Государственный университет – Высшая школа экономики
Лаборатория теоретических исследований
права и государства

Институт государства и права Российской Академии Наук

Н.В. ВАРЛАМОВА

ТИПОЛОГИЯ ПРАВОПОНИМАНИЯ И СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ТЕОРИИ ПРАВА

2010

УДК 340.111.5
ББК Х67

В монографии рассматриваются проблемы типологии правопонимания и предлагается интерпретация классических категорий философии права – свободы, равенства и справедливости – в контексте различных типов правопонимания; проводится анализ современных концепций права и выявляется их соотношение с базовыми типами правопонимания.

Работа обсуждена и рекомендована к печати в Лаборатории теоретических исследований права и государства Государственного университета – Высшей школы экономики (руководитель лаборатории В.А. Четвернин) и секторе истории государства, права и политических учений Института государства и права Российской академии наук (заведующий В.Г. Графский).

Для научных работников, преподавателей, студентов и аспирантов, всех интересующихся современными проблемами теории и философии права.

ISBN 978-59501-0124-3

© Н.В. Варламова

СОДЕРЖАНИЕ

1. Тип правопонимания как теоретическая парадигма интерпретации права 4
2. Метафизика и позитивизм – гносеологические основы базовых типов правопонимания 15
3. Юснатурализм в поисках справедливости 26
4. Либертарная концепция права 41
5. Неклассические концепции права: смена парадигмы? 80
6. От философии права к юридической догматике 117

1. ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ КАК ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ ПАРАДИГМА ИНТЕРПРЕТАЦИИ ПРАВА

Г. Харт не без иронии назвал неослабевающее внимание к вопросу «Что есть право?» и множество разнообразных (порой весьма экстравагантных) ответов, даваемых на него, характерной чертой теории права, не имеющей аналогов ни в одной из других академических дисциплин[1]. Подобное своеобразие предмета теоретической юриспруденции неоднократно констатировалось и до, и после него. В частности, Б.А. Кистяковский отмечал, что «ни в какой другой науке нет столько противоречащих друг другу теорий, как в науке о праве. При первом знакомстве с нею получается даже такое впечатление, как будто она только и состоит из теорий, взаимно исключающих друг друга. Самые основные вопросы о существе и неотъемлемых свойствах права решаются различными представителями науки о праве совершенно различно»[2]. На протяжении всей истории своей профессии, преодолевая сомнения относительно решаемости данной научной задачи[3], юристы ищут понятие права, адекватно от-

---

[1] *Харт Г.Л.А.* Понятие права. СПб., 2007. С. 9.

[2] *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 374.

[3] Тот же Б.А. Кистяковский ссылается на немецкого философа Г. Риккерта, утверждавшего, что совершенное научное понятие есть кантовская идея, т.е. задача, к разрешению которой мы должны стремиться, но которой мы никогда не можем разрешить окончательно (*Rickert H.* Zur Lehre von der Definition. 1888. S. 47). И добавляет, что «мы можем только при-

ражающее суть этого социального феномена. В свою очередь, результаты их поисков (все богатство развития юридической мысли) также подвергаются научной обработке, следствием чего стала типология правопонимания – отнесение различных учений о праве к определенным родственным группам по признакам сходства-различия.

Сегодня все больше теоретиков придерживаются мнения, что то или иное понимание права (тип правопонимания) как наиболее общее и концентрированное выражение представлений о сущности и назначении права предопределяет специфику истолкования любой юридической категории более частного порядка.

В.С. Нерсесянц утверждает, что именно тип правопонимания «определяет парадигму, принцип и образец (смысловую модель) соответствующего философского познания права и государства, собственно теоретико-правовое содержание, предмет и метод соответствующей концепции философии права»[4].

«Вопрос о понятии права, – развивает эту мысль М.И. Байтин, – исходный, ключевой (своего рода *sancta sanctorum, punktum saliens*) в теории права. В прямой зависимости от его решения понимаются и трактуются все другие правовые явления – правосознание, норма права, форма (источник) права, соотношение права и закона, система права и систематизация законодательства, законность и правопорядок, реализация права, правоотношение, соотношение объективного и субъективного права, правонарушение, юридическая ответственность, правовая система и т.д. Только на основе правильного, четкого представления о том, что есть право, можно определить перспективы развития и пути повышения эффективности не только юридической науки, но и практики нормотворчества, применения и толкования права, обеспечения законности и правопорядка, создания

ближаться к познанию истины, а не познать ее целиком» (*Кистяковский Б.А.* Указ. соч. С. 268).

