

А.А. ЕГОРОВ

ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ ЕСТЕСТВЕННО-ПОЗИТИВНОЙ ТЕОРИИ ПРАВА

***Аннотация.** Статья посвящена вопросам исторической эволюции понятия «право» в контексте естественно-позитивной теории права отечественного правоведа В.М. Шафирова. В ней исследуется синкретичная природа права в рамках первобытной общины и уточняется понимание естественного права как первой ступени существования права в контексте его воззрений. Анализируются особенности позитивно-естественного права, возникшего после появления государства; притом оно не исключает естественного права, а легализует его на минимальном уровне. Рассматривается феномен естественно-позитивного права, оценивается его теоретическая состоятельность и практическая значимость.*

***Ключевые слова:** естественное право, обычное право, позитивно-естественное право, естественно-позитивное право.*

THE EVOLUTION OF LAW IN THE CONTEXT OF THE NATURAL-POSITIVE THEORY OF LAW

***Abstract.** The topic of the article concerns the issues of the historical evolution of the concept of «law» in the context of the natural-positive theory of law of the Russian jurist Vladimir Moiseevich Shafirov. The syncretic nature of law within the framework of the primitive community is investigated and the understanding of natural law as the first stage of the existence of law in the context of V.M. Shafirov's views is clarified. The nature of positive natural law, which arises after the emergence of the state and does not exclude natural law, but legalizes it at a minimum level, is investigated. The phenomenon of natural-positive law is analyzed, its theoretical validity and practical significance are evaluated.*

***Keywords:** natural law, customary law, positive-natural law, natural-positive law.*

В условиях развития новой российской государственности и ее правовой системы актуализируется интерес к фундаментальным основам юридической науки, в том числе к теоретическим проблемам происхождения, развития и эволюции права. Это свидетельствует в пользу возрастающего научного интереса к исследованию исторических особенностей становления и развития теоретико-правового осмысления эволюции права. В этом смысле любое объективное и скрупулезное авторское комплексное обращение к отечественному доктринальному опыту своевременно и закономерно востребовано юридической наукой.

ЕГОРОВ Александрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва

Существование, выражение и самоопределение права детерминируется системой социальных, политических, культурных координат. Основой права выступает как исторический общесоциальный опыт, так и его доктринально-теоретическая составляющая в лице известных мыслителей прошлого и настоящего. Очевидно, что содержание и формы выражения права проистекают из социального порядка в определениях должного и недолжного для конкретной исторической эпохи. В этом смысле право можно рассматривать в трех аспектах: как фактически сложившуюся на основе обычаев, традиций и законодательства правовую реальность; как воображаемую правовую реальность, то есть идеальный правовой порядок; как аналитическую правовую реальность, то есть доктрину права. Таким образом, право одновременно реалистично, идеально, доктринально и в то же время производно от своей «среды обитания», в рамках которой сталкиваются желания, интересы и ценности. В этом смысле бытие права есть не что иное, как перманентный конфликт интересов и ценностей в различных масштабах.

На сегодняшний день существует четыре основных типа понимания права: *юридический позитивизм или нормативизм* (право трактуется как совокупность норм, установленных или санкционированных государством); *социологический позитивизм* (существование «книжного права» и «живого права», которое формулируется в решениях судебных и административных органов и имеет абсолютный приоритет над «книжным правом»); *теории естественного права* (право выводится из разума или природы общества и человека, а человеку приписываются врожденные и неотъемлемые права, существующие независимо от государства и предшествующие ему); *философское понимание права* (право сводится к свободе, понимаемой как разумное общественное поведение).

Юридический и социологический позитивизм более реалистичны, так как придают праву вполне реальное содержание (нормы и отношения). Теории естественного права и философское понимание права носят сугубо теоретический характер, то есть описывают не реальное, а скорее, идеальное право.

