

# Различение публичного и частного права: к вопросу о греко-римском наследии европейской правовой науки

Хассо Хофманн\*

\*Хассо Хофманн – доктор права, почётный профессор (профессор-эмеритус) Гумбольдтского Университета г. Берлин.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству Duncker & Humblot и автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Hasso Hofmann**, *Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Zum griechisch-römischen Erbe der europäischen Rechtswissenschaft*, в: Der Staat, 2018, с. 5 и далее.

Содержание:

<b>I. Римское право</b>	156
<b>1. Источники</b>	156
<b>2. Рецепция</b>	157
<b>II. Юридический гуманизм</b>	160
<b>1. «Элегантная» юриспруденция</b>	160
<b>2. Исходные начала естественного частного права как «права разума» (<i>Recht der Vernunft</i>)</b>	162
<b>III. Математико-естественнонаучный теоретический идеал и стоико-эпикурейское христианское учение о нематериальном мировом разуме (<i>Weltvernunft</i>) и равенстве людей</b>	164
<b>1. Аналитическое учение о природном состоянии и общественный договор</b>	164
<b>2. Учение о праве <i>Канта</i></b>	166

Различение публичного и частного права	155
3. Пандектная наука XIX-го века	168
<b>IV. Контрапункт: отличительная специфика суверенного государства</b>	171
1. Частное право под опекой публичного права?	171
2. Подъём «политики»	174
3. Современное публичное право ( <i>ius publicum modernum</i> )	177
4. Триумф неоаристотелизма и учения о суверенитете над Ульпианом и Эпикуром	179
<b>V. Частная и публичная справедливость</b>	183
1. Уравнивающая и распределяющая справедливость (право)	183
2. Распределяющая справедливость в социальном государстве	186
<b>VI. Возврат к истокам</b>	187
1. Поиск «сущности» частного права: перечитывать Канта наоборот?	187
2. «Права господства» вне рамок государства: назад к Ульпиану и Аристотелю	189

Все континентальные европейские правовые порядки знают различие публичного и частного права. Это общее римское наследие. Его изменчивые судьбы следуют из меняющихся контекстов с их соответственно доминирующими идейно-духовными течениями. В результате различны не только функции этого различения, варьируется также определение его значения и определение соотношения обоих элементов. При этом в качестве исходного момента и поворотной точки предстаёт его переплетение со становлением и подъёмом современного государства в период раннего Нового времени и с идейно-духовными силами и традициями, ставшими его носителями. В этом контексте различающиеся образцы греческой философии политики и справедливости видоизменяют римское наследие. По мере того, как государство по внешним и внутренним причинам утрачивает своё доминирующее положение, первоначальные, пред- или догосударственные структуры различия выступают вновь сильнее и вдохновляют новые дискуссии.

## І. Римское право

### 1. Источники

До сегодняшнего дня наши студенты слышат во вступительных лекциях по правоведению изречение известного римского юриста *Ульпиан*, что публичное право составляют нормы, касающиеся отношений, одним из участников которых является государство, а частное же право, защищает интересы отдельных лиц в их взаимодействии с другими лицами (*publicum ius est, quod statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*). Так, если сакральное право (*Sakralrecht*) и право органов власти и управления (*Recht der Behörden*) – это публичное право, то частное право включает в себя нормы трёх видов, в частности нормы естественного права, нормы права народов, а также другие предписания гражданского характера (*Juristenrecht*, «право юристов»): *privatum ius tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus* (Dig. 1.1.2.2). Тем самым, здесь имеется в виду, с одной стороны, государственное право, с другой стороны, так сказать негосударственное право общества (*das gesellschaftliche Recht*).<sup>1</sup>

Предложенное *Ульпианом* разделение всей правовой материи в зависимости от того, затрагиваются ли дела государства или частные отношения между частными субъектами, проводит тем самым функциональное разграничение двух правовых областей в соответствии с преобладающими в них интересами. Такая дифференциация предназначена лишь для первой (приблизительной) ориентации на наиболее важных моментах: она носит преимущественно дидактический характер и, скорее всего, не имела особенно принципиального значения в юридической практике. Иначе обстоит дело с во-многом традиционным правилом, которое можно связать с дихотомией *Ульпиана* и которое гласит, что *ius publicum* не может быть изменено правовыми соглашениями и сделками частных лиц. Авторство здесь принадлежит собственно *Папиниану*, юристу, творившему до *Ульпиана*: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Dig. 2, 14, 38).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> По данному вопросу см. Eugen Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, I. Teil, 1902, Neudruck 1970, стр. 159, 168 и далее, 199, 239; Max Kaser, ‚Ius publicum‘ und ‚ius privatum‘, SZ Rom. Abt. 103 (1986), стр. 1 (6 и далее).

<sup>2</sup> По данному вопросу см. Ehrlich (сноска 1), стр. 191 и далее; Kaser (сноска 1), стр. 3, 75 и далее, 100.

В этом контексте термин «*ius publicum*» обозначает, однако, не только государственное право, но и право государства как установленное государством право, то есть Законы Двенадцати таблиц, а также публично-правовые законы (*leges publicae*) республиканского периода, а также постановления сената (*senatusconsulta*) и императорские указы (*constitutiones*) периода империи.<sup>3</sup> Публичное право противопоставляется здесь как обязательное (императивное) право частной сфере. Но это не значит, что *ius publicum* трактуется тем самым не более, чем просто императивное право в отличие от диспозитивного права. С особым выделением авторитета государственного правотворчества по отношению к правовым соглашениям частных лиц, это правило обосновывает то, что мы бы назвали объективным действием государственного римского права в противоположность к сфере частной автономии (*Privatautonomie*). Казустика римских юристов, однако, не интересовалась такими абстрактно-теоретическими понятийными тонкостями.

## 2. Рецепция

Средневековому правовому мышлению предметное различие правовых материй в смысле *Ульпиана* оставалось элементарно непонятным. Ренессанс римского права как «кайзеровского права» (*Kaiser-Recht*), начавшийся с эпохи правления *Гогенштауфенов* (*Hohenstaufen*), ничего не изменил в этой ситуации.<sup>4</sup> «Универсальным правовым институтом»<sup>5</sup> был и оставался договор. Благодаря ему обосновывались и предоставлялись как суверенные, так и приватные права и обязанности. По

---

<sup>3</sup> По вопросу о (сбивающем с толку) разнообразном понятийном применении тех же самых терминов см. Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt (= Handbuch der Altertumswissenschaft X 3,3,1), 1971, стр. 197 и сл.: «не в строгом смысле терминов», «допускающем разные толкования», «отсутствие системного значения». В отличие от этого, принципиальное значение для понимания римского права придавал этому различению *Отто фон Гирке* (*Otto von Gierke*), идентифицируя его с противопоставлением сфер народной воли и индивидуальной воли, что в какой-то мере объясняет некоторые из нелепых по нашим представлениям интерпретаций: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. III, 1881, Nachdruck Graz 1954, стр. 35.

<sup>4</sup> По данному вопросу см. важные работы Hermann Krause, *Kaiserrecht und Rezeption*, 1952; Helmut Coing, *Römisches Recht in Deutschland = Ius Romanum Medii Aevi V 6*, Mailand 1964. По вопросу о продолжительном по времени и многоаспектном процессе рецепции римского права см. обстоятельный и глубокий анализ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, стр. 124 и далее; Wolfgang Sellert, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit: Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse*, в: Hartmut Boockmann u.a. (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, I. Teil, 1998, стр. 115.

<sup>5</sup> Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, стр. 135.

этой причине четкое и точное предметно-понятийное формулирование отношений координации и субординации было столь же мало возможным и необходимым, как ясное различение объективного и субъективного права. Теория определялась другими понятийными парами терминов, такими как право божественное (*ius divinum*) и право человеческое (*ius humanum*), естественное право (*ius natural*) и позитивное право (*ius positivum*), гражданское право (*ius civile*) и право народов (*ius gentium*), то есть характеризовалось такими типичными противопоставлениями, как божественный /человеческий, естественный /установленный, римский /общепринятый.

Кроме того, начатое в *Болонье* и с 12 века распространившееся оттуда и усиливающее своё влияние интенсивное рассмотрение «Кодекса гражданского права» *Юстиниана* (*Corpus Iuris Civilis*)<sup>6</sup> специализировавшимися на этом юристами (а именно «легистами», в отличие от «каноников» церковного права), не вело к категориальному вычленению и институциональному утверждению самостоятельной сферы публичного права. В основном это было связано с тем, что центральным элементом права, представленного в «*Corpus Iuris*», однозначно было частное право. Ульпиановский термин «*ius publicum*» легисты, как призванные интерпретаторы римского права, относили исключительно к публично-правовым элементам в кодексе законов Юстиниана. Однако по содержанию и структуре их было недостаточно для *системы* публичного права, хотя определённого эпистолярно-символического материала, применимого для абсолютистских усилий правителей, вполне хватало. Восточно-римские и византийские изречения (паромии) «что угодно государю — имеет силу закона» (*quod principi placuit legis habet vigorem*), «государь не связан законами» (*princeps legibus solutus*) и «государь есть сам закон» (*princeps lex animata*) это, пожалуй, самые знаменитые примеры. Тем не менее, мостик от *Corpus Iuris* к императорскому конституционному своду правил «Золотой булле» и к другим *leges fundamentales*, не говоря уже о наиболее значимых на практике правовых свободах земель и городов, а также судебных и полицейских уставов, так и не был перекинут.<sup>7</sup> Наоборот, разрыв углублялся с историческим осознанием важных различий Римской империи и Священной Римской Империи немецкой нации, которое усиливалось расцветающим гуманизмом.<sup>8</sup> Показательный пример того, как легисты отгораживались от переломных тенденций развития в Европе раннего Нового времени, предлагает важное

<sup>6</sup> По данному вопросу см. Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 3. Aufl. 1958, стр. 59 и далее; Wieacker (сноска 4), стр. 45 и далее.

<sup>7</sup> По данному вопросу см. Sellert (сноска 4), стр. 149 и далее.

<sup>8</sup> По данной теме в целом и с дальнейшими ссылками см. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, 1988, стр. 73-79.

произведение того периода, а именно вышедший во Франции в 1576 году под заголовком «Шесть книг о республике» (*Six livres de la republique*) эпохальный труд Жана Бодена (*Jean Bodin*) о суверенном государстве. Труд Марбургского профессора Николауса Вигелиуса (*Nikolaus Vigelius*) *Institutionum Iuris Publici Libri tres* (издан около 1572 года),<sup>9</sup> в котором автор намеревался рассмотреть принципы публичного права, могли бы на первый взгляд показаться как своего рода эквивалент государственному праву Бодена. Но это далеко не так. Вигелиус определённо собрал только публично-правовые положения *Corpus Iuris* о законах, учреждениях, судебной практике, уголовном процессе и гражданском процессе, о духовенстве, церковном имуществе, государственной казне, военном деле и т.д., однако без какой-либо систематики.

Такое положение позволяет поставить вопрос о том, как могло произойти, что классификация Ульпиана, лишь мимоходом упоминавшаяся в процессе рецепции, в правовой действительности Нового времени смогла приобрести настолько значительное и устойчивое значение, что «разграничение и различение государственного и частного права, права ‚публичного‘ и ‚непубличного‘», вообще считается «решающим достижением Нового времени».<sup>10</sup> На это, возможно, есть три причины:

1. В ходе эпохальной трансформации общества и его потребностей элементы «*ius publicum*» в *Corpus Iuris* и вместе с ними формула Ульпиана до некоторой степени удалились от традиционных связей с переложениями римского права, а также эмансипировались институционально.<sup>11</sup>

2. Таким образом *ius publicum*, эмансипированное, помимо этого, от прежних теологических и моральных установок, заступило на службу восходящих суверенных монархий.

3. В результате оно попало в русло нового системного осмысления, инспирированного математическими и естественными науками.

При таком рассмотрении можно выделить два эволюционных пути. Публичное право, вместо того, чтобы и дальше рассматриваться в качестве предметной области на одном уровне с частным правом (или ниже него по уровню), могло подняться в ранг более высокой по уровню правовой материи, главенствующей над защищаемым ей частным правом. Или же римское частное право - в рамках соответствующего обобщения – могло пониматься в общем контексте христианско-естественного социального

---

<sup>9</sup> О нём и его произведениях см. Roderich Stintzing, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abt., 1880, Neudruck. 1957, стр. 425-440.