[4] *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2006. С. 20.

цивилизованного гражданского общества и правового государства»[5].

В.М. Сырых подчеркивает, что понимание права предполагает выявление его сущностных признаков, которые позволяют верно и точно отразить природу права, его реальные и потенциальные возможности в регулировании общественных отношений, отличить право от иных социальных регуляторов, раскрыть генезис права и логику его исторического развития[6].

О.Э. Лейст обращает внимание на то, что различное понимание права может стать причиной социальных конфликтов, в том числе международных[7].

Таким образом, действительно, «без преувеличения можно констатировать, что проблема правопонимания занимает центральное место в юридической науке»[8]. От ее решения зависит все содержание науки, а во многом и изучаемой и формируемой ею практики.

Показательно, что еще до введения категории «тип правопонимания» в научный оборот[9], ученые аналогично оценивали значение исходного понятия права для юридической науки. Например, у Е.Н. Трубецкого читаем: «Пока мы не выясним себе, *что такое право вообще*, все наши суждения о тех или других конкретных видах права будут страдать неясностью, отсутствием определенного научного содержания. По поводу каждого нашего отдельного суждения, относящегося к той или другой области юриспруденции, может возникнуть сомнение, представляет ли оно собой действительно суждение о праве или о чем-то другом, что

---

[5] *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) М., 2005. С. 57–58.

[6] *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М., 2007. С. 15.

[7] *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 13.

[8] *Оль П.А.* Правопонимание: от плюрализма к двуединству. СПб., 2005. С. 12.

[9] См.: *Нерсесянц В.С.* Из истории правовых учений: два типа правопонимания // Политические и правовые учения: проблемы исследования и преподавания. М., 1978. С. 18–29.

не есть право. При отсутствии удовлетворительного определения понятия права не могут быть проведены ясные границы между правоведением и другими науками; а при отсутствии таких границ наука права всегда рискует или не охватить весь свой предмет, или совершать захваты из других, чуждых ей областей знания»[10].

Несмотря на стремление дать правопониманию сложные наукообразные определения[11], смысл данного термина, в конечном счете, исчерпывается его этимологией. Правопонимание – это представление о том, что есть право, определенное понимание (вариант понимания) данного явления, находящее свое синтетическое выражение в том или ином понятии права.

Понятие права, если оно верно схватывает его сущность, в свою очередь, способно последовательно развернуться в целостную теорию (концепцию) – систему логически свя-

---

[10] *Трубецкой Е.Н.* Лекции по энциклопедии права // *Трубецкой Е.Н.* Труды по философии права. СПб., 2001. С. 288.

[11] В литературе предлагаются, например, следующие варианты: Правопонимание – это научное познание и объяснение права как своеобразного и относительно самостоятельного, целостного, системного явления духовной жизни общества (*Байтин М.И.* Указ. соч. С. 23); «Правопонимание – это научная категория, отражающая процесс и результат целенаправленной мыслительной деятельности человека, включающей в себя познание права, его восприятие (оценку) и отношение к нему как к целостному социальному явлению» (*Леушин В.И., Перевалов В.Д.* Понятие, сущность и социальная ценность права // Теория государства и права / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. М., 1998. С. 217); «Правопонимание в широком смысле может рассматриваться как интеллектуальная деятельность, направленная на познание права; отдельные элементы познавательно-правовой деятельности (восприятие правовых явлений, представление о правовых явлениях и праве в целом, понятие права), а также совокупность (или система) интерпретируемых правовых знаний, полученных в результате познавательно-правовой деятельности» (*Оль П.А.* Указ. соч. С. 16); Правопонимание – это «философско-правовая категория, относящаяся к области доктринального правосознания, охватывающая закономерности возникновения, развития, функционирования права и правовых явлений. Правопонимание представлено в виде конкретных правовых идей, систем воззрений, теоретических конструкций, содержащих в себе определенные закономерности как онтологического, так и гносеологического плана» (*Попов В.И.* Правопонимание в советской юридической науке. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2001. С. 8).

