

УДК 340.122; 340.130.4

**ПРОБЛЕМА ИСТОЧНИКОВ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ  
ЕСТЕСТВЕННО-ПРАВОВЫХ ТЕОРИЙ И КОНЦЕПЦИЙ  
ЮРИДИЧЕСКОГО ПОЗИТИВИЗМА**

*М.К. Тагаев*

Рассматриваются вопросы, касающиеся природы источников права в контексте естественно-правового и позитивистского типов правопонимания.

*Ключевые слова:* источник права; юснатурализм; юридический позитивизм; естественное право; позитивное право; формы права.

---

**THE PROBLEM OF THE SOURCES OF LAW IN THE CONTEXT  
OF NATURAL LAW THEORIES AND CONCEPTS OF LEGAL POSITIVISM**

*М.К. Тагаев*

The article considers the questions concerning the nature of sources of the law in a context of natural law and positivistic types of legal consciousness.

*Key words:* source of law; jusnaturalism; legal positivism; natural law; positive law; legal forms.

Проблема источников права – одна из актуальнейших в юридической науке. С тех пор, как возникло право, проблемы истоков его образования, форм его организации и существования постоянно привлекали к себе повышенное внимание исследователей-теоретиков и юристов-практиков [1, с. 3; 2]. Это обусловлено, прежде всего, тем, что подход к определению источников права связан с самым важным вопросом юриспруденции – что есть само право? В зависимости от типа правопонимания различаются и представления о том, что считать источником права [1, с. 10–29]. “Источник права – это обусловленный характером правопонимания данного общества способ признания социальных норм в качестве обязательных”, – утверждал Г.М. Муромцев [3, с. 30]. Л.И. Спиридонов подчеркивал, что главной причиной расхождения в трактовке природы источника права является различное правопонимание [4, с. 136].

На мысли о том, что правопонимание предопределяет подходы к изучению источников права, все внимание акцентируют различные исследователи. “Общеизвестно, – пишет А.Н. Дубовицкий, – что понятия “право” и “источники права” взаи-

мосвязаны, взаимообусловлены и, по большому счету, синонимичны. В основе конкретных источников права лежит то или иное правопонимание” [5; 6, с. 3]. Ф.М. Гаджинова утверждает, что рассматривать проблему источников права допустимо только в контексте определенного типа правопонимания, составляющего основу правового учения в целом [7, с. 35].

В качестве фундаментальных классических типов правопонимания выступают позитивизм и естественное право. Это направления правовой мысли, имеющие своих выдающихся представителей как в истории политико-правовых учений, так и в современном правоведении. Как понимается источник права в контексте этих типов правопонимания?

Естественно-правовая теория является одним из концептуальных направлений, оказавших заметное влияние на развитие правовой мысли во всех странах. Данная концепция исходит из существования двух систем права – естественного и позитивного. Юснатуралисты (приверженцы естественного права), противопоставляя естественное право и позитивное право, рассматривают закон (позитивное право) как нечто неподлинное (неподлинное и в качестве, и в сущности,

и в качестве явления), а естественное право (в той или иной версии) трактуют как единственное подлинное право (как нерасторжимое единство сущности, и в качестве явления подлинного права). Отсюда и характерное для юснатурализма положение о правовом дуализме – представление о двух различных, но одновременно действующих, типах (разновидностях) права: естественного и позитивного права. Последовательные юснатуралисты, по сути дела, отрицают позитивное право в пользу естественного права, а суверенное национальное государство (т. е. власть, устанавливающую позитивное право) подменяют надгосударственными инстанциями (в пределе, как полагали стоики, – космополисом) [8, с. 16].

Естественно-правовая концепция противоречит позитивистским представлениям о том, что право – это приказ власти. В контексте юснатурализма право дается природой и действует по природе с помощью таких инструментов, как разум и совесть. Подлинное право – естественное право. Позитивное право не должно противоречить естественному и должно соответствовать ему.

Сторонники естественно-правовой концепции исходят из того, что источниками естественного права (правовых норм) являются природа, общество, Бог. Источник естественного права юснатуралисты видели в разуме человека, но не в воле законодателя. Например, источник права, в соответствии с представлениями русской естественно-правовой школы, есть нормы нравственности, вытекающие из человеческого разума, этический закон, принцип свободы, равенства и справедливости [9, с. 143].