<sup>10</sup> Carl J. Friedrich, *Die Philosophie des Rechts in der historischen Perspektive*, 1955, стр. 134.

<sup>11</sup> По данному вопросу см. Stolleis (сноска 8), стр. 62 и сл., 72.

учения как универсальное право разума (*universales Recht der Vernunft*), принципы которого подходили также для того, чтобы на этой основе построить государственный порядок как своего рода надстройку. Как в одном, так и в другом случае, примером служили традиционные варианты классической греческой философии,<sup>12</sup> в форме идей неоплатонизма, с одной стороны, и в форме неостоицизма, с другой. В свете аристотелевской Политики суверенитет функционирует как новый, системообразующий термин государственного права. Он противопоставляется базовой теореме естественной свободы и естественных прав индивидуума, которая, в конечном счёте, основывается на общечеловеческом индивидуализме стоицизма.

## II. Юридический гуманизм

### 1. «Элегантная» юриспруденция

Первые попытки заменить казуистский массив «всепоглощающего» (отсюда - *пандекты*) «свода законоположений» (= дигесты) *Юстиниана*, то есть основную часть *Corpus Iuris*, обозримой и внутренне согласованной в самой себе системой, были связаны и обусловлены развитием в духе идей гуманизма. Будучи убежденными в образцовости античности, юристы в Италии, Франции, Нидерландах и Германии с большим опозданием стали вести более глубокие исследования источников, критиковать средневековые авторитеты с точки зрения содержания, метода и формы, следуя платоновскому призыву к использованию собственного разума, и искали логический порядок исследуемых объектов.<sup>13</sup>

Симптоматически значимым является то, что - помимо воспитательно-педагогической необходимости рецепции - также и собственно научный интерес способствовал продвижению первой части *Corpus Iuris* (Институты), обладающего юридической силой закона дидактического пособия, который во-многом отражает и воспроизводит методический дух

---

<sup>12</sup> По данному вопросу см. Hofmann, Das antike Erbe in europäischen Rechtsdenken - Römische Jurisprudenz und griechische Rechtsphilosophie, в: Walter Jens/Bernd Seidensticker (Hrsg.), *Ferne und Nähe der Antike*, 2003, стр. 33.

<sup>13</sup> По данному вопросу см. Wieacker (сноска 4), стр. 161 и далее. Обширные свидетельства этому у Hans Erich Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, в: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte*, Bd. 2/1, 1977, стр. 615.

греческой науки.<sup>14</sup> То, что стало результатом, часто обозначается термином «элегантная юриспруденция». Её наиболее известным представителем считается французский кальвинист *Гуго Доно (Донеллус) (Hugo Doneau (Donellus))*, вместе с его соотечественником и современником *Жаком Кюжа (Jacques Cujas)*. Его основное произведение, Комментарии к *ius civile* 1589 года, которые благодаря его глубоким знаниям источников написаны на действительно беглой и элегантной латыни, характеризуется, в первую очередь, его стремлением к теоретико-синтетическому подходу, а отнюдь не интересом к антикварно-критическому анализу исторических источников. Как и многие великие интеллектуалы современного ему периода конфессиональных войн, он написал свой центральный труд не на родине, а в качестве беженца-гугенота в изгнании в Лейдене, куда привёл его путь из Реформационного университета в Бурже через Женеву и Гейдельберг до того, как он нашел своё последнее творческое пристанище в лютеранском университете г. Альтдорфа.

Во втором томе своего комментария *Донеллус* не менее четырёх глав посвящает *ульиановскому* различению, констатируя, что хотя оно сформулировано достаточно чётко (*certa*), дальнейшие авторские пояснения остаются довольно неясными. Путанным он считает, в частности, упоминание *Ульианом* сакрального права в этом контексте (Глава III § III). По его мнению, правильней следовало бы, напротив, различать божественное и человеческое право и уже в рамках человеческого права различать *ius publicum* и *ius private* (§ VII). Публичное право, то есть право, специфически связанное с государством, он разделяет, в свою очередь, по *рамусовскому* варианту - то есть в стиле дихотомического метода *Петруса Рамуса (Petrus Ramus, Pierre de la Rame)*. Этот учёный логик-теоретик, погибший в Варфоломеевскую ночь, следовал уже не *Аристотелю*, а *Цицерону* и *Квинтилиану*. Дифференциация *Донеллуса* предполагала разделение на предметы (*Sachen*), которые по своей природе являются государственными, поскольку они служат экзистенциальной репродукции гражданства, как например, брак и семья (Глава V § VI sq.), с одной стороны, и на всё то, что относится к соответствующему внешнему обеспечению и оформлению, в частности площади, дома, поля, улицы и пути, служащие публичному использованию (*publicis usibus de serventia, ibid. § XII*). При всем этом *Донеллус* относительно сакрального права опирается на авторов-схоластов, в остальном чаще всего на античных авторов, в том числе неизменно на великого оратора и сочинителя *Цицерона*.

---

<sup>14</sup> По данному вопросу см. Manfred Fuhrmann, *Das systematische Lehrbuch*, 1960, стр. 104 и далее, 115 и сл., 156 исл., 183 и далее.

Весьма примечательным, поскольку основополагающим и поворотным, был заключительный вывод *Донеллуса* (Глава VI § XVI). По его мнению, несмотря на то, что государство является превалирующим по отношению к частной сфере (*praestantior*), публичное право не может рассматриваться выше частного. Ведь многие предметы, подлежащие публичному праву, тождественны предметам в частной сфере и подчинены тем же правилам и предписаниям. Соответственно, в рамках этих структур знание *ius privatum* является приоритетным. Выходящее за эти пределы *ius publicum* должно рассматриваться в соответствии с правилом об исключениях как специальное право (*Sonderrecht*). В этом смысле за государством признаётся частноправовая правосубъектность: *postremo in omni jure publico in rebus his, quae civitati tribuuntur, affingitur persona civitati ad similitudinem privatorum*. Таким образом, частное право открывает для себя значение своего рода "общего права" (*Gemeinrecht*),<sup>15</sup> которому публичное право может противопоставляться как особенное, а именно национальное право.

## 2. Исходные начала естественного частного права как «права разума» (*Recht der Vernunft*)

У *Гуго Гроция*, этого настоящего мастера в традиции гуманистической эрудиции и одного из виднейших наследников «элегантной» юриспруденции, в его на добрых 30 лет позже вышедшем эпохальном труде "О праве войны и мира" (*De jure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium, item iuris publicipraecipua explicantur*, Париж, 1625 год) можно найти нечто чрезвычайно похожее.<sup>16</sup> *Гроций* различает между правом, действующее среди частных лиц, которое определяется им как право равенства (*Gleichheitsrecht*), и *jus eminentis*, высшей властью государства над своими гражданами и их имуществом (то есть исключительное полномочие государства на вмешательство в частное право, преимущественно с целью принудительного отчуждения частной собственности) как право подчинения (субординации) (Книга I, Глава I, §§ VI и III). В противоположность этому, при определении человеческого права в отличие от божественного, он проводит разделение между внутренним правом соответствующих властей и правом с более широкой сферой действия. Таковым является - не считая естественного права – то право, которое «по воле всех или многих народов получило свою

<sup>15</sup> *Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, стр. 18.*

<sup>16</sup> По данной теме и связанной с ней проблематикой более детально и с дальнейшими ссылками см. Hofmann, Hugo Grotius, в: Michael Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, jetzt in 3. Aufl. u. d. T. Staatsdenker in der frühen Neuzeit, 1995, стр. 52. Приведённые в последующем тексте цитаты Гроция в переводе Walter Schätzel, 1950.

обязательную силу» и доказывается «свидетельством опытных учёных мужей». И это то, что *Гроций* называет " правом народов", *jus gentium* (там же, § XIV). С современным понятием межгосударственного права это (вопреки сделанной *Гроцием* в самом начале его произведения заявке – Прологомены, п. 1) имеет, однако, довольно мало общего. Таким образом, вводящий по этой причине в некоторое заблуждение титул «отца международного права», который был присвоен *Гроцию*, отражает, что под *jus gentium* также как под естественным правом, обосновываемом через антикварно-гуманистические аргументы, он понимает универсальные (или, по крайней мере, почти универсально признанные) правовые правила, которые, как и в трактовке *Донеллуса*, охватывают не только частные субъекты права, но и в значительной степени действия публичных правовых субъектов. И это действует в любых обстоятельствах, что в трактовке *Гроция* ясно и чётко значит: как в условиях войны, как условиях мире (Прологомены, п. 28). Особые права правителей (*Sonderrechte der Obrigkeiten*) относятся сюда. В определённой степени было бы более точным в этом смысле эпохальное значение *Гроция* как автора характеризовать как «отца естественного частного права»,<sup>17</sup> которое в своей субстанции является «правом разума» (*Vernunftrecht*). Если *Гроций* со всей определённой идентифицирует естественное право с заповедями разума, которые не могут быть изменены самим Господом (там же, § X номер 1 и 5) и которые бы действовали даже в том случае, если бы не существовало никакого Господа (Прологомены, п. 11), то такой вывод представляется справедливым.<sup>18</sup>

В деталях *Гроций* строит свою линию аргументации на двух видах естественного права, подтверждаемых двумя способами: прямо или опосредовано (Книга I, глава I, § XII). По его мнению, либо показывается, что «нечто со всей необходимостью находится в соответствии с благоразумной природой и обществом», либо что это «считается таковым у культурных народов». Основание такого общего убеждения он видел исключительно в «здравом (человеческом) смысле». Естественно, в результате здесь размывается граница между естественным и международным правом. Поскольку право, которое не выводится «правильным выводом» из природы вещей, но, тем не менее, которое несёт «всеобщее убеждение», *Гроций* в своём Предисловии (пункт 40) объясняет

---

<sup>17</sup> По данному вопросу см. *Hans Thieme*, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Basel 1954, стр. 19. По вопросу о предшественниках *Гроция* в аспекте естественного частного права см. он же, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, *SZ Germ. Abt.* 70 (1953), стр. 230.

<sup>18</sup> По вопросу об этой фигуре теологической диалектики, первоначально направленной против волонтаризма поздней схоластики см. *James Saint Leger*, *The 'etiamsi daremus' of Hugo Grotius*, Rom 1962, стр. 61 и далее, 143 и далее.

через «свободную волю», а впоследствии прямо приписывает международному праву (см. Книга III, глава VII § V пункт 2). Важное значение для дальнейшей судьбы реципированного римского права (включая различие *Ульпиана*) теперь, однако, уже не как императорского права, а как "писаного разума" (*ratio scripta*) - имело то внимание и дань уважения, которые *Гроций* отдаёт теоретикам юстиниановского *Corpus Iuris* за то, что они часто давали верные обоснования естественного и международного права, и нередко приводили лучшие аргументы тому, что в силу природы являлось правом (Пролегомены, п. 53).

Таким образом, *Гроций* пытается строить свою концепцию на основе общеевропейского правового сознания, выведенного за пределы всех конфессиональных споров, и обосновать отличающееся от теологии и морали (хотя и не отделённое от них) право посредством новой гуманистически-протестантской этики мирного уравнивания. И в результате того, что заключение договора, определяемое индивидуальной волей, он провозглашает своего рода правовым первоактом (Пролегомены, п. 15), естественное и международное право он и за пределами христианства делает формулой единства человечества.<sup>19</sup> Но это еще не критичная версия «права разума» до обоснования *Декартом* рационализма нового времени.<sup>20</sup> Прорыв к современности был совершён лишь аналитическим использованием представления о природном состоянии и конструкцией общественного договора.

### **III. Математико-естественнонаучный теоретический идеал и стойко-эпикурейское христианское учение о внематериальном мировом разуме (*Weltvernunft*) и равенстве людей**

#### **1. Аналитическое учение о природном состоянии и общественный договор**

Концепт доцивильного состояния людей известен с незапамятных времён и был унаследован в различных версиях:<sup>21</sup> как первозданное

---

<sup>19</sup> По данному вопросу см. Hofmann (сноска 16), стр. 69 и 75; он же., Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl. 2011, стр. 87 и далее.

<sup>20</sup> По данному вопросу см. Wieacker (сноска 4), стр. 259 и сл., 265 и далее, 287 и далее, 291.

