

ПРАВОВАЯ, ПОЛИТИЧЕСКАЯ И РЕЛИГИОЗНАЯ МЫСЛЬ

ПРИНЦИПЫ ПРАВА В ЗАРУБЕЖНОЙ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ: ПРИРОДА, НАЗНАЧЕНИЕ И ФУНКЦИИ

© 2016 г. Виктор Николаевич Корнев¹

В статье анализируется доктрина принципов права, сформированная в зарубежной юридической науке на основе различных подходов к пониманию права. Особое внимание обращается на выявление природы принципов права и на функции, которые выполняют принципы. Кроме того, предметом исследования стала проблема соотношения нормы права, правила, принципа права.

The article analyzes the doctrine of the principles of law, formed in foreign legal science on the basis of various approaches to understanding law. Special attention been targeted at identifying the nature of the principles of law and the functions that perform the principles. In addition, the study focused on the problem of the relation of law, rule, principle of law.

Ключевые слова: норма права, принцип права, дефинитивные предписания, тезис взвешивания, тезис коллизионности, тезис оптимизации, правило, юридический позитивизм, интегративный подход к пониманию права, естественное право.

Key words: Rule of Law, principle of law, definitive requirements, weighing the thesis, the thesis of collezionisti, the thesis optimization, rule, legal positivism, integrative approach to understanding of law, natural law.

Принципы права, их природа, сущностные отличительные черты, роль в правоприменении активно обсуждаются в зарубежной юридической науке. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к трудам Р. Дворкина², Р. Алекси³, Ж.-Л. Бержеля⁴, Й. Эссера⁵, Г. Кельзена⁶, К. Ларенца⁷, Дж. дель Веккио⁸, А. Якаба⁹ и других зарубежных ученых-юристов. В предлагаемой статье предпринята попытка исследовать доктрину принципов права, которая сформировалась в результате исследований ученых-юристов Запа-

да, принадлежащих к различным направлениям в юридической науке: позитивизм, школа естественного права, интегративный подход к пониманию права и т.д.

В настоящее время различные теории постулируют то, что **принципы права отличаются от норм права** (правил) тем, что они имеют специфическую структуру.

Этой позиции придерживался немецкий ученый Й. Эссер (J. Esser), который писал, что нормы права отличаются от принципов определенностью обстоятельств их применения. Принцип же, напротив, не содержит обязательного указания на определенный юридический случай, который требует своего разрешения. По его мнению, “принцип – это только форма для ряда относящихся к типичным точкам зрения”¹⁰. По Эссеру, “принцип права не есть правовое предложение, правовая норма в техническом смысле слова. Он не содержит обязательного указания на непосредственный способ разрешения спорного вопроса. Напротив, в нем выражается предложение или требование необходимости законодательного или судебного установления такого указания. Принципы права в отличие от нормы права – это содержание по отношению к форме, каковой является норма”¹¹. Именно после опубликования работы

¹ Проректор по научной работе Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор (E-mail: nauka-rap@mail.ru).

Victor Kornev, vice-rector on scientific work of Russian state University of justice, Doctor of Law, Professor (E-mail: nauka-rap@mail.ru).

² См.: Dworkin R. Taking Rights seriously. Cambridge, 1977.

³ См.: Alexy R. Zum Begriff des Rechtsprinzips in: dess., Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtstheorie. Frankfurt am Main, 1996.

⁴ См.: Bergel J. L. Theorie generale du droit. Dalloz, 1989.

⁵ См.: Esser J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tubingen, 1956.

⁶ См.: Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979.

⁷ См.: Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Berlin, 1991.

⁸ См.: Giorgio del Vecchio. General Principles of Law. Boston, 1956.

⁹ См.: Jakab A. Concept and Function of Principles. Critique of Robert Alexy // Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Heidelberg, August 28. 2009. № 119. P. 145–159.

¹⁰ Esser J. Ibid. S. 50 f.

¹¹ Ibid. S. 50.

Эссера “Принцип и норма в судебском формировании частного права” в западной юридической науке возникла широкая дискуссия по вопросу разграничения понятий “норма права” и “принцип права”.

В связи с такой дискуссией несомненный интерес для современной отечественной юридической науки представляют положения теории Г. Кельзена о соотношении понятий “принцип права” и “норма права” и та оценка теории разграничения принципов и норм права, которую разработал Й. Эссер.

