

РАЗДЕЛ I. ИСТОРИЯ И ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 34.01

Батиев Л.В.

*Институт социально-экономических и гуманитарных исследований
Южного научного центра РАН (г. Ростов-на-Дону)*

СОВРЕМЕННЫЕ ПОИСКИ «ИНТЕГРАТИВНОЙ» ТЕОРИИ ПРАВА И АНТИЧНЫЙ ОПЫТ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВА

L. Batiev

*The Institute of Socio-economic and Humanities Research of the Southern Scientific
Center of Russian Academy Of Sciences (Rostov-On-Don)*

CURRENT SEARCH OF "INTEGRATIVE" THEORY OF LAW AND ANCIENT EXPERIENCE OF DEFINING THE LAW

Аннотация. В статье обосновывается, что формула римских юристов – «право есть искусство доброго и справедливого» – может быть использована как основа интегративной теории права. Античная философия и юриспруденция трактуют справедливость как равенство, достигаемое в ходе судопроизводства на основе закона или природы (естественного закона). Но право, которое есть результат правосудия, не ограничивается справедливостью. Дополнением и исправлением закона является «добро». Понимаемое таким образом право включает в себя все основные компоненты: закон, равенство, справедливость, правосудие, мораль.

Ключевые слова: справедливость, равенство, закон, право, добро, искусство.

Abstract. The article proves that the Roman lawyers' formula "Jus est ars boni et aequi" may be used as the basis for the integrative theory of law. The Ancient philosophy and jurisprudence interpret justice as equality reached through legal procedures on the basis of law or nature (natural law). But the law which is the result of justice is not limited to justice. It is "good" that completes and corrects the law. This understanding of the law includes the following basic components: law, equality, justice and morality.

Key words: justice, equality, law, good, art.

Одновременно с неуклонным увеличением числа теорий, объясняющих право (эта тенденция характерна не только для российской правовой науки), растут как скептицизм (неверие в возможность создать общую теорию права), так и связанный с ним релятивизм (признание недостаточности и относительности любых теорий). В итоге мы наблюдаем удивительную по своей противоречивости ситуацию: неуверенность в возможности вы-

работать общезначимую концепцию права сопровождается фабрикацией все новых теоретических вариаций в этой области. Естественной реакцией исследователей является попытка выработать «синтетическую» или «интегративную» концепцию права, которая неким образом объединила бы все основные подходы к определению права. Такие поиски идут по разным направлениям давно, с опорой, в том числе, на новейшие философские и социологические концепции [8]. Между тем в истории философии и юриспруденции можно найти некоторые определения, приближающие нас к решению проблемы. Как известно, философия права развивается в значительной степени на основе интерпретации классических теорий. История философии права в определенном смысле и есть собственно философия права, рассматриваемая специфическим образом. Поэтому, важнейшей задачей современной правовой науки является «ревизия» наличного корпуса теорий, их анализ на предмет пригодности для решения современных задач юридической науки. В этот перечень вполне может войти знаменитое определение Цельса, названное Ульпианом в «Институциях» превосходным. Формула «право есть искусство доброго и справедливого» [12, 83] в концентрированной и очень точной форме выражает суть античного (греко-римского) правопонимания. Она может быть оценена и как своеобразная модель «интегративной» концепции права, поскольку содержит в себе основные возможные подходы к определению сути права.

Попробуем расшифровать смысл включенных в нее понятий и реконструировать общий смысл предельно лаконично выраженной теории. Начнем с завершающего термина – справедливости. Античная философия и юриспруденция трактуют **справедливость как равенство**. Как неоднократно отмечал Аристотель, «справедливое – это законное и равное» [2, 109, 113]. Но «справедливость – понятие относительное и различается столько же в зависимости от свойств объекта, сколько и от свойств субъекта» [4, 459]. Неодинаковая добродетельность индивидов

и различие выполняемых ими социальных ролей в полисе порождает два вида справедливости-равенства и две сферы ее проявления. Геометрическое равенство (пропорция) учитывает достоинство гражданина при распределении почестей, имущества и всего прочего, что может быть поделено между согражданами, справедливость предполагает распределение «по заслугам» [18, 553]. При взаимном обмене (произвольном, т. е. гражданском товарообороте или непроизвольном, т. е. связанном с деликтами) справедливость также является равенством, но соответствует арифметической пропорции. Это означает, что при совершении сделок взаимного обмена (произвольного или непроизвольного) равенство (середина) достигается независимо от статуса и достоинств гражданина [3, 150; 5, 43; 2, 117, 119, 121]. Аналогичным образом «*aequitas* римских классических юристов в своем техническом (т.е. специальном юридическом – Л.Б.) значении есть не что иное, как принцип равенства всех граждан перед законом. *Jus aequum* есть право, нормы которого отвечают этому принципу» [21, 8].