<sup>21</sup> В дальнейшем Hofmann, Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, v: Reinhard Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, стр. 12.

состояние пребывания в раю, свободе и равенстве, а также как время нуждемости, беды, сырости и тирании. Последователь Эпикура *Лукреций* способствовал этому мифу подробным повествованием о процессе цивилизации, движимом образованием консенсуальных сообществ, в своей эпохальной дидактической поэме в природе римского духовного мира (*De rerum natura*, стихи 1011-1027, 1105-1157). В свою очередь, *Цицерон* своим "Учением о государстве" (*De re publica*, Книга I, глава 25 § 39, Книга III, глава 31 § 43) последовательно развил его далее. Впоследствии *Ульпиан* использовал идею общественного договора в смысле договора с властью (*Herrschaftsvertrag*) для обоснования законной силы воли правителя с далеко идущими выводами: то, что решил принцепс, имеет силу закона, ибо посредством закона, называемого «царским», принятого по поводу высшей власти принцепса, народ уступил ему и перенес на него всю свою власть и полномочия (*Quod principi placuit legis habet vigorem, utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et po testatem conferat* (Дигесты 1, 4, 1 pr.).

Революционным новшеством просветительского учения о естественном состоянии (*aufklärerische Naturzustandslehre*) является использование естественно-научного знания в качестве аналитического инструмента также и в области науки о социальных отношениях. В методологическом и систематическом плане фундаментальный прорыв в этой области совершил, как известно, *Томас Гоббс* (*Thomas Hobbes*).<sup>22</sup> В результате им были созданы предпосылки также и для аксиоматической системы естественного частного права как основы гражданского (цивилистического) правопорядка. Дальнейшую разработку, оказавшую существенное историческое влияние, в том числе и на крупнейшие своды законодательства в Центральной Европе, она получила у *Самуэля Пуфендорфа* (*Samuel Pufendorf*), который высоко ценил *Гроция* и с точки зрения содержания многое перенял от него и который восхищался *Гоббсом* из-за радикальности его метода, хотя и не соглашался с ним часто по существу.<sup>23</sup> Акцентированная формулировка его основополагающей позиции содержится в трактате *Пуфендорфа* 1675 года о «Естественном состоянии людей» («*Naturzustand der Menschen*»).<sup>24</sup> Как и *Гоббс*, который начинает свой политический анализ с исследования природных тел и от *De*

---

<sup>22</sup> По данному вопросу см. Wolfgang Rödl, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, 1970, стр. 10 и далее, стр. 30 и далее.

<sup>23</sup> По данному вопросу см. Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl. 1963, стр. 311-370; Horst Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, 1972; по вопросу о юридическом аспекте см. Wieacker (сноска 4), стр. 305 и далее.

<sup>24</sup> Samuel Pufendorf, *De Statu Hominum Naturali*, в: он же, *Dissertationes academicae selectiores*, Lund 1675, стр. 582-632.

*corpore* через *De homine* развивает его к *De cive*,<sup>25</sup> также Пуфендорф стремится сначала разобрать части государственного тела. Для этого, по его мнению, нужно представить себе состояние людей вне общества и без созданных человеком структур и учреждений. И на этой основе можно легко вывести причину образования государства и характер возникающих отсюда правовых отношений. Именно с этой исходной точки Пуфендорф развивает свою весьма дифференцированную систему естественного и международного права и постигает законы (обще)гражданского состояния, прежде всего, - и это характеризует всю философию права и государства эпохи Просвещения - в контексте санкционирования данного естественного частного права. Объяснение этому он видит в том, что исключительно лишь посредством естественного права, без страха перед последствиями его нарушения, люди не могут удерживаться в узде.<sup>26</sup> В этом виде учение о естественном состоянии, по мнению Пуфендорфа, претендует на первое место в построении политики (*inpolitica architectonica*).<sup>27</sup> Когда великие кодификации «разумного права» XVIII века в Баварии, Австрии и Пруссии<sup>28</sup> санкционируют догосударственные отношения индивидуумов в рамках естественного частного права, в феодальном обществе Старой Европы они приобретают вес деклараций основных прав.<sup>29</sup>

## 2. Учение о праве Канта

Наиболее значимым явлением эпигенетически построенной теории права, как она сначала была предвосхищена Гроцием в названии его *Opus eximium*,<sup>30</sup> является учение о праве Канта. Он также пользуется гипотезой естественного состояния, но только в смысле «идеи разума неправового состояния априори» без «распределяющей справедливости», то есть без «судебной власти».<sup>31</sup> Эта идея разума квази представляет собой

<sup>25</sup> По данному вопросу см. Hofmann, Repräsentation, 4. Aufl. 2003, стр. 382 и далее.

<sup>26</sup> Pufendorf, De Jure Naturae et Gentium Libri octo, Frankfurt a. M. 1746, Lib. VII Cap. I §§ 8 и 11 (стр. 910 и сл., 913 и сл.). Тем не менее у Пуфендорфа сам термин публичное право не упоминается.

<sup>27</sup> Pufendorf, De Statu (сноска 24), стр. 584.

<sup>28</sup> По данному вопросу см. Wieacker (сноска 4), стр. 322 и далее.

<sup>29</sup> По данному вопросу см. Thieme, Naturrecht (сноска 17), стр. 41, и тезис Дитера Гримма (Dieter Grimm) относительно частно-правовой аксессуарности основных прав человека (Privatrechtsakzessorität der Grundrechte): Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, в: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, стр. 359 (361 и сл.).

<sup>30</sup> См. выше, сноска 16.

<sup>31</sup> Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, цитируется по изданию Karl Vorländer, 1959, §§ 41, 44 Rechtslehre (стр. 127, 134 и сл., 136). К вопросу о многих спорных моментах,

конструктивное пространство естественного частного права.<sup>32</sup> В то же время он понимает под этим уже не правовые нормы, касающиеся отдельных индивидов, в том числе нормы процессуального и уголовного права, но правовые отношения между частными лицами в новом для того времени смысле. И здесь это не государственные подданные или граждане, как частные люди, а индивиды, выведенные через идею естественного состояния за рамки любых политических отношений. По существу речь идет о выведенных из практического разума *a priori* нормах для сосуществования индивидуальных свобод на основе различения внешнего моего и твоего, то есть закрепления и распределения индивидуальной собственности.<sup>33</sup> Поскольку в таком понимании никто не может «посредством одностороннего произвола» обязать другого не препятствовать ему в использовании своей вещи по собственному желанию, то есть не ущемлять его в его свободе,<sup>34</sup> необходимо принять соответствующее обязательство «совместным произволом всех в общем владении».<sup>35</sup> Эта молчаливо предполагаемая «идея *a priori* объединённой (необходимо объединяющей) воли всех» в качестве (гражданско-антифеодалного) «исходящего из разума основания приобретения» (*Vernunfttitel der Erwerbung*) является, кроме того, разумной основой государства.<sup>36</sup> Поскольку только «действительно объединенная к общему законодательству воля» в «гражданском состоянии» может сделать её общеобязательной, и свод правил может реализовать «необходимо возможное воздействие» естественного состояния (*Ж. фон Кемпски, J. v. Kempfski*). «Соответственно только в согласии с идеей гражданского состояния, то есть по отношению к нему и его воздействию [...], тем самым изначально приобрести что-то внешнее можно только временно. - Окончательное приобретение происходит лишь в гражданском состоянии»,<sup>37</sup> которое определяется существованием судебной власти. По Канту, в целях гарантии правового порядка «из частного права в естественном состоянии [...] происходит постулат публичного права: ты должен в состоянии неизбежного одновременного события со всеми

---

связанных с построением текста этой старой работы, см. Gerd Irrlitz, *Kant-Handbuch*, 2002, стр. 448 (449 и сл.). Более подробно см. также Hofmann (сноска 21), стр. 24 и далее.

<sup>32</sup> По вопросу о более ранней кантовской формулировке данной идеи см. Jens Kulenkampff, *Über die Rolle des ursprünglichen Vertrages*, в: *Über den Gemeinpruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 16 (2008), стр. 165.

<sup>33</sup> Kant, *Rechtslehre* (сноска 31), § 5 (стр. 55 и сл.).

<sup>34</sup> Ebd., u. § 8 (стр. 65).

<sup>35</sup> Ebd., § 11 (стр. 72).

<sup>36</sup> Irrlitz (сноска 31), стр. 462: «Дедукция права собственности является основой всей философии права Канта.»

<sup>37</sup> Kant, *Rechtslehre* (сноска 31) § 15 (стр. 76).

другими, перейти из него в правовое состояние, то есть в состояние распределяющей справедливости».<sup>38</sup> Соответственно законы публичного права содержат те же правила и предписания, что и законы о моем и твоём в естественном состоянии.<sup>39</sup>

Помимо выделяемого им признака необходимости публичного оглашения, Кант даёт содержательное определение публичному праву как «системе законов для народа, то есть множества людей, или множества народов, которые, оказывая взаимное влияние друг на друга, нуждаются в правовом состоянии, подчинённом объединяющей их воле, конституции (*constitutio*), для того, чтобы по праву стать сопричастными к ней.<sup>40</sup> В этой связи Кант называет «три возможные формы правового состояния» и подразделяет публичное право, соответственно, на государственное, международное и право всемирного гражданства (*Weltbürgerrecht*).<sup>41</sup> Примечательно для нас то, что через различение частного и публичного права под воздействием Французской революции понятие конституции переносится в центр государственного права.<sup>42</sup> В ходе полемики с одной из рецензий *Кант* в заключительной части второго издания его Учения о праве отмечал: Идея государственной конституции вообще, которая в то же время является абсолютной заповедью выносящего свои суждения в правовых категориях практического разума для каждого народа, *свята* и неприкосновенна.<sup>43</sup>

### 3. Пандектная наука XIX-го века

Кантовская философия нравственной автономии человека вдохновила и германских юристов, которые до вступления в силу Германского Гражданского Уложения (ГГУ) своими учебными курсами в значительной степени определяли частное право своего времени, так как общегерманского кодекса частного права не существовало. Их исходным материалом служило римское право дигестов, как оно было унаследовано в виде общего права. Эта ветвь истории науки XIX-го века блистает именами целого ряда выдающихся немецких юристов от *Георга Фридриха Пухты* (*Georg Friedrich Puchta*) до *Бернхарда Виндшайда* (*Bernhard Windscheid*). Их влияние между тем не ограничивалось Германией и немецкоязычным пространством. Их метод и их система оказали влияние далеко за его

<sup>38</sup> Ebd., § 42 (стр. 128).

<sup>39</sup> Ebd., § 41 (стр. 128) и § 44 (стр. 135).

<sup>40</sup> Ebd., § 43 (S. 133).

<sup>41</sup> По данному вопросу см. Irritz (сноска 31), стр. 467 и сл.

<sup>42</sup> По данному вопросу см. Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, в: ders., Recht-Politik-Verfassung, 1986, стр. 261 (275 и далее).

<sup>43</sup> Kant, Rechtslehre (сноска 31), Beschluss (стр. 207).

пределами, в частности в Юго-Восточной Европе, в особенности в Греции, а также в Италии, Бельгии, Дании, и даже в России.<sup>44</sup> Основой подобного триумфального шествия, как представляется, помимо особых личных качеств авторов, были три объективных причины:

1. Пандектология (пандектная наука), благодаря трудам исторической юридической школы *Савиньи*, обладала превосходной источниковой основой, очищенной (в значительной степени) от её византийских и средневековых ингредиентов. С ней соединялась древняя гуманистическая вера в образцовость античности и в римское право как *ratio scripta*.

2. Как ни парадоксально, наследники исторической школы также находились под влиянием методологического и систематического концепта права разума, против абстракций которого прежде выступал *Савиньи*. В том числе благодаря вкладу *Кристиана Вольфа* (*Christian Wolff*) - «короля философов» Просвещения до Канта, автора восьмитомного труда по естественному праву (*Ius naturae methodo scientifico pertractum*, 1740-48) и естественному международному праву (*Ins gentium*, 1749)<sup>45</sup> - система *Пуфендорфа* продолжала оказывать своё влияние.<sup>46</sup> Позитивистски ориентированный век наблюдал восхождение позитивной научной теории, с одной стороны, в отходе от исторического обоснования права из «народного духа». С другой стороны, это происходило в развороте к неисторической догматической правовой науке, которая строилась на основе устойчивых, выведенных из римских правовых текстов терминов, правильное формирование и применение которых должно было обеспечить решение любого правового случая в смысле системы, а следовательно справедливое решение.<sup>47</sup>

3. Гражданско-либеральный дух времени видел в субстанции и духе переработанного таким образом римского частного права решение основополагающих проблем собственной правовой действительности: свобода индивида, свобода договора и собственность, короче говоря, в

---

<sup>44</sup> По данному вопросу см. Wieacker (сноска 4), стр. 443 и сл. О практически немислимом успехе виндшайдовского учебника по пандектам см. Franz Wieacker, *Gründer und Bewahrer*, 1959, стр. 185 и далее.