Вместе с тем подобные научные абстракции объективно необходимы, так как они представляют собой необходимый этап в познании объективного мира. Все эти подходы принято считать классическими в силу наличия у каждого из них базового принципа: нормы поведения, установленной верховной властью; реальных отношений, влекущих юридические последствия; неотчуждаемых прав личности; абстрактной формулы свободы. Однако прогресс необходим и перманентен, что приводит к теоретическому осмыслению и попыткам обосновать так называемые «новые теории права».

* * *

Правовая наука развивается во всем мире, активно издается юридическая литература, и каждый автор стремится ее чем-то обогатить. Не вызывает сомнения, что приращение научного знания, расширение научных

горизонтов познания и понимания права обусловлены общественным прогрессом и необходимы для социума. В этом смысле появление «новых теорий права» можно квалифицировать как признание исключительного интеллектуального и научного потенциала отечественных правоведов. Это та интерпретация, в монополюсный характер которой хочется беззаветно верить. Однако реальность однозначно опровергает безальтернативность, да и в целом правильность этого постулата.

Существует еще и скептическое объяснение, согласно которому в предлагаемых сегодня вариантах понимания права нет ничего нового. «На деле большинство нетрадиционных (неклассических) подходов к пониманию права оказывается разновидностью вполне традиционных социолого-позитивистских представлений о праве, изложенных в терминах какой-либо постмодернистской философской парадигмы», — пишет Н.В. Варламова [2, с. 89]. По мнению О.В. Мартышина, эти «самопровозглашенные теории» (наподобие самопровозглашенных государств) заняли место в юридической литературе только благодаря отсутствию принципиальной критики и дискуссий, то есть благодаря равнодушию и безучастности специалистов [7, с. 282].

Действительно, сегодня мы наблюдаем миролюбие представителей научной и университетской сфер. Большинство коллег убеждены в том, что в современных условиях не составляет особого труда с помощью словесной эквилибристики выдать классические постулаты за принципиально новые идеи. Своего рода популистская публикационная активность отдельных авторов зачастую обусловлена готовностью ряда изданий напечатать любой текст. Вместе с тем аргументированная критика — это экзистенциальный элемент любой науки, который убергает ее от деградации и забвения.

Говоря о необходимости критики, мы не можем не понимать, что она должна быть конструктивной. Уже упомянутый О.В. Мартышин отрицал значимость «новых теорий права», апеллируя к общеизвестности или самоочевидности тезисов, составляющих их суть, используя при этом фигуру умолчания. Вряд ли данный вариант критики, существующий на грани культуры научной полемики, можно назвать аргументированным или конструктивным. Скорее всего, речь здесь идет о некоторой некорректности ведения дискуссии. Жанр критической рецензии, обзора основных доктринальных концепций какого-либо учения о праве и государстве, как представляется, должен иметь теоретическую и практическую значимость и отражать существующие либо прогнозируемые закономерности права и государства. В противном случае любые выпады в адрес того или иного учения или автора не могут иметь теоретической и практической ценности.

В данном контексте целесообразным видится преодоление односторонне утрированного восприятия «новых теорий права», которое сводится к их безоговорочному восхвалению или безапелляционному отрицанию. Думается, что наукой востребован анализ положений «новых теорий права», основанный на конкретизации возможных логических ловушек

и теоретических недостатков их положений и выдвижения на этой основе альтернативных вариантов редакции того или иного тезиса. В данном случае, на наш взгляд, целесообразен пересмотр вопросов эволюции права в рамках естественно-позитивной теории права, сформулированной почти двадцать лет назад Владимиром Моисеевичем Шафировым.

* * *

Признавая многоаспектный характер права, доктор юридических наук, профессор В.М. Шафиров справедливо отмечает, что ни одна отдельно взятая теория не в состоянии сформировать исчерпывающее представление о праве [9, с. 9]. Действительно, для каждого типа понимания права существует та или иная сущностная особенность: *приказ государственной власти* (юридический позитивизм); *приоритет практической юриспруденции и прецедентного права* (социологический позитивизм); *права и свободы, выводимые из природы человека* (естественное право); *понимание права как свободы* (философское понимание права).