Во-первых, Г. Кельзен разграничивал понятия “принципы права” и “принципы морали и политики”. Принципы права, как считал ученый, устанавливаются в процессе анализа и сравнения норм позитивного права, т.е. с точки зрения методологии “чистого учения о праве” принципы права как часть позитивного права и правопорядка имеют сугубо юридическую природу. Во-вторых, принципы морали и политики не имеют юридической природы. Названные принципы адресованы прежде всего нормоустанавливающему авторитету, определяют мотивы его деятельности и содержание устанавливаемых норм. То, что указанные принципы оказывают влияние на выработку норм и определяют их содержание, вовсе не означает, как считал Й. Эссер, с которым полемизировал Г. Кельзен, критикуя его теорию “трансформации”, что они позитивируются, т.е. становятся составной частью системы позитивного права и правопорядка в целом. Эссер задался вопросом: “С какого момента принцип права приобретает свойства позитивного права?”. Из такой постановки вопроса, как справедливо считает Кельзен, следует, что принципы права являются таковыми еще до того момента, как они станут частью позитивного права, что полностью соответствует учению о естественном праве. На поставленный вопрос Эссер отвечает: “Как только они (принципы. — В.К.) посредством акта правотворчества, юридической практики правовой доктриной институализируются, все принципы права становятся процессуально охраняемыми элементами позитивного права”¹². Тот путь, который проходит принцип права, превращаясь в позитивное право, Й. Эссер называет “трансформацией”, т.е. “позитивацией принципов”¹³. С помощью этой теории Эссер пытался преодолеть противоречие, существующее между естественным правом и позитивным правом, и сформулировать синте-

тическую (в какой-то степени интегративную) концепцию принципов права.

Однако для Г. Кельзена как сторонника юридического позитивизма принцип, имеющий моральную природу, оставался таковым даже несмотря на то, что он был закреплён в позитивном праве. В связи с этим Кельзен подчеркивал, что принцип справедливости или иной моральный принцип не теряют своей природы даже тогда, когда они определяют содержание нормы позитивного права. Вместе с тем Кельзен высказывал сомнения относительно методологии разграничения Эссером принципа и нормы. Он писал, что “с терминологической точки зрения такая позиция является по меньшей мере сомнительной. Автор не обращает внимания на то, что этико-политические принципы, которые определяют содержание права, имеют нормативный характер”¹⁴. Отсюда можно сделать вывод о том, что для Г. Кельзена как нормативиста такая категория, как принцип, отличающаяся от нормы права, не существует. Принципы права для него — это нормы позитивного права.

Однако, как представляется, Г. Кельзен допускал некоторую методологическую непоследовательность, отмечая, что **моральный принцип индивидуальной свободы** находит свою реализацию в позитивном правопорядке **как принцип свободы договора**. Вместе с тем позитивный правопорядок, в котором реализуется принцип свободы договора, не все соглашения между индивидами признает действительными (действующими), например сделки, заведомо противные принципам морали и нравственности. Таким образом, субъекты права не признаются “свободными”. Позитивный правопорядок управомочивает их на заключение обязательных договоров.

Стоит заметить, что признание Г. Кельзенем влияния на правотворческий процесс морали, политики, а также интересов определенных групп лиц населения позволяет нам преодолеть расхожий тезис, будто бы Г. Кельзен, создавая “Чистое учение о праве”, полностью отрицал воздействие на норму права метаюридических факторов. Как показывает анализ соответствующих положений “Общей теории норм”, ученый придавал существенное значение обусловленности процесса выработки норм, а также их содержания моралью, политикой и иными факторами, не имеющими юридической природы. Поэтому, давая определение праву, Г. Кельзен писал, что право по своей сути — это система предписывающих, разрешающих, управомочивающих и дерогирующих

¹² Ibid. S. 132.

¹³ Ibid. S. 42.

¹⁴ Kelsen H. Ibid. S. 92–99.

(derogation) норм. Допускать, что каждая норма устанавливает “должное”, — значит признавать то, что этим словом охватываются все возможные нормативные функции: веление (предписание), управомочивание, дозволение, дерогирование.

Согласно Г. Кельзену норма — это содержание акта воли. Поскольку, как он считал, словом “норма” обозначают предписание, приказ, веление, постольку “норма” означает: нечто должно быть или должно произойти. Ее языковое выражение есть императив или *предложение долженствования* (Soll — Satz). Акт, содержание которого означает, что нечто предписывается, повелевается, является актом воли. То, что предписывается, велится, является прежде всего определенным поведением человека. Норма не есть высказывание, и ее нужно точно отличать, в особенности от высказывания о ней. Высказывание есть содержание мыслительного акта. Норма, следует заметить, составляет содержание акта воли, *интенционально* направленного на определенное человеческое поведение. Смысл такого акта состоит в том, что другой (другие) должен (должны) поступать именно определенным образом, т.е. так, как предписано нормой. В норме, полагал австрийский ученый, выражается долженствование как исходная (первичная) категория¹⁵. В своей теории права он использовал понятие должного, сформулированное Р. Эйслером (R. Eisler), который писал: “Основой (исток) должного является воля; должное постоянно проявляется как волевое установление и находит свое оправдание в предполагаемой (желаемой) цели волевого акта, что делает это требование (должного) истинно обоснованным, разумным и справедливым”¹⁶.

