мотивировать субъекта действовать соответствующим

образом. Все эти предположения поддерживали и формировали общее мнение о том, что существенная особенность права состоит в том, чтобы играть рациональную, и решающую роль в практических рассуждениях его субъектов, то есть в их рассуждениях о том, что они должны делать. (Эта точка зрения будет пользоваться возрождением среди философов права в конце XX века).

Другим крупным событием заявленного периода было появление в Англии в начале XVII века группы юристов и судей, постановивших, что все права — это эквивалент или производное от общего права, которое они определили как «незапамятный обычай». Среди тех, кто внес важный вклад в эту общую теорию, были Эдуард Коук (1552—1634), Мэтью Хейл (1609—1676), а позже Уильям Блэкстоун (1723—1780). Законы являются частью общего права только в том случае, если, как сказал Хейл, «они приобрели свою обязательную силу и силу законов в результате долгого и незапамятного использования». Сам факт использования правила сообществом в течение многих лет или столетий — это то, что придает данному правилу авторитет и легитимность.

Однако точный характер и роль этой практики были предметом некоторых споров. Так, Коук утверждал, что английское право фактически не изменилось по существу со времен саксов или даже римлян и что такая поразительная история легла в основу легитимности английского права его времени. Хейл находил это утверждение сомнительным и утверждал, что закон настоящего не обязательно должен быть идентичен закону прошлого, но только непрерывен с ним; существенно постоянное ощущение членами сообщества, что настоящий закон является разумным и соответствующим их обстоятельствам.

Теория общего права была важным отступлением от основной модели права, главным образом потому, что она отошла от статута как парадигмы и вместо этого сосредоточилась на объяснении функционирования судов и их связи с более широким сообществом. Поэтому деятельности судей и практикующих юристов впервые было отведено почетное место в построении философской теории права. (Этот общий подход станет доминирующим на протяжении всего XX века).

В рамках своей философии права теоретики общего права выдвинули то, что теперь называется теорией судебного разбирательства: теорию того, что судьи делают и должны делать. Поскольку сутью общего права был извечный обычай, который выходил за пределы верований или взглядов любого отдельного человека, судья не был и не мог выступать в качестве законодателя при разрешении споров между гражданами. Вместо этого судья обнаруживал или различал общее право из соответствующих прошлых дел, трактатов, и общего опыта. Как известно, Коук сказал: «*Judex est lex loquens*» (буквально: «судья — это говорящий закон»), имея в виду, что судья является своего рода экспертом в объявлении закона, который существовал ранее в обществе. Судья — это «живой оракул» закона, но только как его рупор, а не как его источник. Утверждение Коука также подразумевает, что с каждым новым судебным решением, основанным на аргументации прошлых дел, и в той мере, в какой подобные дела должны рассматриваться одинаково, именно новое дело, а не судья, расширяет закон. Соответствующий опыт судей (и адвокатов, которые выступали перед ними) был

объяснен Коуком в терминах «искусственного разума», особой интеллектуальной способности юристов синтезировать обычаи сообщества в согласованный набор принципов общего права, используемых для рассмотрения дел. «Разум — это жизнь закона, — сказал Коук, — а закон — это действие, которое требует длительного изучения и опыта, прежде чем человек сможет достичь его познания».

Отметим, что в то время как первые теоретики общего права были довольно ограничены в своих стремлениях — они стремились объяснить конечную основу права Англии — их значение значительно возросло с середины XX века. Поскольку политическая и экономическая мощь стран общего права, таких как Соединенные Штаты и Соединенное Королевство, возросла на международном уровне, их правовые системы и правовые теории, которые их обосновывают и объясняют, соответственно возросло их влияние. Более того, само международное право после окончания Второй мировой войны развивалось экспоненциально и обычаи долгое время считался одним из его законных источников (Searle, 2010).

Вместе с тем одним из наиболее влиятельных философов права раннего Нового времени был Томас Гоббс (1588—1679), чья теория права представляла собой новую смесь тем из традиций как естественного права, так и теории команд. Он также предложил некоторые из самых ранних критических замечаний теории общего права, которые были значительно развиты теоретиками в XVIII веке. Для Гоббса закон был главным инструментом суверена, с помощью которого он мог служить целям правительства, которые были связаны с миром и личной безопасностью всех его граждан. Творя во время и после английских гражданских войн (1642—1651), он развивал идею о том, что правительство, эффективно управляемое законом, является единственным оплотом против анархии или, как он выразился, «войной всех против всех».