Наряду с указанными классическими подходами к пониманию права Шафиров считает необходимым внедрение в научный оборот такого феномена, как *естественно-позитивное право*. По его мнению, история права, подчиняясь логике человеческого измерения, проходит в своем формировании и эволюции три ступени: *естественное право или естественные и неотчуждаемые права человека; позитивное право; естественно-позитивное право* [10, с. 187]. Обратимся к пояснениям самого автора. Отмечая возникновение естественного права еще в догосударственную эпоху, ученый констатирует, что оно имело нравственную и религиозную, а не юридическую природу [9, с. 10]. В целом с этим умозаключением можно согласиться, но его необходимо конкретизировать.

Самые древние из известных нам норм поведения людей в первобытный (общинный, догосударственный) период существования человечества носили синкретичный характер. Если взглянуть на них сквозь призму современного, развитого и внутренне расчлененного общественного сознания, то они в равной степени могут рассматриваться и как правовые, и как нравственные, и как эстетические, и как религиозные, и как фактические; в то же время они не соответствуют ни одной из этих рубрик. Они были, в целом, вписаны в язык самой практической жизни и, подобно самому языку, осознавались в их непосредственной данности. Таковы, например, древнейшие табу (кровосмешение, убийство, нарушение распределения обязанностей между мужчинами и женщинами и т.п.), действовавшие с самоочевидностью естественных процессов.

Указанные синкретичные регуляторы общественных отношений по своей сути и степени обязательности для исполнения носили характер норм обычного права. В научной литературе укоренилась идея мононорм, то есть синкретичных правил поведения, сочетающих в себе прообразы религии,

морали и права [1, с. 204]. Т.В. Кашанина, отрицая идею мононорм, аргументирует свою позицию тем, что неразвитое сознание первобытного человека не могло воспринять концепцию мононорм, да и сама эта концепция не могла существовать в силу отсутствия в то далекое время «первобытных исследователей» [5, с. 215–216].

Надо сказать, что в данном случае исследователи вынуждены удовлетвориться общим взглядом, имеющим статус гипотезы. Говоря о происхождении общества в целом и социальных норм в частности, приходится довольствоваться вероятностным знанием, потому что нет достаточных данных, чтобы достоверно и во всей исторической конкретности воспроизвести этот процесс. Более того, на сегодняшний день не существует даже четкого понимания причин перехода от биологического развития к социальной форме.

Интересную версию высказал В.Н. Синюков, по мнению которого биологический прогресс человека связан и обусловлен этическим прогрессом. Выделение человека из стада обусловлено развитием таких черт как самопожертвование, любовь к ближнему, альтруизм и так далее. Культура в целом формировалась благодаря, по сути дела, этическим, нравственным и одновременно правовым качествам человека разумного, помимо которого существует еще и такой вид, как правовой человек [8, с. 11]. Эта версия достаточно интересная, но она, так же, как и многие другие, не имеет неоспоримых доказательств.

Соглашаясь с Т.В. Кашаниной в том, что в первобытной общине не было и не могло быть научного учения о мононормах, со своей стороны считаю необходимым отметить, что в ней синкретичные социальные правила играли роль норм обычного права. Кроме того, В.М. Шафиров в характеристике естественного права, как первой исторической ступени развития права, допускает грубую ошибку, характерную для многих современных исследователей.

Речь идет об отождествлении естественного права с естественными и неотчуждаемыми правами человека. Достоверно доказано, что для первобытной общины было характерно повсеместное распространение обычая кровной мести. Лишь с появлением принципа талиона (равного возмездия) произошло некоторое сдерживание изначально неограниченной жажды мести, когда сообщества стали конкретизировать лиц, обязанных осуществлять возмездие. Более того, при определенных условиях социально допустимым считалось избавляться от престарелых членов общины и детей. В таких конкретно-исторических условиях рассуждать о естественном праве в контексте естественных и неотчуждаемых правах человека попросту абсурдно. Данное понимание возникло лишь в XVII веке.