В современной западноевропейской теории права различаются понятия “норма права” и “правовое предложение”. Вследствие этого разграничения становится ясным, что нормы права относятся к категории норм долженствования. В этом смысле норма права является неосязаемым предметом, наподобие стола, стула. Носителем нормы права, т.е. посредством чего она становится вообще внешне узнаваемой, познаваемой и реализуемой, становится правовое предложение (Rechtssatz)¹⁷.

Теорией права Г. Кельзена порожден современный спор между “эксклюзивным” и “инклюзивным” взглядами на правовую систему. С точки зрения сторонников первого подхода, при изучении права принимается во внимание прежде всего логическая структура права, нормативные высказывания рассматриваются исключительно в формально-логическом аспекте, а все остальные элементы правового бытия (социальный контекст, защищаемые правом ценности, соотношение права и морали и т.д.) выводятся за рамки права. Наиболее ярким представителем этого направления является аргентинский ученый-юрист русского происхождения Е. В. Булыгин. Для “инклюзивного” подхода к пониманию права характерно то, что он признает связь права с ценностями, которая позволяет отграничить право от произвола. Последнее направление не является однородным, так как его сторонники близки и к естественноправовой теории (Р. Алекси), и к социологическому позитивизму (М. Атиенза)¹⁸.

В англосаксонской правовой системе нормы и принципы права разграничивает Р. Дворкин, являющийся сторонником интегративного подхода к праву, так как считает, что право — это есть система норм и принципов. Этой проблеме посвящены работа “О правах всерьез” (1977), а также другие его исследования. Автор, как и Й. Эссер, подчеркивает, что в правовом порядке принципы (Grundsätze) и правила (Normen) имеют различную логическую структуру и различаются не просто уровнем дифференциации, т.е. количественно, а строго разделяются, т.е. имеют качественное различие.

Немецкий ученый-юрист и философ права Р. Алекси весьма детально, с большей аналитической четкостью разработал отличительные особенности, существующие у норм, устанавливающих правила, и норм, закрепляющих принципы права¹⁹. Для него существуют два разделенных мира: первый — мир правил, который характерен для стандартного процесса правоприменения, второй — мир принципов, который рассматривается с точки зрения их “веса”, “взвешенности”. Тезис Алекси о том, что принципы имеют “вес”,

¹⁵ См.: Корнев В. Н., Лиска О. М. Природа, виды и функции нормы в теории права Ганса Кельзена // Росс. правосудие. 2013. № 6. С. 14.

¹⁶ Eisler R. Der Zweck, seine Bedeutung für Natur und Geist. Berlin, 1914. S. 77.

¹⁷ См.: Rutters B., Fischer Chr., Birk A. Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre. 7. Auflage. München, 2013. S. 57–99.

¹⁸ См.: Антонов М. В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой // Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237; Алекси Р. Понятие и действительность права (Ответ юридическому позитивизму) / Пер. с нем. А. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., 2011.

¹⁹ См.: Alexy R. On the Structure of Legal Principles // Ratio Juris. Vol. № 3. 2000. September. P. 294–304; Енилеева А. Э. Деление норм права на правила и принципы в учении Р. Алекси // Ученые записки Крымского федерального ун-та им. В. И. Вернадского // Юрид. науки. 2015. № 1. С. 26–33.

сближает его теоретическую позицию относительно природы принципов права с позицией Р. Дворкина. Вместе с тем главный и **отличительный** тезис его концепции состоит в том, что “принцип” нельзя понимать как категорию, структурно отличающуюся от “правила” (нормы). Согласно этой точке зрения принцип права означает “очень важное правило (норму)”. Поэтому Р. Алекси утверждает, что “каждая норма есть или правило, или принцип”. Стало быть, различие между правилом и принципом состоит в их качественных свойствах²⁰, а не только в уровне возможной осуществимости принципа права. **Абстрактной формой существования принципа и правила будет норма.** Такой вывод вовсе не отрицает наличия существования специальных функций, связанных с принципами. Речь о них пойдет ниже.

Другой важный момент, который характеризует концепцию Р. Алекси, — он (в отличие от Р. Дворкина и других ученых) избегает обсуждения проблемы моральной или юридической природы принципов права.