Философия права Гоббса — это отчасти объяснение того, каким должен быть закон, чтобы выполнять эту функцию. Многие ученые считают Гоббса основоположником юридического позитивизма, господствующей философской теории права с XVII века. Основные идеи юридического позитивизма сводятся к тому, что право по существу является социальным фактом и что оно имеет самое большее условную связь с моралью нормы: многие действия, которые юридически запрещены (или предписаны), тем не менее, могут быть моральными (или аморальными).

В своем известном сочинении *«Левиафан»* (1651) он писал, что «закон вообще не советует, но повелевает». Поскольку законы являются «знаками воли» суверена, Гоббс сделал особый акцент на требованиях, чтобы эти «знаки» были достаточно публичными и понятными для обычных граждан (Hobbes, 2011).

Гоббс отверг идею Коука о том, что познание закона требует применения «искусственного разума» и «длительного изучения и опыта», утверждая, что если адвокаты и судьи будут необходимыми посредниками между сувереном и подданным, то закон снова не сможет направлять поведение тех, к кому он применяется. Он полагал, что обычные люди могут обойтись без адвоката и освоить содержание правовой системы после примерно двухмесячного изучения.

Хотя в теории Гоббса есть неоспоримые позитивистские элементы, постулируя важную связь между естественным и гражданским правом (то есть между моралью и позитивным правом), он также был вдохновлен традицией естественного права. Он утверждал, что естественное право и гражданское право «содержат друг друга и имеют одинаковую степень». То, что Гоббс имел в виду под этим утверждением, с тех пор было предметом научных дебатов; вероятно, он считал, что существуют скромные, но реальные моральные пределы того, что суверен может законно требовать от своих подданных. Таким образом, Гоббс попытался синтезировать традиции естественного права и командования, хотя, все же, не достигнув в этом окончательного успеха.

Одним из величайших философов права в западной традиции, наследие которого необычно и фактически продолжает развиваться, является Иеремия Бентам (1748—1832). Он остается одним из наиболее пронизательных философов права, но большая часть его работ была после его смерти неопубликована фактически до середины XX века. Значительно упрощенная версия его философии права была представлена английским юристом Джоном Остином (1790—1859), что, в свою очередь, помогло определить повестку дня для важной работы в XIX веке.

Есть две основные темы в мысли Бентама, которые охватывают большую часть его работ о природе права. Первой и самой ранней темой была неустанная и всеобъемлющая критика теории общего права и, по сути, атака на саму идею общего права как такового. Во-вторых, это расширение и пересмотр гоббсовской концепции суверенитета и идеи права как своего рода команды.

Так, Бентам считал, что общее право, которое якобы легло в основу английского права, было запутанным в теории, опасным на практике и во всяком случае неспособным быть законом в полном смысле этого слова. Его первоначальной целью с таким направлением мысли был Блэкстоун, который в своих *комментариях к законам Англии* (1765—1769) (Blackstone, 2003) попытался систематизировать и свести долгую историю английского общего права к элегантному набору основных принципов. Блэкстоун неоднократно писал о «мудрости» этих принципов, связанной с их долгим признанием среди английского народа; сам факт их длительного использования и одобрения придавал им легитимность и обязательную силу.

Начиная со своей первой работы *«Фрагмент о правительстве»* (1776), Бентам критиковал Блэкстоуна и других теоретиков общего права за то, что они объединили вопросы о том, что такое закон и каким он должен быть. Эта ошибка, утверждал он, привела к удушающей реформе права, чтобы адекватно реагировать на быстро меняющиеся социальные и экономические условия конца XVIII века.

Бентам также выдвинул критику общего права как исключительной области профессиональной элиты-юристов и судей, в которой часто использовались неясные и технические формулировки, чтобы сохранить закон окутанным тайной с точки зрения обычных граждан, и все это в интересах увековечения мифа (по мнению Бентама), что юристы являются экспертами в области «искусственного разума» (Bentham, 2000), как это было впервые предложено Коуком.