Вся античная политико-правовая культура признает справедливость в качестве основного принципа полисной жизни. И аристократическое, и демократическое течения в греческом мире «равно провозглашают своей целью справедливость и равенство (*isotes*)» [11, 118]. При этом для греко-римской философии права и юриспруденции характерно **отождествление «законного» со «справедливым»**. «Справедливость (*dicaioyne*) – такая добродетель, в силу которой каждый владеет тем, что ему принадлежит, и так, как повелевает закон» [5, 43]. В античной культуре не могло быть речи о справедливом вопреки законному [15, 183]. «Что законно, то и справедливо» (14, 134), законность и есть справедливость. На это прямо указывает платоновская школа в диалоге «Минос» [17, 582]. Об этом пишут Аристотель и Цицерон [3, 146-147; 1, 328; 23, 113]. Тот или иной принцип уравнивания (арифметический или геометрический) всегда устанавливается законами – общими (природы) или частными (полиса). Итак, **справедливость – это равенс-**

тво, основанное на законе или на природе (естественном законе). Равенство достигается либо самими гражданами в ходе общения, либо при посредничестве судьи. Справедливость, таким образом, есть результат реализации (применения) закона. Платон полагал, что закон как осознанное формальное выражение идеи блага уже выражает максимум нравственных требований. Он не допускал поэтому никакой конкуренции закону. Роль судьи при таком подходе сводилась бы лишь к правильному применению закона. Однако Платон учитывал неизбежное несовершенство и неполноту закона даже и в идеальном государстве, описанном им в «Законах»: «закон и порядок ... охватывают своим взором многое, но не могут охватить всего» [19, 332]. И поэтому Платон пишет о предоставлении определенной свободы для судьейского усмотрения – но только в общих рамках, установленных законом: «Часть вопросов надо предоставить судам; другую же часть им предоставить нельзя, а надо самому установить здесь законы» [19, 333]. Законодатель должен установить «общий обзор и типы взысканий, которые служили бы судьям образцами и препятствовали им выходить за пределы правосудия» [15, 334]. Аналогичное требование высказывает и Аристотель: «...хорошо составленные законы должны, насколько это возможно, всё определять сами и оставлять как можно меньше произволу судей...» [5, 16].

У Платона и речи нет о том, чтобы противопоставить закону иную систему этических норм. Пределы правосудия определяются на основе законов, но никак не противопоставляемых им моральных норм. Платон не стремится разграничить право (закон) и мораль. Согласно Аристотелю, в основе любого права (правосудности, справедливости) лежит закон [3, 159]. Но справедливость не есть какая-то данность. Как правильное соотношение между крайностями, как середина между ними, она каждый раз обнаруживается благодаря деятельности судьи. В этом отношении весьма показателен критический выпад Цицерона в адрес Платона и Аристотеля: «Как будто справедливость должна быть присуща

одним только судьям и людям, облеченным какой-либо властью, а не всем!» [22, 57]. Как отмечает Аристотель справедливость и несправедливость не сводятся к закону и не существуют сами по себе. **Справедливость представляет собой определенный способ уравнивания, достигаемый судьей.** «Правосудное (и неправосудное) не есть закон, то и другое – результат применения закона. Закон называется «правосудным» переносно» [10, 723]. Руководством для судьи могут и должны служить как частные (писанные), так и общие (неписанные) законы, восполняющие недостатки частного закона или исправляющие его [5, 64; 4, 426]. Поэтому, согласно Аристотелю, и «правосудие бывает двух видов – одно неписаное, а другое по закону» [3, 240].

Отправление правосудия при таком понимании оказывается особым искусством, результатом которого и является право (правосудность или справедливость). Однако это еще не все. Римская формула говорит об искусстве не только справедливости, но и добра. О добре пишет и Аристотель, причем именно в связи с применением судьей закона. Что обозначалось термином «добро» в античном этико-правовом лексиконе? Искусство состоит в том, чтобы «найти» право (равенство, середину) на основе частного, а также, по необходимости, общего закона. Аристотель отмечает, что «справедливость может быть природная и установленная законом» [1, 327]. Правосудие (неправосудие) на основе естественного закона и закона полиса не совпадают: «если в неведении [тех или иных обстоятельств] человек [кого-то] осудил, он не поступает неправосудно с точки зрения узаконенного правосудия и суд его не неправосудный, но в каком-то ином смысле этот человек все же неправосудный, ибо законное правосудие и первичное – разные вещи» [4, 166]. Более резко (в соответствии с задачами работы) Аристотель отмечает несовпадение в Риторике: правда есть «то, что справедливо вопреки писаному закону» [5, 61].