Разграничение норм и принципов проводится и по другим параметрам. Принципы, как считает Р. Дворкин, отличаются от норм тем, что они более емкие и неопределенные по своему содержанию, и многообразие различных норм права представляется как конкретизация одного принципа. Ввиду того, что принципы можно соотносить с определенной целью правового регулирования или ценностью, они заслуживают восприятия, поскольку влияют на обоснование правил, т.е. лежат в их основе или, иначе, — оправдывают необходимость их установления.

Принципы, как и нормы, являются правилами (нормами) поведения, в которых указано, кто, в каких условиях и как должен поступать. Правила — это нормы поведения, которые применяются по типу “все или ничего” (all — or nothing — fashion)²¹. Это означает, что в фактической ситуации, в которой реализуется гипотеза нормы права, юридические последствия, предусмотренные ее диспозицией, наступают тогда, когда норма действует, и не наступают, соответственно, когда норма не действует.

Принципы, в отличие от правил, имеют свойство “весомости”, или “важности”, тогда как все нормы обладают нормативной обязательностью одинаковой силы. Отсюда возникают существенные различия в случае коллизии норм и прин-

ципов. Коллизии норм преодолеваются путем обращения к коллизионным нормам, которыми установлены, как известно, правила преодоления возникающих коллизий: *lex specialis derogat generalis, lex posterior derogat priori, lex inferior non derogat superiori*²². Согласно Дворкину коллизию также можно преодолеть путем признания нормы обязательной, если она соответствует какому-либо принципу.

Зато способ, при помощи которого правоприменительный орган разрешает коллизию между принципами, зависит от весомости принципа, какая ему приписывается в конкретной ситуации. Один принцип может быть признан “важнее”, чем другой: взвешивание принципов не означает отмены одного принципа другим. Несмотря на обнаруженную коллизию принципов суд может учесть оба коллизирующих принципа одновременно. Разрешение коллизии принципов требует учета конкретных фактических обстоятельств. Установление соотношения зависимости между принципами основывается на соответствующей аргументации. Правоприменительный орган оценивает весомость отдельных коллизирующих принципов и устанавливает условное отношение первенства одного принципа над другим²³. В случае коллизии между нормой (правилом) и принципом преимущество отдается принципу.

Р. Алекси пишет об идеальном “ideal” и **реальном** “real” долженствовании “ought, sollen”. Он подчеркивает, что принцип права — это **идеальное** долженствование, потому как принцип права только **prima facie** (факты, на первый взгляд, кажущиеся изначально достоверными) может предусмотреть наступление правовых последствий²⁴. Это свойство принципов права, отличающее их от норм права, особенно проявляется в случае возникновения коллизий между ними. Назначение принципа, в отличие от нормы, состоит в том, что он может быть реализован, а может — и нет. Второе его состояние — не быть примененным, но оказывать воздействие на систему права. Норма права предназначена для ее **применения**. Это, как считает Р. Алекси, **реальное** долженствование, так как норма права предписывает наступление совершенно **определенных** юридических

²⁰ См.: Alexy R. Ibid. P. 295.

²¹ Dworkin R. Is Law a System of Rules (w:) The Philosophy of Law, ed. R. Dworkin. Oxford, 1977. P. 45.

²² См.: Studnicki-Gizbert T. Zasady i reguly prawne // Panstwo I Prawo, 1988. № 3.

²³ См.: Studnicki-Gizbert T. Ibidem. S. 20, 21; Zirk-Sadowski M. Wprowadzenie do filozofii prawa. Warszawa, 2011. S. 167.

²⁴ См.: Alexy R. Ideals Sollen. In: Grundrechte, Prinzipien und Argumentation / Ed. L. Clerico und J.-R. Siekmann. 21–38. Baden-Baden, 2009. P. 21–23.

последствий²⁵. Для нормы права характерна субсумпция, а для принципа — нет. Субсумпция — это основание силлогизма и означает подведение фактических обстоятельств под требование правила поведения, предписания нормы права или, иначе говоря, квалификация. Принцип, как его характеризуют, например, К. Ларенц и Р. Дворкин, не нуждается в субсумпции²⁶.

В качестве критерия дифференциации норм и принципов Р. Алекси выдвигает так называемую *оптимизацию*. В этом смысле принципы — императивы, “которые предписывают, что нечто в относительно возможно высокой степени может реализоваться, исходя из правовых и фактических обстоятельств”²⁷. Следовательно, как считает Р. Алекси, принципы — это есть *команды оптимизации*, т.е. в каждом случае применения принципа необходимо учитывать его объем и степень возможной реализации.