В частности, речь может идти об английском мыслителе Томасе Гоббсе (1588–1679), который отстаивал теорию общественного договора. Согласно его позиции изначально люди находились в состоянии ничем не ограниченной свободы, что в свою очередь приводило к ситуации «войны всех против всех», то есть угрозе самоуничтожения для общества. Гоббс пишет, что в таких

условиях «первое основание естественного права состоит в том, чтобы каждый защищал свою жизнь и оберегал члены своего тела, как он только может... Поскольку каждый имеет право на самосохранение, каждый имеет также и право пользоваться всеми средствами и прибегать ко всем действиям, без которых он не может сохранить свое существование» [3, с. 292–293]. В его трудах естественное право фигурирует под именем естественного закона, то есть разумных правил поведения. Как видим, воспроизводятся классические постулаты школы естественного права.

Завершенный характер идеям Т. Гоббса придал другой английский политический мыслитель Джон Локк (1632–1704), по мнению которого существует два естественных права человека: собственность и свобода. Осознавая особое значение свободы, он не отождествлял ее с анархией. Локк отмечал, что свобода предполагает соблюдение законов природы, ставших законами общества: «Там, где нет законов, нет и свободы» [6, с. 34]. Таким образом, отождествление естественного права в рамках первобытной общины с естественными и неотчуждаемыми правами человека противоречит здравому смыслу и не выдерживает никакой критики. Такое понимание требует достаточно серьезного уровня развития политико-правовой мысли, законодательства и практики применения права.

Следовательно, этот тезис теории Шафирова следует изложить в следующей редакции: *естественное право, как первая ступень развития права, представляло собой нормы обычного права, которые основывались на наиболее важных первобытно-общинных обычаях, прообразах нравственности и религии, но в силу конкретно-исторических обстоятельств никак не могли отождествляться с естественными и неотъемлемыми правами человека.*

* * *

Вторая ступень в теории В.М. Шафирова — позитивно-естественное право. Он пишет: «В процессе рождения позитивного права произошло не отделение естественного от волеустановленного права, а их противоречивое взаимопроникновение. Появление института «гражданство» позволило признать личность свободной, официально зафиксировать исходный комплекс прав (их объем, перечень), средства их защиты» [9, с. 10]. Позитивный фактор, по мнению автора теории, затмил природу человека как истинный источник права и выдвинул на первый план внешнее, властно-волевое обязательно-принудительное начало.

В трактовке первой ступени эволюции права, несмотря на некорректное понимание природы естественного права и произвольное перенесение его современных трактовок на догосударственную форму общественной жизни соблюдается, по крайней мере, формальная логика. Она заключается в том, что в условиях отсутствия в первобытной общине позитивного права роль регулятора общественных отношений выполняло естественное право. В описании второй ступени эволюции права нарушается и формальная

логика, что порождает массу вопросов: что понимать под взаимопроникновением естественного и позитивного права; какова судьба естественного права в условиях появления государственной власти, законодательства и судебных решений; когда возникает институт «гражданства», с которым Шафиров связывает признание личности свободной?

В основе возникновения всех этих противоречий лежит стремление автора применить современное понимание естественного права к общественно-политическим реалиям глубокой древности. Как мы знаем, в античности естественное право ассоциировалось не с неотчуждаемыми правами человека, а с универсальными правилами поведения, признаваемыми всеми народами в силу их разумности. Еще классик античной политико-правовой мысли Аристотель отстаивал именно такое понимание естественного права, оправдывая на этой основе рабство как вполне естественное состояние [4, с. 56].

Таким образом, понимание естественного права напрямую зависит от конкретно-исторических особенностей определенного общества и не может быть универсальным. В этом смысле перенесение современного понимания естественного права на догосударственный этап, как это делает Шафиров, является грубейшим нарушением принципа историзма. Следует проанализировать еще и его утверждение о том, что появление государства и позитивного права затмили природу человека и выдвинули на первый план внешнее, властно-волевое обязательно-принудительное начало. Исходя из того, что исследуется теория права, это утверждение сопоставимо с доктриной юридического позитивизма (нормативизма).