Бентам, как и Гоббс, считал, что если язык закона и методы, используемые для его толкования, не будут доступны и полезны обычным гражданам, к которым он применяется, закон останется неэффективным в качестве руководства к их поведению. Бентам пошел дальше и утверждал, что система, в которой судьи якобы разрабатывают правовую доктрину в каждом конкретном случае, также не способна руководить поведением лиц, к которым она применяется, и поэтому не квалифицируется как закон.

Бентам также сделал успехи в отношении утверждений Гоббса о суверенитете, праве и отношениях между ними. Он определял закон прежде всего как «совокупность знаков, провозглашающих волеизъявление, задуманное или принятое сувереном государства», и поэтому следовал Гоббсу и более ранним теоретикам в размышлениях о законе по образцу повеления. Как и Гоббс, Бентам использовал понятие суверенитета для объяснения единства правовой системы, а также критериев юридической силы для этой системы. Власть государя, в свою очередь, объяснялась привычкой (или склонностью) людей общины подчиняться законам, исходящим из этого источника. Бентам писал об общей привычке к повиновению, под которой он подразумевал динамичность взаимоотношения между гражданином и сувереном, в которых общая привычка состояла в регулярном подчинении многих граждан повелениям суверена и в которых такое повиновение было известно и ожидалось среди граждан. В этом отношении Бентам был предшественником идеи, значительно резвившийся в конце XX века, что право основывается на сложных социальных конвенциях, которые включают действия, взаимные ожидания и убеждения достаточной части общества.

Указанные философские воззрения, в свою очередь, нашли продолжение в трудах Джона Остина, который сыграл ключевую роль в развитии юридической науки XX века и философии права в целом. Юридический позитивизм Остина часто трактуется как упрощенное, хотя и элегантное и доступное изложение основных положений теории Бентама. Как известно, Остин провозгласил, что «существование закона — это одно, а его достоинства или недостатки — совсем другое», что стало часто цитируемым лозунгом юридического позитивизма.

Закон, сказал Остин, — это приказ суверена, подкрепленный угрозой санкций. Приказы — это обязательно общие предписания, которые означают желание повелевающего суверена, чтобы действие было сделано или не сделано. Подобно Бентаму Остин характеризовал суверена как личность или группу лиц, которым обычно подчиняется основная часть политического сообщества, но которые обычно не подчиняются никому другому. «Привычное повиновение» в теории Остина — это соответствие между тем, что повелевает суверен, и тем, что фактически делает основная часть политического сообщества. По мнению Остина, закон не обладает какой-либо уникальной мотивационной силой, и поэтому не важно, почему граждане ему подчиняются, то есть по какой причине они ему подчиняются. Следствием этой точки зрения, однако, является то, что, по крайней мере, угроза применения санкций необходима для того, чтобы побудить людей подчиняться. В конце XIX века различные ученые начали разрабатывать критику этого простого, но мощного объяснения права, хотя каноническое опровержение позитивизма Остина не возникло до середины XX века.

XX век был во многом веком юридического позитивизма: две выдающиеся фигуры в философии права, австрийский юрист Ганс Кельзен (1881—1973) и английский теоретик права Х. Л. А. Харт (1907—1992), оба разработали влиятельные версии позитивистской теории природы права. В тот же период возникли также «реалистические» школы философии права — одна в Скандинавии, другая в Соединенных Штатах, — которые были в основном позитивистскими по своей ориентации, но занимались совершенно иными философскими (в случае скандинавов) и практическими (в случае американцев) вопросами, чем те, которые рассматривались Кельзеном и Хартом.

Кельзен, идейный противник естественноправовых теорий, определил центральную проблему философии права как объяснение нормативной силы закона, то есть притязания закона на то, чтобы закон справедливо указывал людям, что они должны делать. Он отверг идею о том, что нормативная сила закона может проистекать из его нравственности.