Напротив, правила — это нормы, которые всегда либо осуществляются, либо не осуществляются. Иначе они называются “*дефинитивными*”, или окончательными, предписаниями, так как ясно определяют набор прав и юридических обязанностей. *Принципами Р. Алекси называет основные права и свободы*, что, конечно же, является интересным, но спорным суждением. Таким образом, теория принципов, разработанная Р. Алекси, основывается на трех законах (тезисах): *тезис взвешивания, тезис оптимизации и тезис коллизионности*.

Предназначение принципов. Представляется, что в этом аспекте уместно сравнить между собой и выявить различия в суждениях по данному вопросу, высказанные Й. Эссером и Р. Дворкиным. Начнем с того, как оценивают эти ученые влияние принципов на судебское усмотрение. По убеждению Й. Эссера, принцип дает большую свободу для усмотрения судьи, так как судья должен придать форму принципу, поскольку он по своей природе более емкий и характеризуется большей неопределенностью, нежели норма права (правило). Й. Эссер видит предназначение принципов еще и в том, что к ним судья обращается в процессе обоснования принимаемого решения²⁸.

Р. Дворкин, напротив, считает, что принцип существенно сужает дискреционные полномочия су-

дьи, поскольку признает за принципами свойство неких юридически обязательных ориентиров.

Различие во взглядах названных ученых заключается в том, как они интерпретируют проблему природы принципов. Если для Р. Дворкина характерно считать принципы права этическими принципами, то Й. Эссер исключает из анализа вопрос об этической природе принципов и выдвигает концепцию “трансформации”, о сущности которой речь шла выше. Для Р. Дворкина наличие этических принципов в конкретном правовом порядке является лишним доказательством несостоятельности позитивистской концепции разделения права и морали. Эту проблему можно рассмотреть и под другим углом зрения. На самом деле на вопрос о том, присутствуют ли в правовом порядке принципы, которые несовместимы с позитивистским разделением между правом и моралью, надо ответить — безусловно, “нет”. Даже распознавание в правовом порядке, отмечают некоторые авторы, структурно противоположных принципов вовсе не означает неизбежного конца позитивистского разграничения права и морали²⁹.

Важно отметить, что для Й. Эссера принципы права имеют смысл только при обосновании и принятии судьей решения по конкретному делу. Р. Дворкин же считает, что принципы имеют силу постольку, поскольку они справедливы, обоснованны и правильны. Предполагается, что принципы согласуются с соответствующим правовым порядком.

Важную роль играют принципы в процессе принятия решения по аналогии при обнаружении пробелов в праве. Весьма интересными и обоснованными представляются суждения итальянского философа права Дж. дель Веккио (G. Del Vecchio). Он отмечает, что в этом случае сам правотворец указывает источники, к которым должен обратиться судья, когда данный спор не может быть разрешен на основе определенной правовой нормы. Аналогия как раз и есть первый из тех источников. Когда аналогия оказывается недостаточной, тогда отсылка должна быть сделана к общим принципам права.

Здесь проявляется так называемая восходящая генерализация, состоящая в том, что общие принципы права могут быть установлены в процессе судопроизводства посредством абстракции и перехода от отдельной нормы права к более высоким обобщениям. Сам правотворец пользуется таким методом. Во-первых, он побуждает интерпрета-

²⁵ См.: Alexy R. Zum Begriff des Rechtsprinzips in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rectstheorie. Frankfurt am Main, 1966. S. 177ff.

²⁶ См.: Larenz K. Richtiges Recht. Munchen, 1979. S. 23ff; Dworkin R. Taking Rights seriously. London, 1987.

²⁷ Flexy R. Ibid. P. 295.

²⁸ См.: Esser J. Ibid. S. 51.

²⁹ См.: Andras J. Concept and Function of Principles. Critique of Robert Alexy // Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Heidelberg. August 28. 2009. № 119. P. 145–159.

тора устанавливать, имеется ли конкретная норма права, на основе которой возможно разрешение данного спора. Во-вторых, если такая норма не находится, то правотворец предписывает интерпретатору обращаться к нормам права, которые регулируют такие же или аналогичные дела. Наконец, когда при помощи аналогии не удастся уладить спора, то правотворец отсылает интерпретатора к “общим принципам права”³⁰. Вместе с тем не составляет труда понять, что правотворец не указывает, как и где правоприменитель отыскивает “общие принципы права”. Скорее правотворец указывает на те условия, при которых возникает необходимость обращения к общим принципам права.

Весьма важную сторону научной доктрины принципов права составляет проблема установления или распознавания принципов применительно к конкретному правопорядку. На этот счет в юридической науке существуют различные суждения.