Классик нормативизма в дореволюционной России Г.Ф. Шершеневич писал: «Право есть такая норма (правило) поведения, соблюдение которого поддерживается угрозой страдания, причиняемого государственной властью нарушителю» [12, с. 130]. Создается иллюзия, что нормативисты отрицали идеи естественного права, понимая под правом сугубо приказ государственной власти, то есть позитивное право. Позволим себе заметить, что это умозаключение, распространенное среди многих ученых и нашедшее свое выражение в учебной литературе, ошибочно, — нормативисты не отрицали естественное право, они исходили из того, что действующее позитивное право уже содержит в себе нравственные, общечеловеческие ценности, а это делает бессмысленным самостоятельное выделение естественного права.

Шершеневич полагал, что если нравственной норме придается юридическая санкция, то эта норма остается этической и одновременно становится правовой (например, в случае применения юридической санкции в отношении родителей — осуждения — за развращение детей). И наоборот, исключение юридической санкции из нормы права преобразует последнюю в норму нравственности (например, отмена наказания за ростовщичество) [11, с. 70]. Значит, образование государства и появление позитивного права не затмевают естественное право, а придают ему законодательное оформление. Общеизвестно, что первые государства в мире были

рабовладельческими, для которых был характерен институт подданства, а не гражданства. Подданство гарантировало не свободу, а соответствие правового статуса человека его социальному происхождению и положению, что вполне сочеталось с несвободой, неравенством и привилегиями.

Исходя из сказанного, попытаемся сформулировать еще один тезис: *переход от первобытной общины к государству порождает не институт гражданства, а институт подданства, который ассоциируется не со свободой, а с соответствием правового статуса человека его социальному происхождению и положению, что вполне сочетается с несвободой, неравенством и привилегиями. Естественное право не затмевается позитивным правом, а получает свое законодательное закрепление в виде, соответствующем системе социальных ценностей и конкретно-исторической обстановке определенного общества.*

* * *

Третья ступень — это естественно-позитивное право. «Ее начало, — пишет В.М. Шафиров, — следует связывать со снятием классовых, сословных привилегий, преимуществ, утверждением юридического равенства всех людей перед законом, выдвижением человека, его прав и свобод на центральные позиции в юридической системе. Позитивная составляющая превращается в средство обеспечения прав и свобод. В полном объеме естественно-позитивное право раскрывает свой потенциал на современной стадии развития цивилизации» [10, с. 187]. По его мнению, в современных условиях право не может быть естественным или позитивным, — его бинарная (двойственная) природа свидетельствует о том, что право может быть только естественно-позитивным. Причем понятие «естественно-позитивное право» в одинаковой мере имеет как научное, так и непосредственно практическое, операциональное значение [10, с. 186]. На наш взгляд, этот тезис естественно-позитивной теории права явно нуждается в критическом восприятии и осмыслении.

Рассмотрение ступеней развития права в качестве наиболее общей характеристики исторического развития в самом общем виде можно было бы признать верным, но оно начисто лишено авторской оригинальности и научной новизны. Поясню. История развития права при всех своих хронологических и страновых особенностях демонстрирует постепенное, но неуклонное расширение сферы свободы человека. В науке эта тенденция общеизвестна и аксиоматична. Если же рассматривать данную концепцию как попытку создания особого типа понимания права, ее следует признать несостоятельной как в теоретическом аспекте, так и с точки зрения ее практической значимости.

Суть вопроса теоретического уровня заключается в следующем: естественно-позитивное право считается правом в силу его соответствия прирожденным правам человека или вследствие официального утверждения норм права, обязательность которых гарантируется государственным принуждением?