Кельзен находился под сильным влиянием неокантианских тенденций в немецкоязычной философии в начале XX века и, соответственно, был привлечен к «трансцендентальной» стратегии аргументации, которую прославил Иммануил Кант (1724—1804): учитывая существование некоторого бесспорного феномена, каждый имеет право сделать вывод или предположить существование всего, что необходимо для его объяснения. Учитывая неоспоримый факт, что закон претендует на авторитет, единственный способ избежать бесконечного регресса (т.е. поиска первоисточника права, в том числе поиска властного источника Конституции) — это предположить, что авторитет основополагающего документа или конституции проистекает из «основной нормы» (*Grundnorm* по-немецки), суть которого сводится примерно к следующему: «Конституции следует подчиняться».

Кельзен защищал «чистую теорию» права, то есть теорию, которая стремится объяснить нормативность права, не ссылаясь на какие-либо эмпирические факты о верованиях, установках или поведении людей (Kelsen, 1934). Фатальная проблема трансцендентальных аргументов, однако, состоит в том, что они уязвимы для возражений, основанных на отрицании реальности того, что теория пытается объяснить: законы действительно претендуют на авторитет, но, возможно, этот авторитет просто кажущийся, просто нереальный.

Так, в свою очередь, версия юридического позитивизма Харта избегала трансцендентальных аргументов, но серьезно относилась к той же основной проблеме, которая оживляла теорию права Кельзена.

Харт критиковал командные теории права, связанные с Остином и Бентамом, из-за их неспособности понять все те знакомые примеры законов, которые наделяют людей юридическими полномочиями, а не предписывают им воздерживаться от определенного поведения под страхом наказания. Правила, наделяющие властью, являются центральными чертами правовых систем, и командные теории, утверждал Харт, не могут их объяснить.

Проблема, думал Харт, лежит несколько глубже. Знакомая идея о том, что любой закон по существу включает санкции, также ошибочна, будь то точка зрения Остина о том, что каждый закон — это приказ, подкрепленный угрозой

наказания, или точка зрения Кельзена о том, что законы говорят должностным лицам, когда следует наказывать граждан. Проблема, по мнению Харта, заключается в том, что обычно право рассматривается как, по крайней мере, иногда, налагающее обязательства действовать (или не действовать) определенным образом. Харт соглашался с Кельзеном в том, что закон требует своего рода авторитета, права указывать людям, что они должны (или не должны) делать, а не просто то, что они должны (или не должны) делать под страхом наказания.

Однако решение проблемы, которую определил Кельзен, предложенное Хартом, совершенно иное. Харт утверждал, что везде, где существует правовая система, существует также «правило признания», которое определяет критерии юридической действительности, которым должно удовлетворять любое правило, чтобы считаться правилом этой правовой системы. Но правило признания не является «*Грунднормом*», трансцендентальной предпосылкой юридической мысли. Это довольно сложный психосоциальный феномен (пример того, что Харт назвал «социальным правилом»), существование и содержание которого определяются социологическим фактом, что должностные лица правовой системы сходятся на определенных критериях юридической действительности, и психологическим фактом, что такие должностные лица рассматривают эти критерии как обязательные. Таким образом, например, Конституция США является источником правовой власти в правовой системе США, поскольку почти все судьи рассматривают конституционность как критерий законности, и действуют и говорят так, как будто они обязаны делать именно это (Hart, 2012).

Позитивистская теория права Харта, таким образом, «нечиста»: в отличие от Кельзена, Харт утверждал, что нормативный характер права может быть объяснен в терминах сложных фактов о поведении и отношениях должностных лиц правовой системы, прежде всего судей. Конечно, Харт соглашался с Кельзеном в том, что законы могут быть морально неоправданными, но, в отличие от Кельзена, он полагал, что существование закона в основе своей зависит не более чем от обычной практики судей. Если бы судьи перестали рассматривать Конституцию как критерий юридической силы, то она перестала бы быть таковой.