Принцип права может быть эксплицитно установлен (закреплен) в правовых текстах. В самом правовом тексте какое-либо правило обозначается термином “принцип”. Другой пример – когда важное правило (принцип) закрепляется в тексте, но не обозначается термином “принцип”. Для этого случая более подходящим представляется термин “распознавание” принципа. В этом случае принцип может быть установлен (распознан) посредством анализа позитивного права, о чем писали и пишут сторонники юридического позитивизма в науке права.

Еще один случай распознавания принципа состоит в том, что он обнаруживается при абстрагировании от норм права, но с учетом политического и морального контекста, т.е. тем самым признается не юридическая, а, например, морально-политическая природа принципов. Эта позиция характерна для теории принципов права, которая разработана американским ученым Р. Дворкиным. Он полагает, что принципы права, имеющие такую природу, находят свое выражение в конституции, законах, и прецедентах. Например, в Конституции Италии в ст. 1–12 указаны фундаментальные принципы, на которых основывается итальянское государство. К их числу относятся: Италия – демократическая республика, основывающаяся на труде; суверенитет народа; признание и гарантируемость прав человека; требование выполнения непреложных обязанностей, которые вытекают из политической, экономической и социальной соли-

дарности; утверждение, что все граждане имеют одинаковое общественное достоинство и равны перед законом независимо от пола, расы, языка, религии, политических убеждений, личного и социального положения, и т.д.³¹. Тем самым констатируется, что принципы права не являются порождением позитивного права, а появляются помимо и вне его. Здесь в качестве фактора, порождающего принципы права, необходимо иметь в виду политическую мораль. Принципы являются особым разрядом стандартов поведения, которые могут основываться на том, что требует справедливость, честность, а также другие аспекты морали. Только в этом случае, как считает Р. Дворкин, может быть оправданным существование конкретной правовой системы, а также большинства важнейших принципов права. Принципы имеют внеправовой характер, поэтому не порождают каких-либо юридических последствий, если возникают обстоятельства, которые предусматриваются конкретными принципами. Они являются аргументами для вывода о том, что несомненно возникли правовые последствия. Принципы, по Дворкину, указывают на основания аргументации, которые должен иметь в виду правоприменитель, но это не означает правовых последствий, наступающих в результате принятия решения правоприменителем³².

Смешанную природу принципов отстаивал немецкий ученый К. Ларенц (K. Larenz), который отмечал, что когда речь идет об “общих принципах права” или о “принципах права”, то здесь имеются в виду этико-правовые принципы как направляющие масштабы правового нормирования, которые обладают собственной убедительной силой, способной обосновывать правовые решения. В них также выражается в особой форме спецификация правовой идеи³³. Иначе говоря, К. Ларенц обосновывает смешанную, этико-правовую природу принципов права. Принципы права рассматриваются и как линия разграничения, и как связующее звено между естественноправовыми и юридико-позитивистскими воззрениями³⁴.

Принцип права может быть введен посредством *судебной практики и научной доктрины*. В реальной жизни такое нередко случается. Вместе с тем необходимо указать на некоторую

³⁰ G. Del Vecchio. General Principles of Law. Boston, 1956. P. 12.

³¹ См.: Конституции государств Европы. В 3-х т. Т. 2 / Под общ. ред. и со вступ. ст. Л.А. Окунькова. М., 2001. С. 104.

³² См.: Integralna filozofia prava a pozytywistyczna filozofia prava // Marek Zirk – Sadowski. Wprowadzenie do filozofii prava. Warszawa, 2011. S. 167.

³³ См.: Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6 Aufl. Berlin, 1991. S. 302, 410 ff.

³⁴ См.: Pacic Jasmin. Rechtprinzipien und Allgemeine Rechtsgrundsätze // Österreichische juristen Zeitung. Dezember, 2010. № 23/24. S. 1059–1064.

уязвимость таких принципов, поскольку они могут расцениваться как имеющие произвольный и субъективный характер. В таких случаях невозможность выведения их из действующего позитивного права опять-таки вызывает необходимость обращения к сверхпозитивным основаниям, т.е. к естественному праву, морали. Например, это Дж. дель Веккио, который отмечает, что “почти без исключения современные интерпретаторы права согласны с тем, что невозможно определять термин “общие принципы права”, не имея в виду принципы естественного права”³⁵.

Возможна комбинация указанных выше вариантов: если, например, общее правило эксплицитно правовому тексту и проявляется посредством детального регулирования, то оно имеет хорошие шансы для возведения его судебной практикой или научной доктриной в ранг принципа.