Если права человека рассматриваются как самодостаточный императив, не требующий государственного подтверждения, то можно уверенно констатировать, что речь идет о теории естественного права. В случаях, когда для признания обязательной нормы необходимо государственное принуждение, это верный признак юридического позитивизма. В таких случаях принципы естественного права выступают как идейный источник, но не могут быть обязывающей нормой. Позитивное право в случае совпадения с нормами естественного права не теряет своей официальной или позитивной природы. Очевидно, что такое совпадение, по крайней мере на минимальном уровне, существует практически всегда. Таким образом, на теоретической плоскости существование естественно-позитивного права нецелесообразно, так как речь идет о принципиально разных теориях понимания права, каждая из которых имеет самостоятельные сущностные особенности, самостоятельные принципы и самостоятельные источники происхождения.

Что же касается практической значимости идеи естественно-позитивного права, то она тоже вызывает серьезные сомнения. Как мы знаем, естественное право исходит из справедливости, а позитивное право, даже если оно не чуждо соображений справедливости, всегда соизмеряет ее с целесообразностью. Позитивное право было и остается волеустановленным правом, то есть в нем по преимуществу выражается воля государства. Следовательно, это в первую очередь средство реализации государственной политики, которая зачастую вступает в противоречие с принципами естественного права. Следовательно, в практическом аспекте не может быть никакого естественно-позитивного права, а может быть лишь позитивное право, которое легализует определенный естественно-правовой минимум.

Это означает, что можно предложить следующую редакцию третьей степени развития права: *на сегодняшний день естественное право и позитивное право самостоятельны и не могут образовывать единое целое в силу наличия собственных сущностных особенностей, принципов и источников происхождения. Позитивное право всегда, по крайней мере на минимальном уровне, легализует нормы естественного права, но не совпадает с ним, а в ряде случаев и вовсе расходится.*

* * *

По итогам изложенного заключаем следующее.

Естественное право, существовавшее еще в первобытной общине, представляло собой нормы обычного права, основанные на наиболее важных первобытно-общинных обычаях, прообразах нравственности и религии.

На догосударственном этапе оно не могло отождествляться с естественными и неотчуждаемыми правами человека, так как такое понимание возникло лишь в XVII веке.

Переход от первобытной общины к государству порождает не институт гражданства, а институт подданства, который ассоциируется не со свободой,

а с соответствием правового статуса человека его социальному происхождению и положению, что вполне сочетается с несвободой, неравенством и привилегиями.

С момента образования государства естественное право не затмевается позитивным правом, а получает свое законодательное закрепление в виде, соответствующем системе социальных ценностей и конкретно-исторической обстановке определенного общества.

На сегодняшний день естественное право и позитивное право самостоятельны и не могут образовывать единое целое в силу наличия собственных сущностных особенностей, принципов и источников происхождения. Позитивное право всегда, по крайней мере на минимальном уровне, легализует нормы естественного права, но не совпадает с ним, а в ряде случаев и вовсе расходится.

Список литературы

1. Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. М., 1990.
2. Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010.
3. Гоббс Т. Избранные произведения в 2 т. Т. 1. М., 1965.
4. История политических и правовых учений: учебник / под общ. ред. О.В. Мартышина. М., 2010.
5. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные подходы и новые трактовки. М., 1999.
6. Локк Дж. Избранные философские произведения. М., 1960. Т. 2.
7. Мартышин О.В. Философия права. М., 2020.
8. Нравственность и право: реальность и перспективы взаимодействия: сборник научных трудов / отв. ред. В.М. Артемов, О.Ю. Рыбакова. М., 2019.
9. Шафиров В.М. Естественное-позитивное право (проблемы теории и практики): дис. ... докт. юрид. наук. Красноярск, 2005.
10. Шафиров В.М. Правопонимание: в науке, практике, образовании // Теория государства и права в науке, образовании, практике: монография. М.: ИД Юриспруденция, 2016.
11. Шершеневич Г.Ф. Определение понятия о праве. Казань, 1896.
12. Шершеневич Г.Ф. Социология: лекции. М., 1910.