Именно поэтому право и воля законодателя (закон) могут не только не совпадать, но и противоречить друг другу. “Естественное право заявляет о моральном этическом характере естественных законов, которые ...ограничивают власть государства”, – выразил свою философию Софокл устами главной героини в трактате “Антигона”. Антигона отказывается выполнять волю Креона на том основании, что есть высший закон – созданный богами. Это – нравственный закон, которому она отдает предпочтение: “Я не думаю, что твой эдикт обладал такой силой, которая дает смертному существу власть нарушать неписанные божественные законы, эти законы не может поколебать никто” [10, с. 42].

При этом отметим, что единства в понимании естественного права не существует. Естественное право отождествлялось с естественной закономерностью, такой же как, например, рождение и последующая смерть (Древняя Греция и Древний Рим), трактовалось как воля Бога, которая находит

отражение в человеческом разуме и Священном Писании (Средневековье); оформлялось в индивидуалистические трактовки (Новое время); интерпретировалось как правовой идеал, на который необходимо равняться позитивному (государственно установленному) праву (конец XIX в. – Новейшее время) [11, с. 40–42].

Критики теории естественного права подчеркивают, что юснатуралисты смешивают право с моралью, нравственностью и религией. “Основной недостаток естественно-правовой концепции правопонимания заключается в том, что данный подход нередко выражает релятивистские представления о нравственности и нравственности права, где происходит смешение права и морали, должного и сущего, нормы и фактического содержания правоотношения”, – подчеркнул В.Н. Дубовицкий [6, с. 4]. Заслугой естественно-правовой доктрины является утверждение идеи неотъемлемых прав человека и гражданина. Однако, “не умаляя заслуг естественно-правовой концепции, мы должны отметить, что представители этой теории не представляют убедительных доказательств того, что право в своем становлении хотя бы какой-то своей частью обходило государство” [12, с. 71].

Естественное и позитивное право выступает в виде единства внешних противоположностей, а следовательно, разных сущностей [13, с. 219]. Но, как свидетельствует политико-правовая практика многих современных государств, роль и естественно-правовых начал, и позитивного права “в их регулятивном механизме по мере развития общества не только понижается, а наоборот, постоянно возрастает [14, с. 7]. Это находит свое отражение, в частности, в конституционных актах государств, например, в действующей Конституции России, отличительной чертой которой, как отмечает Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькин, “является то обстоятельство, что в ней достаточно четко сформулированы ее концептуальные основы, базирующиеся на естественно-правовом подходе к пониманию права” [15, с. 53–54].

Представляется вполне обоснованным то, что любая теория естественного права предполагает наличие позитивного права; естественное право приобретает определенность и юридическое значение, когда находит воплощение в законах, обычаях, судебных решениях, которые и служат подлинными источниками права в формальном смысле слова.

В этом смысле позитивное (положительное) право “по существу своему” проявляется как “организованная попытка формулировать естественное право” [16, с. 213]. Духовно-жизненная важ-

ность этого дела, пояснял И.А. Ильин, “сознание его ответственности и уверенность в том, что такая формула едина, составляют то духовное основание, которое пробуждает людей сосредоточиваться на строгой формальной регулированности самого порядка, в котором создается право” [16, с. 213]. Во всех случаях расхождения положительного права с естественным, заключал ученый, первое (положительное право) “оказывается суррогатом” второго (естественного права). И “если это расхождение обостряется до конфликта, то положительное право может предстать сознанию в роли “ложного” права, лжеправа или “самозванца” [16, с. 214–215].

Будучи феноменом социальной природы и правосознания человека, естественное право не может и не должно противопоставляться позитивному праву как порождению воли социальных устремлений человека [14, с. 8]. Ведь, в конечном счете, позитивное право и естественное право, несмотря на имеющиеся между ними “расхождения”, будучи, соответственно, порождением воли, разума и природы и, вместе с тем, будучи носителями одной и той же морально-правовой культуры, призваны выполнять одинаковые в регулятивном отношении социальные функции и решать одни и те же стоящие перед обществом задачи [14, с. 9].

Иной подход к пониманию права и его источников демонстрируют позитивистские концепции, нашедшие отражение в трудах И. Бентама, Дж. Остина, К. Бергбома, Г. Харта, Г. Кельзена, Г.Ф. Шершеневича и др. Юридический позитивизм принципиально отрицает иное (естественное), кроме позитивного, право. Соответственно, в природе права видели не универсальный закон природы или божественный разум, а самого человека в выражении воли государства. Нормы творит государство. Именно государство и является субъектом, творящим право.