<sup>45</sup> По данному вопросу см. Hofmann, *Recht und Staat bei Christian Wolff*, 59 (2004), стр. 637. Названные в тексте девять томов *Naturrecht Wolff* отразил в компендиуме *Institutiones juris naturae et gentium*, 1750 и опубликовал его в 1754 году также в переводе на немецкий язык.

<sup>46</sup> По данному вопросу см. Wolf (сноска 23), стр. 611; Wieacker (сноска 4), стр. 312, 319 и сл.

<sup>47</sup> К вопросу о подобном доктринальном, логическом и теоретическом позитивизме см. Wieacker, *Gründer* (сноска 44), стр. 187 и сл., 189 и сл. Наиболее глубокая разработка проблематики отношения между естественным и римским правом и также исторической школой права см. Koschaker (сноска 6), стр. 249 и далее, 254 и далее, 281.

центре внимания была частная автономия (*Privatautonomie*). В этом смысле *Рудольф Сом* (*Rudolph Sohm*) - историк права, исследователь церковного права и автор «самого успешного учебника римского права в Германии» (*Петер Ландау, Peter Landau*)<sup>48</sup> - на первых слушаниях проекта Германского Гражданского Уложения, находившегося под влиянием романского права, заметил: «В частном праве лежит Magna Charta нашей публичной свободы. То, что мы называем свободой, гораздо больше, чем на государственной конституции, основывается на гражданских правах».<sup>49</sup>

Расцвет пандектологии имел своё внешнее основание в территориальной партикулярности германской государственности - расчлененности на мелкие государства (*Kleinstaaterei*), нашедшей своё общее право единственно в «научном позитивизме» (*Wissenschaftspositivismus*). Когда политическая нация одержала победу над культурной нацией (*Ф. Виакер, F. Wieacker*) и возможность создания кодекса для объединённой нации стала ощутимо близкой, было необходимо прояснить будущее отношение римского и германского права, по сути подхватить тему *Савиньи* и преодолеть решение исторической школы. *Бернхард Виндшейд* в Лейпциге в 1879 году пытался решить эту задачу в своём объёмном университетском докладе на тему «*Савиньи и суть исторической школы*».<sup>50</sup> Он утверждал предметную, методологическую и педагогическую незаменимость, и, по существу, неминуемость римского права и постулировал синтез с германским правом. Основание для возможности такого слияния обеих систем права он видел в классической образцовости научно обработанного римского права для упорядочивания межличностных отношений за пределами всех особенностей соответствующих жизненных связей и позиций. Так же, как когда-то *Савиньи*, он, разумеется, говорил только о гражданском праве частных лиц. *Рудольф Сом* во времена Вильгельма II в своём труде о Системе Институтов, в гораздо большей степени, чем *Виндшейд*, уделяет внимание изменившимся политическим отношениям. Так, в водной части работы подробно рассказывается о необходимой правовой организации народа в борьбе за существование, о войне как о

<sup>48</sup> Имеется в виду: Rudolph Sohm, Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts, 1884, 17. Aufl. 1923.

<sup>49</sup> Цитируется по В. Мугдан, Die gesamten Materialien zum BGB, I. Bd., 1899, стр. 909. Общая критика: Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und der Entwurf der modernen Gesellschaft, 1953, стр. 10 и далее, стр. 17. Против проекта капиталистической идеологии Wieacker (сноска 4, стр. 442) справедливо отметил, однако: «Именно специфические правовые формы капитализма (объединения капиталов, ипотечный кредит, право ценных бумаг, право оптовой купли-продажи) не являются ни продуктами римского права, ни продуктами романистической пандектной науки. В противоположность этому, однако, справедливо возражение, что она не в состоянии предотвратить злоупотребления абстрактного частного права.»

<sup>50</sup> По данному вопросу см. Wolf (сноска 23), стр. 608 и далее.

«творце права», о Военном Уложении как источнике системы правового порядка и т. д. И несколько неожиданно далее следует скачок к дихотомичному разделению правопорядка на частное и публичное право в смысле *Ульпиана*. Он перенимает его критерий разграничения, а именно - полезность соответственно для государства или для отдельных лиц, утверждая, что деятельность и преимущества, получаемые каждым отдельным человеком, в конечном итоге, приносят пользу всем, и заключает, что частное право предназначено для того, чтобы сделать «из жизни массы [...] жизнь свободных индивидуальных личностей». «В этом смысле частное право [образует] одновременно и противоположность, и неотъемлемую основу всего нашего публичного права». В результате с некоторым усилением восстанавливается связь с великой традицией.<sup>51</sup>

#### IV. Контрапункт: отличительная специфика суверенного государства<sup>52</sup>

##### 1. Частное право под опекой публичного права?

В то время как «Институты» *Сомы* все ещё переиздавались в новых изданиях, государственно-правовой позитивизм, который тем временем возобладал над теоретическим позитивизмом, после труда *Пауля Лабанда* (*Paul Laband*) «Государственное право Германской Империи» (с 1876 года) в 1900 году произвёл ещё один шедевр в виде «Всеобщего учения о государстве» *Георга Еллинека* (*Georg Jellinek*).<sup>53</sup> В принципе *Еллинек* принадлежал к представителям позитивистско-формалистического государственного права, которые на основе новой конституции Империи и в рамках кодификации унифицируемого права вслед за операционализацией гражданского права путём ограничения правового регулирования внешними формами жизненной деятельности и отношений

<sup>51</sup> См. сноска 48; цитируется здесь по седьмому изданию 1898 года, стр. 23 и сл. Выделено в оригинале. В первом издании 1884 года ещё не содержалось этого народнического пассажа.

<sup>52</sup> *Stolleis* (сноска 8), стр. 268 и далее, наоборот, рассматривает естественное право раннего модерна как контрапункт политики и государственного права. Основание этого различия заключается в оценке античного основания и его последовательного опосредования индивидуалистическим римским частным правом. Или иначе, какая основная идея имеет более глубокие корни: идея естественного состояния или идея суверенитета?

<sup>53</sup> *Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 7. Neudruck der 3. Aufl., 1960. В последующем изложении по Hofmann, Jellinek, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., 3. Bd. 1987, Sp. 212 (213).*

пытались более раннее политическое учение о государстве сделать строго юридической дисциплиной. Однако он также стремился и к социологическому ориентированию юридического метода, к сохранению исторически накопленного материала и традиций с помощью понятийно-исторических экскурсов, а также к усилению сравнительно-правовых компонентов.

Естественно это было возможным лишь ценой методического дробления «Всеобщего учения о государстве» на "Социальное учение о государстве» и «Учение о государственном праве». Различение государственного и частного права, естественно, вошло соответственно в учение о государственном праве. Эта понятийная классификация логично ведет к тезису, что «все частное право [покоится] на фундаменте публичного права» (стр. 385). И *Еллинек* профилирует этот тезис типичным для него образом, отводя стрелки на почти 300 лет назад к истокам современного научного мышления и цитируя в качестве доказательства *Френсиса Бэкона* (*Francis Bacon*). Именно этой фигуре, немного двойственной в споре между двумя эпохами, - юристу, политику, государственному деятелю, по словам *Гегеля* «предводителю всей философии опыта», но и одновременно автору известной государственной утопии - принадлежит в частности написанное в 1623 году: *Jus privatum sub tutelajuris publici late*.<sup>54</sup>

Каков же ответ на вопрос о том, представляет ли собой частное право основу права государственного или же является только его подопечным? *Бэкон* аргументирует, что защита индивидуумов законом зависит от функционирования должностных лиц, их авторитета и репутации власти, организации общественной системы и её основных законов. Противоположность высказываемых тезисов, в свою очередь, является результатом различий исходных точек зрения. Определение этого соотношения, данное *Сомом*, ещё лежит в русле просветительской традиции, исходящей от абстрактного человека с его естественными правами и обязанностями. *Бэкон*, напротив, представитель абсолютизма и английской империльной системы,<sup>55</sup> совершенно естественно размышляет о цельности естественной власти государства и построении своей

---

<sup>54</sup> Francis Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum* lib. VIII cap. II, и там в конце: *Doctrina de justitia universali, sive de fontibus juris, in uno titulo per Aphorismos*, Aph. 3, цитируется по: Works, ed. James Spedding et al., Bd. I, London 1889, стр. 803 (804); по данному вопросу см. Paul H. Kocher, *Francis Bacon on the Science of Jurisprudence*, в: Brian Vickers (Hrsg.), *Essential Articles for the study of Francis Bacon*, London 1972, стр. 167.

<sup>55</sup> По данному вопросу см. Paul Meissner, *England im Zeitalter von Humanismus, Renaissance und Reformation*, 1952, стр. 309 и далее, 346 и далее, 393, 523.

«политии» (*fabricapolitiae*),<sup>56</sup> как он это сформулировал через термин «аристотелевской политики». И ещё один момент. *Херманн Хеллер* (*Hermann Heller*), который ввёл в своё учение о государстве еллинековскую цитату *Бэкона*, оправданно включает ее в иерархически конципированные представления о государстве<sup>57</sup> и одновременно даёт понять, что здесь, по сути, встречаются две разные традиции: нормативно-рационалистическая и историко-социологическая<sup>58</sup> или если кратко - индивидуалистическое естественное право и реальность «силового государства» (*Machtstaat*).<sup>59</sup>

Примечательным и характерным является откровенно амбивалентное отношение *Бэкона* к *Аристотелю*, схоластическое обсуждение которого авторами того времени он отрицал и логику которого он стремился сменить своей антитеологической, эмпирико-индуктивной, а не дедуктивной теорией науки.<sup>60</sup> Так, в своём «*Новом органе наук*» (*Neues Organ der Wissenschaften*) он проводит чёткое различие между научно-теоретическими и гражданско-практическими аспектами. В то время как для всех наук и методологий новое и прогрессивное он считает жизненно необходимыми, то в сфере государственных дел, по его мнению, даже от полезных изменений постоянно следует опасаться серьезных волнений.<sup>61</sup> И именно это является также одним из обстоятельств, которые выставляют «*Новую Атлантиду*», знаменитую государственную утопию *Бэкона*, сознательно несовершенной.<sup>62</sup> Так как насколько революционным по отношению к платоновскому «идеальному государству» является бэконовский проект общества, которое развивается, направляется и контролируется эксклюзивной, высокоэффективной, и способствующей благосостоянию научной системой («*Дом Соломона*»), настолько скромными, если не сказать скудными, предстают специфические политические описания и характеристики, естественно за исключением отнюдь не само собой разумеющейся и самоочевидной в то время свободы религии. Детальному рассмотрению подвергается лишь патриархальное устройство семьи и семейной жизни, и также защита моногамии, которая особо подчёркивается посредством строгой половой нравственности.

<sup>56</sup> По данному вопросу см. Wilhelm Richter, *Bacon's Staatsdenken*, ZöR VII (1928), стр. 367 (370 и далее).

<sup>57</sup> Heller (сноска 5), стр. 268.

<sup>58</sup> Ebd., стр. 18 и далее.

<sup>59</sup> В этом смысле уже Richter (сноска 56), стр. 374.

<sup>60</sup> См. Francis Bacon, *Neues Organ der Wissenschaften*, übers. u. hrsgg. v. Anton Theobald Brück, 1830, Nachdruck 1981.

<sup>61</sup> Ebd., стр. 71.

<sup>62</sup> К этому первому проекту научно-технической цивилизации с дальнейшими ссылками см. Hofmann, *Politik durch Wissenschaft überholen - Der Atlantis-Traum der Aufklärer*, in: Horst Dreier/Dietmar Willoweit (Hrsg.), *Wissenschaft und Politik*, 2010, стр. 129 (133-137).