Кроме ограниченности позитивного закона существует также коллизия внутри общих законов. Так, Аристотель показывает необ-

ходимость выбора на примере отношений займа. По общему правилу, пишет он, «долг следует вернуть, но, если это деяние перевешивают нравственно прекрасное или необходимое, следует отклониться в их сторону» [3, 247]. В этом в частности и состоит роль судьи, который должен выбирать нравственно «прекрасное или необходимое». Общие (неписанные) законы, согласно Аристотелю – это, в том числе, законы морали [7]. Судья творит не просто право, но «добро». «Право» и «добро», по мнению философа, «не являются тождественными во всех отношениях, но и не различны по роду» [3, 167]. Как пишет Аристотель, «добро есть право, однако право не в силу закона, а [в качестве] исправления законного правосудия». Добро есть дополнение и исправление права, основанного на применении закона. «Добро», будучи лучше какого-то [вида] права, есть [все-таки] «правое», а не лучше права как некий другой род. Таким образом, «[добро] и есть право и лучше любого, но не безусловного права, [а точнее], оно лучше [права] с погрешностью, причина которой – его безусловность. И сама природа доброго – это поправка к закону в том, в чем из-за его всеобщности имеется упущение» [3, 168].

Согласно Цицерону, справедливость (*iustitia*), основанная на законе и предполагающая поэтому отношения между равными и свободными гражданами, дополняется также моральными нормами, требующими, в частности, гуманного отношения к рабам. Отличие позиции Цицерона от аристотелевской чисто терминологическое. Цицерон просто называет «добро» частным видом справедливости (*iustitia*) [9]. Формула римских юристов, по сути, представляет собой краткое и емкое выражение и развитие аристотелевской концепции, воспринятой римскими юристами, по-видимому, через творчество Цицерона. Цельс (а вслед за ним и Ульпиан) рассуждают именно как юристы, для них право объективируется именно в искусстве, в правосудии, правоприменении. Цицерон же, рассуждая как философ, онтологизирует право, оно приобретает у него са-

мостоятельное объективное существование. Он использовал термин право (*ius*) в различных значениях, в том числе в значении субъективного права. Однако основное внимание мыслителя направлено на определение понятия права в объективном смысле (не сводимом, однако, целиком к системе законов). Такая объективация права порождалась также многочисленностью его источников, столь характерной для Древнего Рима, и особой значимостью судебной защиты права – или, другими словами, – реального бытия права. Понятие *ius*, таким образом, позволило замкнуть в единую систему всю совокупность отдельных систем нормативного характера и выражаемую ими идею справедливости и добра.

Лаконичное определение Цельса по сути очень близко к определению права в рамках современного социологического правопонимания. Право не сводится к закону (позитивному и/или естественному). Право есть отношение, пропорция (арифметическая или геометрическая), есть равенство. Причем это равенство, рассматриваемое как суть справедливости, каждый раз определяется судьей. Судья при этом действует не по своему произволу. В кратком виде итог наших рассуждений о греко-римской формуле права может быть сведен к следующему.

1. Право не сводится к системе норм (законов), хотя они и составляют его основу. Как говорил Гераклит, «законы, – знамения справедливости» [20, 185]. Судопроизводство есть реальное применение принципа справедливости и, по сути, **реальное воплощение права**.

2. **Справедливость** составляет саму суть права и выражается она в **равенстве** (геометрической или арифметической пропорции). Справедливость (тот или иной тип равенства) достигается судьей не по своему произволу, а на основании полисного и общего (естественного) законов. Подчеркнутое уважение к закону – характерная черта греко-римской цивилизации. Исключения – софисты и киники – только подтверждают общее правило. Таким образом, именно

законы составляют нормативную основу права. Как писал Цицерон, закон «есть мера права и бесправия» [23, 95].

3. Закон уже в силу своей всеобщности не лишен недостатков. Они должны быть нивелированы благодаря применению естественного закона. Помимо этого судья не может применить законы без учета намерения совершившего поступок и его поведения в целом, обстоятельства дела и замысла законодателя. «Правда» (в новом переводе аристотелевской «Риторике» О. Цыбенко данный термин Аристотеля переводится как «доброта») [6, 51] не может ограничиваться слепым применением писаного закона.