По мнению В.С. Нерсесянца, право для легистов – это лишь позитивное (реально-эмпирически данное) явление, а именно любое (в том числе произвольное) официально-властное, принудительно-обязательное установление нормативного характера. Фактически же сущностью права у легистов оказывается властная принудительность (приказ власти), поскольку именно по этому признаку они отличают право от неправа [2, с. 14].

Ответ на вопрос: что такое право? у сторонников позитивизма, как правило, заключается в том, что право – это то, что устанавливает власть как общеобязательное правило, это закон, это эмпирическая реальность.

Эту позицию в Новое время разделял идеолог абсолютистского государства Т. Гоббс. По его мнению, “правовая сила закона состоит только в том, что он является приказанием суверена” [17, с. 214], право – это приказ суверена. Дж. Остин подчеркивал, что “всякое право есть команда, приказ”, “агрегат правил, установленных политическим руководителем или сувереном” [18, с. 89, 98].

“Всякая норма права – приказ”, – подчеркивал Г.Ф. Шершеневич [19, с. 280]. Он считал, что государство является единственным источником права, а право – произведение государства и его функция. Г.Ф. Шершеневич утверждал, что отличительной чертой права, понимаемого как совокупность норм, установленных государством, является его принудительный характер.

И. Бентам реальным правом признавал лишь то, которое установлено государством. Он отвергал теорию естественного права, утверждая, что содержание естественного права неопределенно и толкуется по-разному. По его мнению, “право”, противопоставляемое закону, “является величайшим врагом разума и самым страшным разрушителем правительства” [20].

Существенный вклад в формирование позитивизма как научного направления был внесен Р. Иерингом, который тесно связывал представление о праве как средстве юридической защиты интересов отдельных лиц и обеспечения жизненных условий общества в целом с правовыми нормами, исходящими от государства и поддерживаемыми его принудительной силой [21, с. 29].

Право для “фактических позитивистов” XIX в. отождествлялось со знаковой (текстуальной) формой его внешнего выражения, создаваемой и обеспечиваемой государственной властью. Как справедливо отметил профессор И.Л. Честнов, “это же касается и конституции, которая выступает основным законом, т. е. главной, юридически приоритетной в данном государстве формой права. При этом важно то, что для “фактических позитивистов” конституция есть искусственное образование, созданное по усмотрению (возможно) плану законодателя” [22, с. 338].

Под позитивным правом часто понимают совокупность законов, подзаконных актов, прецедентов, обычаев, которые установлены, официально признаны и имеют принудительную силу, т. е. позитивированы. Юристы называют их также положительным правом, имея в виду, что эти нормы положены, установлены властью как общеобязательные правила поведения, обладающие принудительной силой.

Юридический позитивизм был подвергнут критике оппонентов. Они считают, что позитивистский подход, который сложился к началу XIX в., страдает многими недостатками. “Главный недостаток данного подхода то, – пишет в этой связи В.Н. Кудрявцев, – что право превращается в инструмент государства самим же государством” и имеет место нежелание анализировать содержательную сторону норм [23, с. 7]. Оппоненты подвергают критике положения позитивистского подхода, в контексте которого право исходит от государства как результат действий государственных органов, право является велением официальной власти и источником права выступает государство.

При этом “юридический позитивизм свел наблюдаемые явления к текстам источников права, преимущественно закона и ограничил юридическую науку описанием, обобщением, систематизацией и классификацией нормативных предписаний законодателя. Из проблематики юридической науки была исключена социальная обусловленность права”, – констатировал В.Д. Зорькин [24, с. 27].

Оппоненты – сторонники социологической юриспруденции – утверждают, что государство принимает несправедливые и негуманные законы, в которых игнорируются социальные факторы. Однако социологический тип правопонимания в вопросе об истоках (источниках) права не находится в абсолютной оппозиции к позитивистскому. По справедливому замечанию В.В. Трофимова, “при исследовании проблем правообразования сторонники позитивистского подхода вовсе не отрицают необходимости анализа, в том числе и количественного, социальной жизни человека, межличностных отношений, социальных контактов, социального взаимодействия, психологических аспектов этого взаимодействия” [25, с. 27]. Аналогичную точку зрения высказывает и М.И. Байтин [21, с. 18].

“Как бы мы не рассуждали, – пишут Ф.М. Раянов и А.Ш. Гардионон, – в реальной жизни право объективизируется в форме закона, нормативного акта, изданного государством или санкционированного им вне государства и без его ведома право не может реализоваться в доступную адресатам форму” [26, с. 43]. Право “вне государства немислимо, – отмечал В.К. Бабаев, – ...и является результатом государственной правотворческой деятельности” [27, с. 114]. В конечном счете, все источники права, в широком смысле этого слова, прямо или косвенно генерируются органами государственной власти [10, с. 148], и подмена закона как источника позитивного права естественными законами может вызвать негативные последствия.