Статика публичного порядка дисциплинированного «сообщества граждан» (*Bürgerschaft*) находится под властью короля, кроме того, есть сенат и городские префекты. После того, как *Бэкон* называет эти учреждения, его соответствующие описания обрываются. Больше политических деталей могло бы, естественно, стать опасным – и в первую очередь для самого автора. В результате этого гармоническая модель общества остается расположенной ближе к совершенному и самодостаточному полису Аристотеля, чем к силовой технике власти *Макиавелли* или социальной физике *Томаса Гоббса*<sup>63</sup> (секретарём которого *Бэкон* некоторое время был).

## 2. Подъём «политики»

После перевода *Политики* Аристотеля на латинский язык в 1265 году фламандским монахом *Вильгельмом фон Мёрбеке* (*Wilhelm von Moerbeke*) и после длительного процесса его «освоения»,<sup>64</sup> данное произведение вошло в Европе в число традиционных духовных ценностей, поддерживаемых на социально-этических и экономических факультетах университетов как часть практической философии. «Политика» не была совершенно новым предметом или дисциплиной, когда этот аристотелевский текст с начала 17-го века за счёт существенного увеличения числа соответствующих комментариев, упоминаний, замечаний об актуальности и общих ссылок испытал практически повторную рецепцию, соответствовавшую тенденциям того исторического развития.<sup>65</sup> Этот «неоаристотелизм» или – если рассматривать в контексте всей линии исторического влияния – «поздний аристотелизм» имел своё основание, прежде всего, в ослаблении влияния религии. Утрата универсального легитимного основания религиозно обоснованной идеи Империи,<sup>66</sup> «земного корпуса христианства» (*Д.Виловейт*, *D.Willoweit*) выявила необходимость нового, светского и частно-партикулярного оправдания государства.

<sup>63</sup> В этом смысле справедливо Ulrich Weiß, Bacon, in: Staats-Lexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 1, 1985, Sp. 507 (509).

<sup>64</sup> По данному вопросу см. Joachim R. Söder, Hochmittelalter: Die Wiedergewinnung des Politischen, в: Christoph Horn/Ada Nitschke-Hentschke (Hrsg.), Politischer Aristotelismus, 2008, стр. 53 (60 и далее); Jürgen Miethke, Spätmittelalter: Thomas von Aquin, Aegidius Romanus, Marsilius von Padua, ebd. стр. 77 (80 и далее).

<sup>65</sup> По данному вопросу см. Horst Denzer, Spätaristotelismus, Naturrecht und Reichsreform, в: Iring Fetscher/Herfried Münkler (Hrsg.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 3, 1985, стр. 233 (237 и сл.); Horst Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat - Die „Politik“ des Henning Arnisaeus (ca. 1575-1636), 1970, стр. 412 и далее.

<sup>66</sup> По данному вопросу см. Alois Dempf, Sacrum Imperium, 2. Aufl. 1954, особенно стр. 167 и далее о роли (фальсифицированного) «Константинова Дара».

Одно из решений предлагало аристотелевское учение о естественной необходимости системы господства (власти) в виде логически и генетически (хотя и не исторически) первенствующего и приоритетного по отношению к индивидам полиса,<sup>67</sup> по самой природе своей<sup>68</sup> свободного от любых теологических споров о религиозном обосновании в грехопадении, от божественного сотворения и любого исторического выведения из общего состояния войны. Эта теория, выведенная эмпирически, а не из дедукции на основе общих принципов, ссылаясь на опыт, почерпнутый из предшествующего исторического развития, могла быть без особых проблем соединена с новым учением о суверенитете, и адаптирована к потребностям достижения социального мира того времени.<sup>69</sup> Так, «Политика» раннего Нового времени сосредоточилась на третьей книге Политии, то есть на всеобщей теории государства и центральной категории *politeia*, которая здесь означает (также) государственный (в отличие от патриархального) порядок господства (*poleos taxis ton archon*).<sup>70</sup> Ввиду того, что Вильгельм фон Мёрбеке, по-видимому, не нашел латинского эквивалента для этого сложного понятия, он передал его в своём переводе как иностранное слово *politia*.<sup>71</sup> В этом виде оторванная из общего взаимосвязанного контекста теории социальной жизни Политика раннего Нового времени обособилась по отношению к этике и экономики, но в то же время держалась также на дистанции к юриспруденции.<sup>72</sup>

Особенно восприимчивыми к этому неоаристотелизму были, естественно, государства с преобладанием протестантских учений вследствие их разделения духовной и мирской сфер и представления о необходимом особом государственном порядке (*staatliche Notordnung*). Но его влияние не ограничивалось только ими.<sup>73</sup> Это было, возможно, связано,

<sup>67</sup> Aristoteles, Politik, Buch 1, Kap. 2 (Pol 1252 b 27–1253 a 39).

<sup>68</sup> По данному вопросу см. уже Gierke (сноска 3), стр. 12 и далее.

<sup>69</sup> По данному вопросу см. Dreitzel (сноска 65), стр. 112, 125, 130 и сл.

<sup>70</sup> Aristoteles, Politik, Buch 3, Kap. 6 и 7 о конституции и формах государства (Pol 1278 b 6–1279 b 10); по данному вопросу Dreitzel (сноска 65), стр. 173, 216, 342 и сл.; в этом смысле проблематично Egon Braun, Das dritte Buch der Aristotelischen „Politik“, Wien 1965.

<sup>71</sup> К «карьере» этого термина Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl. 1986, стр. 98 и далее. Аналогичное понятие *politeia* у Платона переводится термином «государство», у Аристотеля оно обозначает скорее «конституцию». Уже это даёт основание для размышлений. Обстоятельное исследование Andreas Kamp (Die politische Philosophie des Aristoteles und ihre metaphysischen Grundlagen, 1985, стр. 132 и далее, 151 и далее) показывает, что многогранное понятие обозначает скорее «жизненный уклад полиса» («Lebensweise der Polis»). Он обнаруживает параллели с понятием «res publica»: Jacqueline Bordes, *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris 1982, стр. 454.

<sup>72</sup> По данному вопросу см. Dreitzel (сноска 65), стр. 127 и далее.

<sup>73</sup> По данному вопросу см. Dreitzel ebd., стр. 415 и сл.

с одной стороны, с традицией *Аристотеля* и *Фомы* в католических странах. С другой стороны, свою роль сыграло и то, что основной представитель протестантского аристотелизма, *Хеннинг Арнисаеус* (*Henning Arnisaeus*), был также одним из самых выдающихся учеников теоретика суверенитета *Жана Бодена* (*Jean Bodin*), который в свою очередь, имел своё особое отношение к учению Аристотеля.<sup>74</sup> *Боден*, как известно, не изобрёл понятие суверенитета, *наивысшей* власти в государстве - *majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*, - но, как представляется, в свете потребностей своего времени, систематически проработал его как центральный термин государственности в тройном противодействии политическим тенденциям, а именно универалистским претензиям на правление и Папы Римского, и королевской власти, а также феодально-сословной раздробленности публичной власти.<sup>75</sup>

Тем самым обозначается глубокий исторический переломный момент: конец идеи коллективного взаимного объединения в общество в старой схеме *corpus* и *caput* (*тело* и *глава*).<sup>76</sup> В результате *civitas* низводится всего лишь к *societas* под суверенной властью, а члены гражданского сообщества – к подданным этой власти.<sup>77</sup> Когда *Боден* говорит о гражданине (*civis*), он имеет в виду только коренных подданных, социально привилегированных по отношению к натурализованным лицам и иммигрантам, то есть о *civis natus*, в отличие от *civis creatus*.<sup>78</sup> То, что когда-то означало *civis*, будет снова востребовано только с *citoyen* в смысле *Руссо* и с *Staatsbürger* в смысле *Канта*.

<sup>74</sup> По данному вопросу см. Dreitzel ebd., стр. 143 и сл., 195, 212 и далее, 239; Ada Nitschke-Hentschke, Frankreich im Zeitalter der Religionskriege: Jean Bodin, в: Horn/dies. (сноска 64), стр. 192.

<sup>75</sup> Jean Bodin, De republica libri VI, Buch I Kap. 8; цитируется по изданию Frankfurt 1591, стр. 123.

<sup>76</sup> По данному вопросу см. Hofmann, Repräsentation (сноска 25), стр. 281 и далее. Точкой схода новой перспективы является Левиафан *Томаса Гоббса*. В фигуре этого «смертного божества» - как и у Создателя в смысле *Николая Кузанского* (по данному вопросу ссылки у Hofmann, сноска 25, стр. 286 и сл.) - сходятся крайние противоположности: доведённый до крайности индивидуализм и максимально мыслимая земная власть.

<sup>77</sup> По данному вопросу см. Nitschke-Hentschke (сноска 64), стр. 202, 206; Susanne Lepsius, Die origo des Menschen und die Konstruktion der politischen Ordnung: ursprüngliche und nachgebildete Zugehörigkeit zu einem Gemeinwesen im juristischen Diskurs des Spätmittelalters, в: Andreas Höfele/Beate Kellner (Hrsg.), Menschennatur und politische Ordnung, 2016, стр. 117 (145).

<sup>78</sup> De republica (сноска 75) Buch I Kap. 6 (стр. 74): Inter eos autem, quos publicis imperiis ac summae potestati subditos esse diximus, alteri quidem naturales, alteri assumpti dicuntur. (стр. 76): optimo iure est, non qui creatur, sed qui nascitur civis, quique singulari quodam urbanorum civium privilegio utitur fruitur.

Консервативное противодействие воззрениям *Бодена* выразилось в учении двух носителей верховной власти (= суверенитета), то есть в различении (учреждённого) *majestas personalis* правителя и (учредительного) *majestas realis* сословий или народа. В качестве ярчайшего противника выступил немецкий «анти-Боден» *Иоганн Альмузий* (*Johannes Althusius*), в «Политике» которого кальвинистское понимание общины («народный суверенитет») перекрывало аристотелизм и противостояло монархическому учению о суверенитете.<sup>79</sup> В любом случае *Альмузий*, тем не менее, отрицал право юристов обсуждать теории общего государственного права, поскольку они относятся к «политике».<sup>80</sup> В действительности, изначально было спорным, должны ли административные распоряжения правителя власти вообще считаться «правом».<sup>81</sup> Так, законы раннего Нового времени должны были сопровождаться т.н. «приказом о применении», обязывающем суды (*Anwendungsgebot*).<sup>82</sup>

### 3. Современное публичное право (*ius publicum modernum*)

Все это постольку важно для нашей темы, поскольку неаристотелевский подъём «политики», можно сказать на той же «волне» вознёс как нормативный компонент и публичное право (*Ius publicum*).<sup>83</sup> В

---

<sup>79</sup> Johannes Althusius, *Politicamethodicedigesta*, Herborn 1603, 3. Aufl. 1614; по данному вопросу Hans-Ulrich Scupin, *Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin*, *Der Staat* 4 (1965), стр. 1; Hofmann, *Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit-Zur Frage des Repräsentativprinzips in der „Politik“ des Johannes Althusius*, в: ders., *Recht* (сноска 42), стр. 1 (11-24).

<sup>80</sup> По данному вопросу см. Otto von Gierke, *Johannes Althusius*, 6. Ausg. 1968, стр. 19.

<sup>81</sup> По данному вопросу см. Dietmar Willoweit, *Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat*, в: Okko Behrends/Christoph Link (Hrsg.), *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, 1987, стр. 123; Karl Härter, *Die Bedeutung der „guten Policey“ und vormodernen Ordnungsgesetzgebung für die Ausformung des öffentlichen Rechts im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, в: Gerhard Dilcher/Diego Quaglioni (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico, 3 / Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, 3, Mailand/Berlin 2011, стр. 449; Ewald Wiederin, *Kommentar*, в: Dieter Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, стр. 91 (93 и сл.).

<sup>82</sup> По данному вопросу см. Thomas Simon, *Geltung*, *Rechtsgeschichte* 7 (2005), стр. 100 (100).