Какие функции могут выполнять общие принципы права? Они, естественно, способны выполнять те функции, которые свойственны всем нормам права, т.е. быть правилами поведения. Вместе с тем в силу их общей и абстрактной природы принципы права действуют опосредованно и так или иначе воздействуют на поведение человека. Например, при системной интерпретации конкретной правовой нормы должны приниматься во внимание и принципы права.

Ряд исследователей выделяют следующие функции принципов права³⁶.

Принципы права, которые выводятся посредством анализа позитивного права, зачастую имеют *эвристическую*, т.е. познавательную функцию. Они способствуют структурированию и систематизации правового материала, что облегчает его понимание и применение. Сходная функция приписывается соответствующим принципам демократии: правлению права, федерализму и другим конституционным принципам. Структурированность и, соответственно, исполняемость права — это основная предпосылка для того, чтобы был реализован принцип правовой определенности, который так важен и необходим для правотворческой и правоприменительной деятельности, эффективного управления любым обществом. Эвристическая функция принципов права может быть тесно связана с нормативной. Тот же принцип разделения властей: с одной стороны, он дает нам познавательное средство для уяснения механизма власти, а с другой — этот принцип имеет нормативное, регулирующее значение, и на нем основывается построение всех ветвей власти в государстве.

В процессе применения права принципы выполняют также соответствующие *юридические функции*. Они играют очень важную роль в правовой аргументации, особенно в тех случаях, когда необходимо давать интерпретацию применяемой норме. Преимущество зачастую отдается такой интерпретации, которая в наибольшей степени соответствует принципам права.

Принципы права могут рассматриваться, образно выражаясь, как своего рода “мостик” *для проникновения норм одного правового порядка в другой правовой порядок*. Принципы права способны выполнять функцию формирования общей основы для сложных и противоречивых по своей структуре правовых культур. Эта функция имеет особо важное значение там, где многообразие правовых культур находит свое выражение в нормах действующего права (международное право, право Европейского Союза).

Наконец, следует обратить внимание *на роль принципов в развитии права*. С этой точки зрения новизна теории Й. Эссера в противоположность ранее разработанным теориям, рассматривающим судью как открывателя принципов, как раз и состоит в том, что она акцентирует внимание на развитии (изменении) права, где решающую роль играют именно принципы права. Важную роль принципов в развитии права подчеркивает французский ученый-юрист Ж.-Л. Бергель³⁷. Эта функция характерна особенно для тех случаев, когда тот или иной правовой порядок в отдельных аспектах является несовершенным и его развитие более или менее зависит от заимствования решений из другого правового порядка. Опять же мы можем сослаться на международное право и право Европейского союза.

Иногда встречаются суждения о том, что юридическая сила нормативных правовых актов зависит от их соотношения с принципами права. Однако следует иметь в виду то, что эта точка зрения может ввести в заблуждение. Часто важные правила в виде принципов права закрепляются в нормативных правовых актах, обладающих высшей юридической силой, например в конституции. Они играют роль более высоких стандартов, которым должны соответствовать иные нормы, имеющие более низкую юридическую силу. Вместе с тем важно отметить то, что эти нормативные правовые акты зачастую выражают более высокие стандарты не потому, что в них закрепляются принципы права, а потому, что в иерархии нормативных правовых актов они занимают более высокий уровень. Конечно, принципы

³⁵ Vecchio G. del. Op. cit. P. 2.

³⁶ См.: ibid. P. 155–159.

³⁷ См.: Bergel J.L. Theorie generale du droit. Dalloz, 1999 (3d ed). P. 98.

права имеют больше шансов для закрепления их в конституции, но это вовсе не является неизбежным. Здесь можно, например, сослаться на принципы гражданского права, которые не инкорпорированы в текст конституции. Следовательно, юридическая сила нормативных правовых актов не всегда связана с природой принципов, а непосредственно относится к их *иерархии*³⁸.

По мнению ряда ученых-юристов и философов права, принципы права имеют важное значение **для обоснования и реализации идей социальной и политической морали**. Интересно отметить то, что и позитивисты (Кельзен, Меркль), и представители школы естественного права (Дж. дель Веккио) в равной степени выделяют эту функцию принципов права. Позитивисты всегда видели в очень общих нормах права широкую возможность для дискреции (усмотрения), хотя, справедливости ради, следует отметить, что Г. Кельзен весьма скептически относился к роли судьи в развитии права именно в этой плоскости³⁹. Усмотрение – это путь, по которому в правопорядок проникают сверхправовые (моральные) мотивации. Для Кельзена и Меркля так оно и есть⁴⁰. Дель Веккио продвинулся дальше: ученый рассматривает наличие принципов права в различных кодексах как отражение того факта, с которым вынужден считаться сам правотворец: без этих моральных ценностей ни один кодекс действовать не может. Таким образом, дель Веккио рассматривает принципы права не просто как открытую дверь, через которую в правопорядок проникают моральные воззрения (позитивисты Кельзен, Меркль), но, скорее, как канал, по которому осуществляется инкорпорация естественного права в позитивное право. В связи с этим можно смело сказать, что обоснованию этой идеи целиком посвящена упоминаемая работа итальянского философа права “Общие принципы права” (“General Principles of Law”).