4. **Ограниченность строгой законности снимается** благодаря деятельности судьи (посредника), который заботится не только о справедливости-равенстве. Его сверхзадача – обеспечить максимальное соответствие идее «добра». Таким способом, на основе исправления и дополнения строгой законности достигается реальное наличное существование права, сочетающего в себе и законность и, говоря словами Роско Паунда, «идеал социального контроля».

5. **Свобода**, которая сегодня зачастую включается в определение права, как таковая специально не оговорена в данном определении в качестве элемента права. Это вполне оправданно, поскольку **свобода понимается как обязательная предпосылка правосубъектности.** Право, согласно Аристотелю, «имеет место для участвующих в общей жизни ради самодостаточного бытия [в государстве], причем для [граждан] свободнорожденных и равных пропорционально или арифметически» [3, 159]. По этой причине отношения между господином и рабом, детьми и отцом, по мнению Аристотеля, не являются правовыми.

В своей основе формула римских юристов «право есть искусство добра и справедливости» выдержана в рамках подхода, который можно с учетом современных реалий назвать умеренно социологическим, в духе Е. Эрлиха [16] или Роско Паунда [13]. «Интегративный» потенциал анализируемого

определения заключается в том, что в нем в органическом единстве представлены основные компоненты, составляющие материю права. Безусловно, данная оценка грешит определенным модернизаторством по отношению к греко-римскому стилю правового мышления. Тем не менее примененный подход позволяет сформулировать вполне современный вывод: общее определение права, которое учитывало бы его тысячелетнюю историю и многообразие ранних и современных правовых систем, будучи достаточно общим, может быть построено на основе какого-то одного фундаментального принципа (признака, свойства). Оно, в свою очередь, может быть только таким, чтобы через него, в разной степени и сочетаниях, могли быть представлены иные атрибуты права.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Аристотель. Большая этика (перевод Т.А. Миллер) / Аристотель. Сочинения: В. 4-х т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. 830 с.
2. Аристотель. Евдемова этика. М.: ИФ РАН, 2005. 448 с.
3. Аристотель. Никомахова этика / Аристотель. Сочинения: В. 4-х т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. 830 с.
4. Аристотель. Политика / Аристотель. Сочинения: В. 4-х т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. 830 с.
5. Аристотель. Риторика / Античные риторика. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978. 352 с.
6. Аристотель. Риторика. Поэтика. М.: Лабиринт, 2000. 224 с.
7. Батиев Л. В. Закон и право в философии Аристотеля // Правоведение 2004. № 3. С. 165-178.
8. Батиев Л.В. Кризис правопонимания и проблемы формирования современной парадигмы права / Труды Южного научного центра Российской академии наук. Том. V: Социальные и гуманитарные науки. Ростов-на-Дону: Изд-во ЮНЦ РАН, 2009. С. 281-294.
9. Батиев Л. В. Учение Цицерона о естественном законе и праве // Северокавказский юридический вестник. 2004. № 3. С. 142-160.
10. Брагинская Н. В. Никомахова этика (Примечания) / Аристотель Сочинения: В 4-х т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. 830 с.
11. Вернан Ж.-П. Происхождение древнегреческой мысли. М.: Прогресс, 1988. 224 с.
12. Дигесты Юстиниана. М.: Статут, 2002. 584 с.
13. Кечекьян С. Ф. Американские социологические теории государства и права // Вестник Московского университета. Право. 1967. № 2. С. 3-15.

14. Ксенофонт. Воспоминания о Сократе. М.: Наука, 1993. 379 с.
15. Макинтайр А. После добродетели: Исследование теории морали. М.: Академический Проект; Екатеринбург: Деловая книга, 2000. 384 с.
16. Марчук В. П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. Киев: Вища школа. 1977, 167 с.
17. Минос / Платон. Собрание сочинений в 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1994. 830 с.
18. Платон. Горгий / Платон. Собрание сочинений в 4 т. Т.1. М.: Мысль, 1990. 860 с.
19. Платон. Законы / Платон. Собрание сочинений в 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1994. 830 с.
20. Фрагменты ранних греческих философов. Часть I. От эпических теокосмогоний до возникновения атомистики. М.: Наука, 1989. 576 с.
21. Хвостов В. М. Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum jus* в римской классической юриспруденции // Учёные записки Моск. ун-та. Юрфак. Вып. 10. Отдел юридич. 309. 311 с.
22. Цицерон. О государстве / Цицерон. Диалоги. О государстве. О законах. М.: Ладомир – Наука. 1994. 223 с.
23. Цицерон. О законах / Цицерон. Диалоги. О государстве. О законах. М.: Ладомир – Наука. 1994. 223 с.