<sup>83</sup> По данному вопросу см. Dreitzel (сноска 65), стр. 47, 219, 412 и далее; Dieter Wyduckel, *Ius Publicum - Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1984, стр. 141 и далее; Stolleis (сноска 8), стр. 141 и далее, 146 и далее; Yvonne Pfannenschmid, *Auswirkungen von Bodins Souveränitätslehre auf die frühe Reichpublizistik*, в: Michael Philipp (Hrsg.), *Debatten um die Souveränität*, 2016, стр. 161, приходит к выводу, что учение о суверенитете Бодена «дало теоретический импульс для (дальнейшего) развития науки публичного права».

конечном счете, именно структурно плюралистическая неоаристотелевская «политика» разорвала унаследованные, традиционные рамки юридического мышления, как они были определены *Corpus Iuris* с его частнопровым приоритетом Дигестов. Однако «при рассмотрении через призму политики самостоятельные основы государственного права могли получать более энергичное выражение».<sup>84</sup> Обновленная и обособившаяся дисциплина неизбежно переводила также и юридический взгляд от разрозненно-диспаратных элементов публичного права в *Corpus Iuris* на имперское государственное право Золотой Буллы, Основные законы и Условия при выборах (*Wahl-Kapitulationen*), Постановления имперского сейма (рейхстага) (*Reichsabschiede*), прочие имперские законодательные акты и решения Высшего имперского суда, Рейхскаммергерихта. Но это означает также, что с концентрацией на *Politie* каждого отдельного государства, «политика» в противоположность основанному на разуме универсализму частнопровых конструкций прокладывала путь национально-партикулярным правовым представлениям, которые впоследствии, тем не менее, через общее учение о государстве смогли расширяться и вновь вырасти до *Ius Publicum Europaeum*. Естественно, этот термин отягощён именем *Карла Шмунна (Carl Schmitt)*.<sup>85</sup> Весь процесс приводил к расколу среди юристов. Строгие легисты хулили занятие национальным законодательством как завуалированное элементарное незнание права. За это их подвергали насмешкам за отсутствие здравого смысла.<sup>86</sup>

Завершение литературного этапа основания новой дисциплины *Ius publicum* ознаменовалось учением об имперском государственном праве *Иоханнеса Лимнеуса (Johannes Limnaeus)*, сыгравшем роль своего рода прототипа.<sup>87</sup> Три тома его произведения *Juris publici Imperii Romano-Germanici libri IX* появились в Страсбурге между 1629 и 1634 годами, то есть в самый разгар Тридцатилетней войны и примерно в то же самое время, как и тезисы *Бэкона*.<sup>88</sup> Большую часть своей профессиональной биографии этот автор, будучи увлечён имперско-сословной проблематикой, служил гофмейстером и тайным советником при маркграфском дворе в *Ансбахе*. *Лимнеус* начинает первую главу своего труда с известной цитаты *Ульпиана*, разделяя его соображения о пользе изучения публичного права,

---

<sup>84</sup> Hermann Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, 1896, Nachdruck 1967, стр. 213.

<sup>85</sup> По данному вопросу см. Armin von Bogdandy/Stephan Hinghofer-Szalkay, *Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum*, *ZaöR* 73 (2013), стр. 209; Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, 5. Aufl. 2010, стр. 189 и далее.

<sup>86</sup> По данному вопросу см. Rudolf Hoke, *Die Reichsstaatsrechtlehre des Johannes Limnaeus*, 1968, стр. 42.

<sup>87</sup> Stolleis (сноска 8), стр. 224.

<sup>88</sup> Более подробно по данному вопросу см. работу Hoke (сноска 86).

и приходит к заключению, что дефиниционная привязка публичного права с Римской империей после *translatio Imperii*, перехода (или переноса) Империи, (т. е. продолжения римского императорского господства коронацией на императорство Карла Великого) теперь должна переводиться на новый статус, статус новой Римской Империи:<sup>89</sup> *Etenim dum statum Rei Romanae spectamus, vicissitudines deprehendimus varias [...] Postquam verò idem Imperium Romanum nostram in gentem translatum fuit, mutationes plane non cessarunt [...] Nos [...] tamen trademus ea, quae ad modernum Imperii nostri Statum pertinere censetur.*<sup>90</sup> Там, где всё же обнаруживаются большие различия в правовых отношениях - *Jus publicum modernum ab antiquo Romanorum multum discrepans* - это поднимает вопрос об источниках нового права: *Unde Jus publicum hauriendum?*

*Лимнеус* дает ответ, цитируя так называемое «*Донауэртское послание*» (*Donauwörthische Information*), политический памфлет 1611 года: «*Ipsa Reip. Germanicae forma* происходит не из латинского права или *Bartolo* и *Baldo* (*Бартоло*, *Bartolo de Saxoferrato* (1314-1357) и его ближайший ученик *Бальдо*, *Baldo degli Ubaldi* (1327-1400) – прим. *Дайджеста*), а в гораздо большей степени из чтимых Империей традиций, проистекающих из старых конституций / Золотой Буллы / Основных законов кайзера и другие указов правителей / Империи». С этим изменением направления юридического подхода меняется характер *ius publicum* и его интерпретация. Из совокупности специальных норм и правил римского права, которые предназначены для регулирования определённых сфер, возникает собственно *forma*, учреждение современного *publicum imperium*.

#### 4. Триумф неоаристотелизма и учения о суверенитете над *Ульпианом* и *Эпикуром*

Таким образом, причина того, что «разделение и различение государственного и частного права воспринимаются как решающее достижение эпохи Нового времени»,<sup>91</sup> в буквальном смысле заключается в политике и политических факторах, которые позволили позитивному государственному праву как праву *ius publicum modernum* занять позицию

<sup>89</sup> Здесь и далее по Johannes Limnaeus, *Juris publici Imperii Romano-Germanici libri IX*, Bd. 1, Straßburg 1629, Lib. I Cap. I nr. 1 (стр. 1) и 30 (стр. 5); Cap. III nr. 1 и 3 (стр. 11).

<sup>90</sup> Существование и эволюция традиции, о которой здесь говорит *Лимнеус*, тщательно исследована вплоть до 18-го века уже у Susanne Lepsius, *Ius commune in der Reichspublizistik der frühen Neuzeit*, в: Gliinzi (сноска 81), стр. 533. По данному вопросу см. также Stolleis, *Rezeption* (сноска 92).

<sup>91</sup> По данному вопросу см. также сноска 10.

доминирования.<sup>92</sup> Более того: именно в рамках «политики» в то же время делается шаг к чисто волонтеративному понятию права,<sup>93</sup> который, естественно, в той же малой степени, как и понятие суверенитета, означает, что божественное и естественное право больше не считаются приоритетными. Короче говоря, «только в условиях сообщества граждан, соотносимого и противопоставляемого предпосылкам понятия суверенитета Нового времени и суверенному государству», можно считать, что «обычное различие публичного и частного права [...] приобретает точный смысл».<sup>94</sup> Но это верно только с тем ограничением, что это противопоставление или противостояние, стирающее старое понятие *civitas*, не будет сразу восприниматься как рецепция либеральной социальной модели.<sup>95</sup> В терминологии того времени новый смысл публичного права можно, вероятно, передать следующей формулой: *ius publicum* - это *forma*, характерная для *publicum imperium* верховного суверена (*maiestas*). В любом случае, *ius publicum* больше не является воплощением особых правил для особых, лежащих в общем интересе объектов, но характеризует форму проявления высшей власти, *potestas publica* суверена, которая имеет свою высшую точку в общем законодательстве и, безусловно и очевидно, контролирует и определяет частное право.<sup>96</sup> Публичное право больше не только обосновывает некоторые отдельные правоотношения, связанные с отношениями власти и подчинения (*Rechtsverhältnisse der Über- und Unterordnung*), но формирует всеохватывающее правовое пространство управления (повеления) и повиновения.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Michael Stolleis (Rezeption, öffentlichrechtlich, в: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. IV, 1990, Sp. 984) релятивирует влияние аристотелевской Politik. Он выделяет римско-правовую традицию также и в новом *ius publicum* и указывает на рецепцию упомянутых выше (см. П 2) восточноримских-византийских осколков (*quod principi placuit* [...] etc.), правил о престолонаследии правящих элит, городских и общинных правовых уложений и особенно – вытекающую из практики изучения и общения с римским правом тенденцию методической и категориальной рационализации. В контексте последнего фактора в своём тезисе об «эмансипации германской теории государственного права от цивилистики 17-го века» Рихард Хоке (*Richard Hoke*) заходит слишком далеко (*Der Staat* 15 (1976), стр. 211). Тем не менее это не затрагивает эпохальное смещение теоретического горизонта в целом.

<sup>93</sup> По данному вопросу (сноска 82), стр. 105 и сл.

<sup>94</sup> Otto Brunner, *Land und Herrschaft*, 5. Aufl. 1965, стр. 123 и сл.

<sup>95</sup> В этом смысле, однако, Grimm, *Das Öffentliche Recht* (сноска 81), стр. 29; иная точка зрения Wiederin, ebd., стр. 98 и сл. См. также Hofmann, *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*, 1998, стр. 40 и далее.

<sup>96</sup> Bodin, *De republica* (сноска 75) Buch I Kapp. 3 и 8 (стр. 21, 138).

<sup>97</sup> Ebd., Kap. 3 (стр. 21).

Это находится в противоречии к стоицизму *Ульпиана*, чьё высказывание о частном праве как праве индивидуума встроено в принципы стоицистического учения о естественном праве.<sup>98</sup> Однако это противоречит и «принципу согласия» (*Konsensprinzip*) как основы всех прав, в том виде как он был представлен *Эпикуром*, «непримиримым братом» стоиков,<sup>99</sup> и в том виде как он продолжил своё существование, воспринятый *Николаем Кузанским* (*Nikolaus von Cues*) в его «*Католической гармонии*» (*Concordantia catholica*)<sup>100</sup> и *Гоббсом* в его «*Левиафане*»,<sup>101</sup> и нашедший воплощение в кантовской идее законодательной власти «объединенной воли всех»<sup>102</sup> и в теориях «действия права в силу его признания»<sup>103</sup>. Ведь именно такая черта, как *sine subditorum consensu* (без согласия субъектов), является согласно *Бодену* отличительной чертой законодательства суверена.

В «законодательном государстве» (*Gesetzgebungsstaat*) современности так называемая частная автономия обозначает лишь только кажущуюся действительно автономную сферу. В действительности, в результате монополизации публичной власти государством она предоставляется и определяется государством через его законы и находится под его влиянием, что признавал даже *Савиньи*.<sup>104</sup> Частное право, как таковое, находясь под опекой государственной, организованной посредством публичного права власти, является лишь видимо неполитичным, даже если конституционализм XIX века представлял его таковым, чтобы, подчеркивая противоположность публичного и частного права, прикрыть самостоятельность и собственные закономерности сферы власти от гражданских правовых представлений.

<sup>98</sup> См. выше I 1; по данному вопросу Paul Barth, *Die Stoa*, 3. Aufl. 1922, стр. 139.

<sup>99</sup> Эпикур, принцип XXXIII: «Справедливость сама по себе не имеет смысла, скорее она является лишь договорённостью в целях предупреждения взаимного ущерба, совершаемой во взаимном обороте в различных местностях»; цитируется по: Diogenes Laertius, *Leben und Meinungen berühmter Philosophen*, 2. Aufl. 1967, Band 2, стр. 293.

<sup>100</sup> Teil II Kap. 14 § 127 в: Heidelberg Akademie (Hrsg.), *Opera omnia*, vol. XIV 1, 1964, стр. 162: *Lex ex consensu constituitur*; по данному вопросу см. Hofmann, *Repräsentation* (сноска 25), стр. 301 и далее.

<sup>101</sup> По данному вопросу см. Bernd Ludwig, *Die Wiederentdeckung des Epikureischen Naturrechts*, 1998, стр. 401 и далее.

<sup>102</sup> *Rechtslehre* (сноска 31) § 46 (стр. 136); по данному вопросу см. Horst Dreier, *Kants Republik*, в: ders. (Hrsg.), *Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe*, 2005, стр. 151 (160 и далее).

<sup>103</sup> По данному вопросу см. Hofmann, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, стр. 44 и далее.

<sup>104</sup> Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, Neudruck 1973, стр. 23 и сл.; по данному вопросу см. Wyduckel (сноска 83), стр. 252 и далее.