Еще следует сказать о тех принципах права, которые реализуются в процессе программирования или проектирования нормотворческой деятельности, – *ex ante*, т.е. перед фактом, и *ex post*, т.е. после факта, когда при помощи принципов оправдываются уже принятые в результате правотворчества и применяемые на практике нормы права. Правила или нормы могут быть оправданны, исходя из существующего правопорядка, поскольку они соответствуют его сущности, а принцип отражает эту самую сущность, либо на основе отдельного правила (нормы) или института, поскольку они строятся

в соответствии с природой и сущностью того правопорядка, которому они структурно соответствуют.

Кроме того, возникает закономерный вопрос о том, могут ли принципы права, назначение которых состоит в обосновании (оправдании) установленных в результате правотворчества норм (правил), использоваться при применении норм права, например принцип справедливости. В ответе на данный вопрос мы можем обратиться к концепции венгерского исследователя принципов права Я. Андраша. Он пишет, что эти принципы могут применяться в том случае, когда они “позитивированы”. Позитивация принципов права означает, что они выражаются либо в нормах права (правилах), либо в судебной практике. Вместе с тем тот факт, что принципы права играют существенную роль в обосновании принимаемых норм права, вовсе не является препятствием тому, что принципы права могут применяться как самостоятельные правовые явления, которым присущи регулятивные свойства⁴¹. Однако не все ученые-юристы согласны с таким суждением. Например, К. Ларенц относился к такой функции принципов отрицательно⁴².

Достойны внимания **социальные функции** принципов права. В западноевропейской юридической науке выделяют: а) интегративно-согласовательную функцию и б) ценностно-интегративную функцию. Большинство принципов права также регулируют разрешение социальных конфликтов, которые не могут быть урегулированы на основании конкретных норм права (правил). Если такое происходит, то это влечет за собой дезинтеграцию всего правопорядка. Посредством этой функции осуществляется весьма общее регулирование. **Обозначение какого-либо правила термином “принцип” подчеркивает его важность для всего правопорядка**. Это позволяет выделить и охарактеризовать важные для общества ценности, которые положены в основу конкретного правопорядка. Отсюда можно сделать вывод о том, что к характеристике принципа права вполне может быть применена такая категория, как “ценность”. В определенной степени с этой категорией связан тезис **оптимизации**, обоснованный Р. Алекси. И здесь важно снова подчеркнуть его позицию, согласно которой роль принципов заключается как раз в том, что они представляют собой своеобразный “мостик” от мира позитивного права в мир ценностей. В этом смысле Р. Алекси предстает как критик позитивизма⁴³.

³⁸ См.: Andras J. Op. cit. P. 158, 159.

³⁹ См.: Kelsen H. Op. cit. S. 97.

⁴⁰ См.: Merkl A. Allgemeines Verwaltungsrecht. Vien, 1927. (Neudruck 1969). S. 152.

⁴¹ См.: Andras J. Op. cit. P. 150–158.

⁴² См.: Larenz K. Op. cit. S. 207, 410.

⁴³ Alexy R. On the Concept and the Nature of Law. In: ratio juris, 2008. P. 281 ff.

Нельзя не отметить, что в зарубежной юридической науке не все ученые согласны с такой постановкой вопроса⁴⁴. Сведение принципов права к категории ценностей может привести к утрате

⁴⁴ См.: *Gunter K.* Der Sinn für Angemessenheit. Frankfurt am Main, 1988; *Peczenik A.* On Law and Reason. Dordrecht/Boston/London, 1989; *Atienza J., Manero R.* Theorie of Legal Sentences. Dordrecht, 1998; *Habermas J.* Faktizität und Geltung. 4. Aufl. Frankfurt am Main, 1994.

ими *деонтологических* свойств, особенно это касается основных прав и свобод. В такой трактовке принципы права перемещаются в область *телеологии* и *утилитаризма*, поэтому уже не будут связаны с долженствованием, что свойственно нормам права, устанавливающим общеобязательные правила поведения. Однако эта тема – предмет отдельного исследования.