Вместе с тем Дж. Раз глубже, чем Харт или Кельзен, исследовал идею о том, что закон претендует на право указывать гражданам, что они должны делать, — то, что Раз называл притязанием закона на власть. Но что такое власть? Раз отстаивал «служебную концепцию» авторитета, согласно которой закон является подлинно авторитетным постольку, поскольку он помогает субъектам права делать то, что они действительно должны делать лучше, чем они сделали бы без посредничества директив закона. По мнению Раза, если то, что закон велит кому-то делать, не является разумным независимо от моральных и других причин, на которых он основан, то закон не может служить своим подданным. Версия юридического позитивизма Раза, таким образом, развивала идею о том, что нормы имеют юридическую силу, — то есть, являются частью права — только в силу своего социального источника. В этом отношении Раз переосмыслил темы из командной традиции раннего Нового времени, в частности, идею о том, что право — это система норм, играющих особую роль в практическом рассуждении его субъектов, и (солидаризируясь с Гоббсом и Бентамом) что

содержание этих норм должно быть идентифицировано без обращения к спорным моральным аргументам.

Хотя юридический позитивизм таким образом восторжествовал в XX веке, он не обошелся без критики. Рональд Дворкин, например, утверждал, что моральные рассуждения необходимы для решения сложных конституционных вопросов. Дворкин также утверждал, что трактовка Хартом правила признания как конвергентной практики должностных лиц, к которой они относятся критически и рефлексивно, не может объяснить, почему такие должностные лица обязаны соблюдать правило, сформулированное таким образом.

В своих работах Дворкин развил идею о том, что моральные соображения играют важную роль в определении того, что такое закон. Он настаивал на том, что все, что вытекает из наилучшего «конструктивного толкования» исходных норм правовой системы (таких как законодательные акты и предшествующие судебные решения), составляет закон этой системы. Конструктивная интерпретация в техническом смысле Дворкина — это та, которая стремится объяснить предыдущие исходные нормы в терминах некоторых более общих моральных принципов справедливости — нормы полагаются на эти объяснительные моральные принципы, чтобы обеспечить привлекательное моральное оправдание правовой системы в том виде, в каком она существует (Dworkin, 1986). Точка зрения Дворкина, которая почти не привлекала сторонников, имела странное последствие: никто не мог знать, что такое закон правовой системы, поскольку никто еще не мог придумать лучшего конструктивного толкования.

Джон Финнис занял более амбициозную философскую позицию против позитивизма, чем Дворкин. Он утверждал, что любая теория социального явления, в том числе права, должна выявлять его «центральные» случаи, поскольку цель любой теории состоит в описании центральных или важных особенностей рассматриваемого предмета. Центральными случаями права, по мнению Финниса, являются те, в которых существует подлинное моральное обязательство повиноваться закону. Финнис, таким образом, рассматривал в качестве задачи теории права выявление тех характеристик правовых систем, которые настолько нравственно хороши, что оправдывают чье-либо послушание (Finnis, 2011).

По мере того как в XX веке среди философов права доминировала позиция правопозитивизма, будь то кельзенианская или хартианская, наряду с ней развивался влиятельный, но совершенно иной подход к пониманию права, который теперь обычно называют правовым реализмом. Двумя наиболее важными фигурами в этом отношении были датчанин Альф Росс (1899—1979) и американец Карл Ллевеллин (1893—1962), хотя они были очень разными теоретиками. Росс был систематическим философом, преподававшим на юридическом факультете, Ллевеллин — начинающим философом, но опытным и влиятельным юристом. Оба типа реализма, скандинавский и американский, скептически относились к идее, что писанные законы действительно объясняют поведение судей, и оба зависели от натуралистического мировоззрения, в котором действительность предполагалась такой, какой ее описывали науки.

Для Росса последнее, натуралистическое предположение было явным: под влиянием логико-позитивистских теорий 1920-х и 1930-х годов (которые не были

связаны с юридическим позитивизмом) Росс принял точку зрения, что единственные реально существующие вещи — это те, которые описаны различными эмпирическими науками, от физики до биологии и психологии. Потому что эмпирические науки не объясняют природные явления в терминах норм — они не ссылаются на обязательства, обязанности, права или справедливость. Натуралисты вроде Росса пришли к выводу, что таких норм на самом деле не существует. Однако, будучи профессором права, Росс определенно не хотел распространять этот вывод на законы и правовые системы как таковые. Вместо этого он предложил, чтобы судебные решения имели вид: «У г-на Смита есть договорное обязательство заплатить мистеру Джонсу 5000 долларов» может быть истолковано как что-то вроде «Я [судья] очень сильно чувствую, что мистер Смит должен заплатить мистеру Джонсу» (Ross, 2020). Росса не интересовала обычная концепция права. Скорее, его цель состояла в том, чтобы предложить толкование юридических терминов, включая «договорное обязательство», которое было бы совместимо с натуралистическим мировоззрением. С помощью таких интерпретаций Росс надеялся объяснить феномен закона в мире, понимаемом натуралистически.