На эту политико-идеологическую функцию категорического дихотомического разделения обратил внимание уже Ганс Кельзен (*Hans Kelsen*).<sup>105</sup> В то же время, Кельзен ясно указывал, что в «законодательном государстве», в котором всё право основывается на государственных законах (или, по крайней мере, на государственном акте признания), между публичным и частным правом с точки зрения нормативной логики не существует различия, поскольку это лишь два различных процесса правотворчества в рамках одной и той же системы. Однако Кельзен признает «особый вес» и значение норм, которые уполномочивают органы государственной власти в одностороннем порядке издавать распоряжения и постановления. Таким образом, речь идёт об относительно чётком различении, которое на уровне основных правовых категорий может быть принято только в качестве различия между правоотношениями координации и субординации правовых соотношений, причём право субординации, как гарант применения и исполнения норм, имеет большее значение («особый вес»).

Но если верно предположение, что частное право существует только под защитой публичного права, то любая попытка общего различения должна исходить из приоритетного публичного права, и тем самым неизбежно приводить к логическому порочному кругу. Об этом свидетельствует и доминирующая сегодня в проблематике различения так называемая «новая субъектная теория» (*neuere Subjektstheorie*). В соответствии с ней публичное право является «совокупностью тех правовых норм, уполномочиваемым и обязываемым адресатом которых (*Zuordnungssubjekt*) является исключительно носитель публичной власти».<sup>106</sup> Однако то, является ли адресат нормы носителем публичной власти, определяется правовыми нормами той же правовой категории. То есть, таким образом, в конечном счёте, это уже заведомо предполагается. С другой стороны, в этих рамках отсутствует естественная, не регулируемая государством частная правосубъектность индивидуума. В этом смысле, поскольку государственный правопорядок в своих правилах и нормах предполагает ульпиановское различие, то в правовой практике оно, не будучи способно теоретически быть точно определено в генеральном виде, должно устанавливаться в зависимости от отдельного конкретного случая. Это обстоятельство привело Густава Радбруха (*Gustav Radbruch*) в его

---

<sup>105</sup> Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Nachdruck Wien 1967, стр. 285 и далее; в издании Matthias Jestaedt hrsgg. Studienausgabe, 2017, стр. 493 и далее; в этом же смысле Dieter Grimm, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, в: Walter Wilhelm (Hrsg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 1972, стр. 224 (238 и далее).

<sup>106</sup> По данному вопросу см. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 3 пункт 10 и далее.

неокантианской философии права, которой в качестве эпиграфа он предпослал цитату из Бэкона, к тезису, что «частное» и «публичное право» являются «априорными правовыми понятиями». <sup>107</sup> Они «логически предшествуют любому правовому опыту и должны действовать априори по отношению к любому правовому опыту», потому что «в праве как совокупности позитивных норм» должна существовать нормотворческая инстанция, которая должна надстоять над адресатами норм, и быть таким образом государственно-правовой.

## V. Частная и публичная справедливость

### 1. Уравнивающая и распределяющая справедливость (право)

В соответствии с позицией *Радбруха*, обоснование различения частного и публичного права лежит, однако, не только в априорном понятии позитивного права, но уже и в самой идее права. Он обращается к «знаменитому учению Аристотеля о справедливости» и приходит к выводу: «Если справедливость действительно является либо уравнивающей, либо распределяющей справедливостью, то есть либо справедливостью между равными субъектами, либо справедливостью в отношении доминирование-подчинение, то в результате уже сама справедливость указывает на два своих субстрата, на частное и публичное право». <sup>108</sup> В итоге, «уравнивающая справедливость - это справедливость частного права, распределяющая справедливость - справедливость публичного права». При этом *Радбрух* называет распределяющую справедливость - совершенно в смысле избранного им бэконовского девиза - первоформой справедливости (*Urform der Gerechtigkeit*), поскольку только она и делает возможной справедливость в обмене (*Tauschgerechtigkeit*) благодаря тому, что она придает участникам соответствующего отношения равный статус и, тем самым, равную способность участвовать в обороте. <sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1914), цитируется по третьему изданию 1932 года, в: ders., *Gesamtausgabe*, Bd. 2, 1993, стр. 206 (258, 358 и сл.). По данному вопросу см. Hofmann, *From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism*, в: Damiano Canale u.a. (Hrsg.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht u.a.O. 2009, стр. 301 (347 и далее).

<sup>108</sup> Radbruch (сноска 107), стр. 359.

<sup>109</sup> Ebd., стр. 258 и сл.; по данному вопросу см. Hofmann, *Einführung* (сноска 19), стр. 98.

В действительности учение Аристотеля является не таким простым. Два вышеперечисленных проявления справедливости арифметически равного обмена и пропорциональной адекватности выступают у *Стагирита* (прозвище *Аристотеля* – прим. Дайджеста) как особые формы справедливости за пределами общей правовой справедливости.<sup>110</sup> Лишь схоластическая традиция, формировавшаяся под влиянием *Фома Аквинского*, на основе первого перевода *Никомаховой этики* на латынь в 1246 году, принадлежащего учёному епископу *Линкольну Роберту Гроссетесту* (*Lincoln Robert Grosseteste*), способствовала появлению несколько укороченной версии дифференцированного подхода *Аристотеля* и - с простым противопоставлением *iustitia commutativa* (справедливости в смысле взаимного общения и обмена) и *iustitia distributiva* (распределительной справедливости) – её широкому распространению. Важное положительное значение имел при этом, естественно, заинтересованность юристов-гуманистов в постановке философско-правовых вопросов.<sup>111</sup> В соответствии с этой понятийной концентрацией, теорема также могла получить относительно ясную интерпретацию.

Весьма наглядным образом это продемонстрировал уже в 1338-1340 годах *Амброджио Лоренцетти* (*Ambrogio Lorenzetti*) в своём цикле фресок о добром и плохом правительстве в *Палаццо Пубблико* (*Palazzo Pubblico*) г. Сиены.<sup>112</sup> Аллегорическое ядро его произведения (здесь автор описывает, по-видимому, картину *Лоренцетти* «Аллегория доброго правления» - прим. Дайджеста) показывает на правой стороне изображение правителя как воплощение Сиенской Республики, вокруг главы которого подобно ангелам парят христианские добродетели, а по бокам восседают главные земные добродетели (*Kardinaltugenden*). Правее ближе к краю картины, завершая их ряд, размещена фигура Юстиции (*Iustitia*), которая держит на коленях отрубленную голову и корону - символ платы и наказания. На левой половине картины доминирует крупная женская фигура, которая, согласно надписи, представляет также Правосудие (возможные варианты: Справедливость – прим. Дайджеста). Она держит висячие весы с двумя уравновешенными чашами. На одной из них, ангел, называемый *distributiva*, карает мечом и дарует короной, а на другой - ангел с надписью *comutativa* наблюдает за меновой сделкой. Что это могло бы означать? Две различные персонификации справедливости на одной картине? Одна справа - в ряду добродетелей, которые окружают фигуру правителя, другая

<sup>110</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Buch V Kapp. 5 и далее (1130 b 30-1134 a 16).

<sup>111</sup> По данному вопросу см. Guido Kisch, *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, 1972, стр. 53 и сл.

<sup>112</sup> По данному вопросу см. Alois Riklin, *Ambrogio Lorenzetti politische Summe*, Bern/Wien 1996; см. также Hofmann, *Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit*, Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung München, 2. Aufl. 2008, стр. 13.

слева - как своего рода «праматерь» гражданской солидарности. Ведь от обоих ангелов-служителей Справедливости (Правосудия), фигуры слева, тянутся ленты к женской фигуре (в нижнем ряду от Юстиции), держащей в руках рубанок (символ сглаживания противоположностей) и именуемой *Concordia*, которая скручивает обе ленты в один моток.<sup>113</sup> Она отдает его крайнему из череды граждан, которые идут направо к фигуре правителя и обматывают им его руку со скипетром. Но, по сути, именно так учил Аристотель: Справедливость - это, с одной стороны, личная добродетель, с другой - в обществе объективный принцип организации порядка.<sup>114</sup>

Тем не менее, проблемы интерпретации в отношении происхождения мотивов этих образов вызывают тот факт, что уголовная справедливость (правосудие), которая у *Лоренцетти* является скорее, вопросом общей справедливости законов (*Gesetzesgerechtigkeit*), у Аристотеля - не выступает составной частью дистрибутивной справедливости. У него она имеет значение только при «присуждении публичных званий, денег и других ценностей, полагающихся ответственным поручителям организованного сообщества», и именно по рангу и достоинству.<sup>115</sup> Или, как сформулировал *Фома Аквинский*: она регулирует распределение «ОБЩЕГО», то есть совместно освоенного, созданного или полученного, или же сообща организуемых и управляемых ценностей, на отдельных лиц пропорционально их социальному рангу.<sup>116</sup> Однако уголовная справедливость, как распределение квази негативных «вознаграждений» в качестве санкций за негативный «вклад» в «ОБЩЕЕ», была легко интегрируема в сфере политической рецепции Аристотеля в латинском варианте,<sup>117</sup> тем более что сам Аристотель объявил принцип талиона («око за око»), соответствующий арифметически справедливому обмену (*Tauschgerechtigkeit*), практически непригодным.<sup>118</sup> Это говорило о пропорциональных наказаниях в соответствии с еще одним смыслом справедливости дистрибутивов. Это говорило в пользу пропорциональных штрафных санкций и наказаний сообразно дистрибутивной справедливости в широком смысле.

---

<sup>113</sup> *Concordia* выводится здесь на основе ошибочной этимологии от греч. Chorda, обозначавшей кишка, струна, трос или жгут.

<sup>114</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Buch V Kap. 10 (1134 a 25f.); dazu Hofmann, *Einführung* (сноска 19), стр. 100.

<sup>115</sup> *Nikomachische Ethik*, 1130 b 31 и далее, 1131 a 22 и далее, 1131 b 27 и далее.

<sup>116</sup> Thomas von Aquin, *Summa theologica* II/II qu. 61 a. 1.

<sup>117</sup> К вопросу о центральной роли юриста *Эгидия Римского* (*Aegidius Romanus*): Miethke, *Spätmittelalter* (сноска 64), стр. 93 и далее.

<sup>118</sup> *Nikomachische Ethik*, 1132b21 и далее.

## 2. Распределительная справедливость в социальном государстве

Хотя *Радбрух* и считал термины частное и публичное право априорно данными, а дистрибутивную справедливость, осуществляемую суверенной властью – первоформой справедливости, тем не менее, он рассматривал иерархию и соотношение ранга и ценности этих двух областей права как исторически переменные и также как вопрос «мировоззренческой оценки». Так, по его мнению, для либерализма частное право является центральным элементом права, в то время как приоритет публичному праву отдается там, где государство ставится выше отдельного индивида или рассматривается как гарант защиты экономически более слабых. По его словам, социальная концепция «на место либеральной идеи равенства ставит социальную идею выравнивания, а на место меновой (коммукативной) справедливости (*kommunative Gerechtigkeit*) – справедливость дистрибутивную».<sup>119</sup> При таком понимании распределительная справедливость представляет собой «динамичный» аспект справедливости, «несущий реформу и революцию».<sup>120</sup>

Действительно, справедливое распределение того, что *Фома Аквинский* назвал «ОБЩИМ», занимает центральное место во всех теориях справедливости, разработанных в контексте социального государства. Все они вращаются вокруг того, что обозначается как «социальная справедливость».<sup>121</sup> Этот термин получил особое распространение в период буржуазных революций. В 1848 году итальянский священник и философ *Антонио Розмини-Сербаты* (*Antonio Rosmini-Serbat*) опубликовал проект конституции, ориентированный на цели объединения Северной Италии согласно идеям социальной справедливости - *Progetto di costituzione secondo la giustizia sociale*.<sup>122</sup> Важными он считал отмену принципа неделимости и неотчуждаемости собственности семьи, заповедных имений

<sup>119</sup> Radbruch (сноска 107), стр. 359 и далее.

<sup>120</sup> Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, стр. 220.

<sup>121</sup> В последующем по Hofmann, Einführung (сноска 19), стр. 195 и далее.