В контексте позитивистского подхода вычленены формальные признаки права (общезначимость, публичность, формальная определенность, обеспеченность системой государственных гарантий и санкционированность), которые составляют его юридическую сущность, определяя, что есть право как нормативный регулятор общественных отношений, основывающихся на принципах естественного права. Поэтому позитивистский подход способен давать ответы на практические вопросы правового регулирования [28, с. 5].

#### Литература

1. *Марченко М.Н.* Источники права: учебное пособие / М.Н. Марченко. М., 2005.
2. *Нишник Н.С.* Истоки, источники, формы права: некоторые проблемные аспекты понимания и соотношения / Н.С. Нишник, Р.А. Ромашов, В.П. Сальников // Истоки и источники права: очерки; под ред. Р.А. Ромашова, Н. С. Нишник. СПб., 2006. С. 6–19.
3. *Муромцев Г.И.* Источники права (теоретические аспекты проблемы) / М.Н. Марченко // Правоведение. 1992. № 2. С. 23–30.
4. *Спиридонов Л.И.* Теория государства и права / Л.И. Спиридонов. СПб., 1999.
5. *Гурова Т.В.* Актуальные проблемы теории источников права / Т.В. Гурова. М., 2001.
6. *Дубовицкий В.Н.* Правопонимание и источники права // Веснук Гродзенскага дзяржаўнага універсітэта ўмя Янку Купалы / В.Н. Дубовицкий // Правазнаўства. 2008. Серыя 4. № 2 (70). С. 3–8.
7. *Гаджинова Ф.М.* Источники права и их система в современном российском праве: дис. ... канд. юрид. наук / Ф.М. Гаджинова. М., 2004.
8. *Общая теория права: курс лекций* / под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993.
9. *Трубецкой Е.Н.* Лекции по энциклопедии права / Е.Н. Трубецкой. СПб., 1998.
10. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Ж.-Л. Бержель; пер. с фр.; под общ. ред. В.И. Даниленко. М.: ИД “Nota Bene”, 2000.
11. *Поляков А.В.* Общая теория права: учебник / А.В. Поляков, Е.В. Тимошина. СПб.: ИД Санкт-Петербург. гос. ун-та, 2005.
12. *Тальянина И.А.* Источники современного российского права: дис. ... канд. юрид. наук / И.А. Тальянина. СПб., 2004.
13. *Черненко А.К.* Правопонимание: диалектический анализ / А.К. Черненко // Теоретические и практические проблемы правопонимания: Материалы III Междунар. науч. конф., сост. 22–24 апреля 2008 г. в Российской академии правосудия; под ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной. М., 2010.

14. *Марченко М.Н.* “Умеренный” позитивизм и верховенство права в условиях правового государство / М.Н. Марченко // Государство и право. 2012. № 4. С. 5–10.
15. *Зорькин В.Д.* Конституционно-правовое развитие России / В.Д. Зорькин. М., 2011.
16. *Ильин И.А.* Теория права и государства / И.А. Ильин; под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003.
17. *Гоббс Т.* Левиафан / Т. Гоббс. М., 1936.
18. *Austin J.* Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law. London., 1873.
19. *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. Вып. 1. М., 1910.
20. *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства / И. Бентам. М.: Директ-Медиа, 2009.
21. *Байтин М.И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М.И. Байтин. Саратов: СГАП, 2001.
22. *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права / И.Л. Честнов. СПб.: ИД “Алеф-пресс”, 2012.
23. *Кудрявцев В.Н.* О правопонимании и законности / В.Н. Кудрявцев // Государство и право. 1994. № 3. С. 6–11.
24. *Зорькин В.Д.* Позитивистская теория права в России / В.Д. Зорькин. М., 1987.
25. *Трофимов В.В.* Проблемы теории правообразовательного процесса / В.В. Трофимов // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 1. С. 24–36.
26. *Раянов В.М.* Размышления о государстве / В.М. Раянов, А.Ш. Гардинов. Уфа, 1994.
27. *Общая теория государства и права: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко.* 3-е изд., перераб. и доп. Т. 2. Право. М.: Норма, 2007.
28. *Варламова Н.В.* Непозитивистская концепция юридической догматики: постановка проблемы / Н.В. Варламова // Российское правосудие. 2007. № 10. С. 4–14.