Основоположником американского юридического реализма часто называют юриста Оливера Уэнделла Холмса-младшего (1841—1935). В его лекции «Путь права» (1897) прозвучали многие важные темы реализма: разница между законом и моралью утверждалась в том, что закон часто имеет неопределенность в его применении к конкретному делу, и при рассмотрении дел судьи часто находятся под влиянием внеправовых соображений — например, своих мнений об экономической политике или честности.

Наиболее широкое развитие эти темы получили в работах Ллевеллина, на которого оказало влияние немецкое движение свободного права конца XIX — начала XX века — протореалистическая школа юриспруденции. По словам Ллевеллина, в большинстве случаев, которые достигают апелляционного уровня пересмотра (когда они рассматриваются апелляционным судом), закон, как правило, неопределен в том смысле, что авторитетные правовые источники (такие как статуты, прецеденты и Конституции) не оправдывают однозначного решения. Неопределенность, по мнению Ллевеллина, возникает главным образом из-за существования противоречивых, но одинаково законных канонических толкования этих источников, так что один и тот же юридический источник может быть прочитан, по крайней мере, двумя различными способами (Llewellyn, 1962). Что касается таких случаев, то реалисты задают вопрос: почему судья пришел к такому выводу, учитывая, что закон и принципы юридической аргументации не требуют от него этого? Ллевеллин выдвинул аналогичный аргумент о противоречивых, но одинаково законных способах толкования прецедента, которые он называл «строгими» и «свободными» взглядами на прецедент. Согласно Ллевеллину, судья почти всегда имеет возможность охарактеризовать решение по более раннему делу либо весьма специфичным для конкретного факта способом, чтобы отличить его от настоящего дела, либо способом, абстрагирующимся от конкретных фактов предыдущего дела, чтобы сделать его обязательным в данном случае. Таким образом, по словам Ллевеллина, судьи никогда по-настоящему не ограничены прецедентом.

Однако, как и большинство американских реалистов, Ллевеллин, тем не менее, полагал, что судебные решения укладываются в предсказуемые схемы. Сосредоточившись в первую очередь на спорах в предпринимательском праве, Ллевеллин утверждал, что то, что судьи действительно делают в таких случаях, — это попытка обеспечить соблюдение некодифицированных, но преобладающих норм коммерческой культуры, в которой и возник спор. Именно эти «фоновые факты, относящиеся к меркантильной практике, к ситуационному типу», согласно Ллевеллину, определяют ход таких решений.

Привлекая внимание к роли относительных факторов в принятии судебных решений, Ллевеллин и реалисты инициировали междисциплинарный поворот в американском юридическом образовании и ясно показали необходимость для юристов опираться на социальные науки в понимании развития права и того, что делают судьи. Большая часть современной политологической литературы по праву и судам черпает свое вдохновение из реализма, стремясь объяснить решения не ссылками на юридические причины (которые считаются неопределенными), а ссылками на факты о политике, происхождении и идеологии судей.

Выводы

Философский подход к пониманию права зарождается в Древней Греции. В этот период времени Платон выдвигает концепцию о природе права, в соответствии с которой закон по своей природе претендует на власть над своими субъектами и что само отношение между законом и его субъектами каким-то образом порождает обязанность повиновения. Позже его ученик Аристотель развил концепцию и сделал вывод, что люди — это существа, которые сами естественным образом организуются в различные виды сообществ и создают право.

Первым кто выдвинул концепцию «естественного права» был римский юрист Цицерон, который считал, что закон должен соблюдать моральные установки. Позже в средние века Фома Аквинский систематизирует данную концепцию права и выдвигает идею, что действительный позитивный закон, должный служить во благо всего общества, обязательно выводится из объективных моральных принципов, то есть законы выделяют или дополняют нормы морали.