<sup>122</sup> Католическая социальная теория связывает понятие социальной справедливости с термином «Socialgerechtigkeit» в работе иезуитского автора *Луиджи Тапарелли* (*Luigi Taparelli*) Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sull'atto; по данному вопросу Günter Prüller-Jagenteuffel, „Socialwohl“ und „Socialgerechtigkeit“, в: Stephan Haering u.a., Gnade und Recht, 1999, стр. 115). Это, однако, не соответствует центральному моменту передового проекта *Розмини*. У общей социальной теории *Тапарелли*, исходящей из «нравственного индивида», отсутствует конкретная политическая связь с социальной ситуацией того времени. В его „Socialgerechtigkeit“ вполне традиционно речь идёт абстрактно об общем благе, общей справедливости в обычном понимании, а не о том, что, например, Дж. Ролз обозначает как «справедливость институтов» («*Gerechtigkeit der Institutionen*»). Конституционно-правовой постулат *Розмини* относительно основанного на имущественном цензе избирательного права в гражданском обществе полностью лежит вне рамок конструкций *Тапарелли*.

(*фидеикомисс*), и если говорить в целом - эгалитарное и свободное гражданское общество собственников со свободной торговлей и свободной промышленностью, но также и надлежащий политический учёт социального вклада собственников в общество. С тех пор понятие социальной справедливости смогло, выйдя за рамки концепта общества собственников, стать ведущим понятием социального учения, которое активно занялось проблемами крупного модернизационного кризиса XIX века и искало ответ на так называемый «социальный вопрос» массового обнищания класса неимущих. Этически-политическим следствием стало «требование теории распределяющей справедливости как ведущего принципа социальных реформ».<sup>123</sup>

В подобных теориях уже давно нет недостатка. В частности, в рамках эгалитарного либерализма, эпохальный труд *Джона Ролза (John Rawls) «Теория справедливости»* 1971 года послужил своего рода первичным импульсом для полемики, уже давно ставшей вряд ли обозримой.<sup>124</sup> При этом индивидуалистический подход *Ролза* и его основанная на теории договора модель справедливого распределения социально-экономических благ возвращают назад к кантианскому уровню аргументации естественного состояния. Как это понимает *Радбрух*, здесь пересекаются взгляды и оценки либерализма и социализма.

## VI. Возврат к истокам

### 1. Поиск «сущности» частного права: перечитывать *Канта* наоборот?

Свойственная концептам социального государства концентрация проблемы справедливости на дистрибутивной справедливости распределения социальных и экономических благ представляет собой высшую степень «опеки» публичного права, о которой когда-то говорил *Фрэнсис Бэкон*. Как представляется, она лишает частное право любого собственного «непубличного» о(бо)снования и какой-либо собственной логики. Но действительно ли порядок и система правоотношений между частными индивидуумами не имеет собственных предзаконодательных законов (*prälegislative Eigengesetzlichkeit*)? Не является ли принципом обоснования различия между Моим и Твоим «среди свободных равных», в

---

<sup>123</sup> Gustav Schmoller, *Über einige Grundfragen der Socialpolitik und der Volkswirtschaftslehre*, 2. Aufl. 1904, стр. 85.

<sup>124</sup> См., например, Wolfgang Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, 2000.

первую очередь, справедливость обмена?<sup>125</sup> Скрытой предпосылкой этих вопросов является протест против эксклюзивной идентификации права с установленным и санкционированным государством нормативным порядком. Сформулированная *Кантом* номологическая разница между тем, что является «*правом*», и тем, что является «*правым*»,<sup>126</sup> естественно ощущается тем сильнее, чем больше государство, по самым разным причинам, теряет репутацию суверенного творца права, и с точки зрения частного права старое «опекунство» оказывается под сомнением. Сюда же следует ещё добавить и влияние в принципе полярной в этом отношении англо-американской правовой мысли. В какой-то степени вполне возможно попытаться прочесть теорию права *Канта*, начиная с конца - от публичного права во второй части назад к первой части, то есть к частному праву «принимая во внимание внешние объекты» как «совокупность законов, не нуждающихся во внешнем обнаружении (а именно посредством государства)».<sup>127</sup>

При таком ходе мысли уравнивающая справедливость вновь предстаёт по отношению к современному публично-правовому обоснованию права как принципиально иной принцип, который определяет «существо частного права», и в частности нормы центральных частноправовых институтов: собственности, договора и деликта.<sup>128</sup> При всей необходимой детальной критике подобных соображений вопросом остается, «следует ли право как социальное явление понимать только с точки зрения государства в публично-правовом смысле, или же оно столь же правомерно или даже более обоснованно должно выводиться из элементарных межсубъектных отношений. Ведь фундаментальный для правовой мысли принцип «нормативности» хотя и предполагает соблюдение абстрактно генеральных – а именно ограждающих от произвола - правил, но не их авторитарное установление».<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> По данному вопросу см. Florian Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen - Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag*, 2015; по данному вопросу критически и весьма содержательно Dietmar Willoweit, *Die Wiederkehr der privatrechtlichen Rechtsstheorie*, *Rechtstheorie* 47 (2016), стр. 319.

<sup>126</sup> По данному вопросу см. Hofmann, *Einführung* (сноска 19), стр. 3 и далее.

<sup>127</sup> Kant (сноска 31), Таблица деления учений о праве.

<sup>128</sup> По данному вопросу см. заключение в Rödl (сноска 125), стр. 455 и далее.

<sup>129</sup> Willoweit (сноска 125), стр. 327.

## 2. «Права господства» вне рамок государства: назад к *Ульпиану* и *Аристотелю*

Гораздо более широким и сильным является движение среди представителей публичного права.<sup>130</sup> Причиной этому является то, что, хотя наше *ius publicum modernum* не следовало (как утверждалось) из процесса становления государства и не было просто его «побочным явлением»,<sup>131</sup> но оно было рождено как национальное право и служило фундаментальным структурным элементом в развитии континентальных национальных государств. Теперь же границы, а это значит и само определение этого публичного права, ставятся под сомнение одновременно извне и изнутри. «Интернационализация государства»<sup>132</sup> через деятельность международных организаций, таких как Организация Объединенных Наций или Всемирная Торговая Организация, а также ещё более интенсивно через наднациональные органы Европейского Союза и через его право разрушила или даже упразднила абсолютность территориальных границ<sup>133</sup>. На внутрисоциальном уровне вследствие интервенций социального государства в общество старолиберальная теоретическая граница между государством и обществом, если таковая когда-либо вообще и существовала, давно уже преодолена. Также и государственно-административное управление средствами частного права уже долгое время как оставило за собой традиционно приписываемые двум различным сферам формы публичного и частного.<sup>134</sup> В качестве новых инструментов стирания границ и отказа от формализации в государственной деятельности<sup>135</sup> предстают кооперирование государства с

---

<sup>130</sup> Оно, однако, выходит далеко за рамки нашей проблематики разграничения; по данной теме Oliver Lepsius, *Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, 2016, стр. 1 и далее. См. также Wolfgang Hoffmann-Riem (Teil A), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungsperspektiven*, в: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, стр. 261 (264-271).

<sup>131</sup> Michael Stolleis, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, в: *Wechselseitige Auffangordnungen* (сноска 130), стр. 41.

<sup>132</sup> По данному вопросу см. Rainer Wahl, *Internationalisierung des Staates*, в: ders., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, стр. 17 и далее.

<sup>133</sup> По данному вопросу см. Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, 2011.

<sup>134</sup> По данному вопросу см. Bullinger (сноска 15), стр. 75 и далее; ders., *Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart*, в: FS Rittner, 1991, 69; ders., *Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa*, в: *Wechselseitige Auffangordnungen* (сноска 130), стр. 239.

<sup>135</sup> По данному вопросу см. Friedrich Schoch, *Entformalisierung staatlichen Handelns*, в: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl. 2005, стр. 131.

частными лицами<sup>136</sup> и, наконец, даже полная приватизация государственных функций.<sup>137</sup> На сегодняшнем поле государственного права, речь идёт, таким образом, не о сомнениях в достаточности и удовлетворительности права, *установленного* исключительно государством, а о кризисе права, *установленного* исключительно государством.

Эти обстоятельства ставят публичное право перед вопросом о его идентичности.<sup>138</sup> Это как минимум. Но вопрос можно задать более радикально: для чего и вообще каким образом публичное право?<sup>139</sup> Ответы чаще всего - и справедливо - сводятся к тому, что понятие публичного права вращается вокруг феномена господства (власти). Но он старше государства и, несмотря на эпохальный симбиоз, не зависит от него.<sup>140</sup> Естественно, права господства французских королей имели свою традицию задолго до того, как *Боден* подтвердил их исключительность и абсолютность. И *ius publicum modernum* так называемого государственного права империи (*Reichsstaatsrecht*) было не правом государства, а правом Империи немецкой нации. Однако этим, естественно, ещё не сказано, что различие публичного и частного права является уже а priori безусловно заложенным в понятии права, а также в понятии справедливость и что распределяющая справедливость является её надстоящей первоформой, как это понимал *Радбрух*.<sup>141</sup> Поскольку его тезис вполне сочетается с рамками «государства законодательства» Нового времени. В условиях такого государства, а именно однополярно-иерархического представления о праве без контрапункта теоретико-юстициального самоприращения права и за пределами представления, что право строится из субъективных правовых позиций,<sup>142</sup> этот тезис является едва ли уязвимым. В контексте такой системы даже строгий теоретик нормативизма *Кельзен*, который с точки зрения процесса нормотворчества собственно вообще не мог содействовать и поддерживать имеющееся в виду различие, должен был явно признать

---

<sup>136</sup> По данному вопросу см. Markus Heintzen/Andreas Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, в: *VVDStRL 62* (2003), стр. 220 и 266.

<sup>137</sup> По данному вопросу см. Martin Burgi, *Privatisierung*, в: *Handbuch* (сноска 135), Bd. IV, Aufl. 2006, стр. 205.

<sup>138</sup> Dieter Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage seiner Identität*, 2012.

<sup>139</sup> В этом смысле Arno Scherzberg, *Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?*, 2003.

<sup>140</sup> Wiederin, *Kommentar* (сноска 81), стр. 104.

<sup>141</sup> См сноска 107 и сноска 108.

<sup>142</sup> По данному вопросу см. Hofmann, *Recht des Rechts* (сноска 95).

дополнительную в качественном отношении ценность тех законов, которые обеспечивают возможность осуществлять (применять) право.<sup>143</sup>

Таким образом «различные оценки значения» публичного и частного права не являются только плодом старолиберальных-конституционных представлений,<sup>144</sup> которые исторически изжили себя, но и представляют собой своего рода приданое становления государства, когда первые теоретики абсолютизма противодействовали идее предпорядка римского частного права, ещё кропотливо и напряжённо защищаемой в рамках элегантно-юриспруденции, утверждая примат публичного права. В той мере, в какой государственность попадает в кризис, публичное право соответственно теряет свою опору, но оно не исчезает. Оно продолжает оставаться правом, ориентированного на господство (власть). Внешние формы проявления господства между тем меняются, «поскольку в процессе глобализации и интернационализации экономические, социальные и политические пространства будут всё больше распадаться, поскольку мы, другими словами, идём навстречу новому средневековью».<sup>145</sup> На это должна настроиться наука правоведения.

Пока же дихотомия *Ульпиана* (с ударением на приведённый им пример права магистратов) остается для нас как своего рода пропедевтически-дидактический ориентир. И учение *Аристотеля* о принципиально разных измерениях принципов справедливости, о(бо)сновывающихся право, остается за пределами права Полиса.

---

<sup>143</sup> По данному вопросу см. выше сноска 105. Вследствие исключительной проекции на позитивный правопорядок государства аналогичная апория как у *Радбруха* возникает также и у *Кельзена*; по данному вопросу см. Matthias Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, в: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, стр. 241 (246).

<sup>144</sup> В этом смысле, однако, Grimm (сноска 138), стр. 20.

<sup>145</sup> Wiederin, Kommentar (сноска 81), стр. 104. В сноске он извиняется перед автором этого высказывания, поскольку он не смог найти первоисточник этой цитаты. Возможно, искомым автором был русский философ-религиовед *Николай Бердяев*. В 1923 году в своей берлинской эмиграции он написал работу под названием «Новое средневековье». Второе издание этого труда, переведённого на четырнадцать языков, вышло в 1950 году. В своё время, будучи семнадцатилетним гимназистом, автор подчеркнул на тридцать пятой странице следующий пассаж: «Падение законного принципа власти, правового принципа монархий и демократий и замена его принципом силы, жизненной энергии спонтанных общественных групп и соединений я условно называю новым средневековьем». Названные силу и энергию *Бердяев* связывал с фашизмом.