Т. Гоббс вносит очередной вклад развитие философского подхода. Он выдвинул тезис, что естественное право и гражданское право «содержат друг друга и имеют одинаковую степень». Он считает, что закон должен защищать граждан, в особенности их естественные права. Его теория получила название «позитивизм», которой придерживались многие философы, создающие философию права. Бентам, последователь теории Гоббса, также использовал понятие суверенитета для объяснения единства правовой системы, а также критериев юридической силы для этой системы.

Большой интерес к позитивистскому правопониманию произошел в XX веке. Яркими представителями являются австрийский юрист Г. Кельзен и английский теоретик права Х.Л.А. Харт, оба разработали влиятельные версии позитивистской теории природы права. Кельзен придерживался «чистой теории» права, которая стремится объяснить нормативность права. А Харт утверждал, что

езде, где существует правовая система, существует также «правило признания», которое определяет критерии юридической действительности. Вместе с тем Харт и Кельзен считали, что законы могут быть морально неоправданными.

В свою очередь, появляется юридический реализм в Америке. Широкое развитие эти темы получили в работах Ллевеллина. Он утверждал, что судья почти всегда имеет возможность охарактеризовать решение по более раннему делу либо весьма специфичным для конкретного факта способом, чтобы отличить его от настоящего дела, либо способом, абстрагирующимся от конкретных фактов предыдущего дела, чтобы сделать его обязательным в данном случае.

Таким образом, право, как центральная черта большинства развитых человеческих обществ, было предметом философской рефлексии с самого начала западной философии в Древней Греции и далее, веками, до наших дней, его мировоззренческие основы продолжали формироваться крупнейшими, в частности, западными мыслителями своего времени.

От возникновения парадигм философии права, знаменующих собой «адаптацию» к темам современной эпохи, в конечном счете будет зависеть то, как право и правовые институты будут развиваться в будущем.

References / Список литературы

- Bentham, J. (2000) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener, Batoche Books.
- Blackburn, S. (2009) *The Big Questions: Philosophy*. Toronto, Quercus.
- Blackstone, W. (2003) *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*. London, The Lawbook Exchange.
- Cicero, M. (2009) *The Republic and The Laws*. Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Harvard, Belknap Press of Harvard University Press.
- Finnis, J. (2011) *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (2012) *The concept of law*. Oxford, Oxford University Press.
- Hobbes, T. (2011) *Leviathan*. South Carolina, CreateSpace Independent Publishing Platform.
- Kelsen, H. (1934) *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Bonn, Matthias Jestaedt.
- Llewellyn, K. (1962) *Jurisprudence; realism in theory and practice*. Chicago, The University of Chicago Press.
- Plato. (2010) *Dialogues*. New York, Simon & Schuster.
- Ross, A. (2020) *On Law and Justice*. Oxford, Oxford University Press.
- Searle, J. (2010) *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford, Oxford University Press.

Сведения об авторах:

Зырянов Алексей Викторович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права, трудового права, Юридический институт, Южно-Уральский государственный университет; Российская Федерация, 454080, г. Челябинск, пр. Ленина, д. 76

ORCID ID: 0000-0002-6364-1812; SPIN-код: 9925-6252

e-mail: zav-nauka@mail.ru

Бабенко Андрей Николаевич — доктор юридических наук, профессор, судья, Третий арбитражный апелляционный суд; Российская Федерация, 660049, г. Красноярск, пр. Мира, д. 9

AuthorID: 659322

e-mail: babenkodoc@mail.ru

About the authors:

Aleksey V. Zyryanov — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Theory of State and Law, Law Institute, South Ural State University; 76 Lenina Avenue, Chelyabinsk, 454080, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-6364-1812; SPIN-code: 9925-6252

e-mail: zav-nauka@mail.ru

Andrey N. Babenko — Doctor of Legal Sciences, Full Professor, Judge, Third Arbitration Court of Appeal; 9 Prospekt Mira, Krasnoyarsk, 660049, Russian Federation

AuthorID: 659322

e-mail: babenkodoc@mail.ru