занных понятий, раскрывающих содержание права в контексте различных уровней и форм его проявления: «Как в семени дано определенное будущее растение, так и в понятии права в научно абстрактном (сжатом и концентрированном) виде содержится определенная юридическая теория, теоретико-правовой смысл и содержание определенной концепции (и типа) юриспруденции». Таким образом, «понятие права – это сжатая юридическая теория», а «юридическая теория – это развернутое понятие права»[12].

Конечно, конструкция типа правопонимания в основном используется для характеристики доктринальных (теоретических, философских) представлений о праве. Однако вполне допустимо говорить и об обыденном правопонимании, которое формируется у людей, не обладающих специальными юридическими знаниями, в процессе повседневной практической деятельности и служит им средством ориентации и самоопределения в отношениях, регулируемых правом. При этом обыденное правопонимание не является (в общем и целом, на массовом уровне) ущербным или ложным. В сравнении с доктринальным оно не низшее, а просто другое. У него другие (сугубо практические) способы формирования и функционирования. Причем обыденное правопонимание коррелирует с научным, по сути, в неартикулированном виде в нем можно выделить те же самые типы. Одновременно обыденное правопонимание во многом сливается с общим мировосприятием, а последнее, в свою очередь, обусловливает тип правопонимания (характер представлений о праве)[13]. Таким образом, научное правопонимание, представленное в понятии права, является доктринальным выражением обыденных представлений о праве и опыта правового (социального) общения.

Тот или иной тип правопонимания выражает определенное понятие права (как представление о его сущности), которое не тождественно его определению, хотя и раскры-

---

[12] *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 1999. С. 27.

[13] См., например: *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 11; *Оль П.А.* Указ. соч. С. 51.

вается через последнее. Одно и тоже понятие права может быть выражено различными определениями, причем ни одно из них не будет исчерпывающим.

И. Кант указывал, что дать дефиницию – это значит первоначально и полно изложить понятие в его границах, что предполагает ясность и достаточность (одновременно и неизбыточность) признаков, отличающих определяемый предмет (т.е. описывающих его пределы, границы, «определивающих» его). При этом И. Кант подчеркивал, что дефиниции в строгом смысле слова возможны лишь в математике, где посредством определений конструируются сами понятия. Философское же определение не создает понятие, а только объясняет его. И такое определение не может считаться полным. Если речь идет об эмпирическом понятии, то никогда нельзя быть уверенным в том, что все существенные признаки предмета известны и отражены в его определении. А в отношении априорных понятий, таких как субстанция, причина, право, справедливость и т.д., никогда нельзя быть уверенным, что сформированное представление о них адекватно предмету. В строгом смысле слова философские понятия не поддаются дефиниции. Что не мешает оперировать с понятиями, получившими лишь незавершенные определения. Надлежащая дефиниция в философии должна завершать труд, а не начинать его[14].

Если легальные определения (даваемые в законодательстве) сродни математическим, так как именно они, собственно, и образуют соответствующие понятия, указывая на признаки, которым придается юридическое (официально-властно признаваемое) значение, то теоретические юридические дефиниции являются философскими и способны лишь в той или иной мере (более или менее корректно) объяснить определяемое понятие[15]. Формулирование таких

---

[14] См.: *Кант И.* Критика чистого разума. М., 1994. С. 430–433.

[15] Сложность теоретического определения юридических понятий преодолевается некоторыми учеными посредством отказа от них и перехода к оперированию исключительно нормами позитивного права. Так, Г. Харт сводит проблему определения юридических понятий к выявлению утверждений, в которых они используются, описанию условий, при которых данные утверждения истинны, и характерных способов оперирования ими

определений и оперирование ими следует закономерностям, выявленным И. Кантом: «Философия кишит ошибочными дефинициями, особенно такими, которые, правда, действительно содержат в себе элементы для дефиниции, однако еще не во всей полноте. Если бы мы совсем не могли оперировать понятием, пока не дали его дефиниции, то всему философствованию пришлось бы плохо. Но так как, насколько хватает элементов (расчленения), их можно всегда применять верно и надежно, то и недостаточные дефиниции, т.е. положения, собственно еще не составляющие дефиниции, однако истинные и потому приближающиеся к дефиниции, могут быть хорошо использованы. В математике дефиниция относится *ad esse*, а в философии *ad melius esse*. Дойти до дефиниции приятно, однако нередко очень трудно. Юристы и до сих пор ищут дефиницию для своего

с тем, чтобы сделать юридически значимый вывод на основе конкретных норм в конкретном случае. В качестве объяснения выражения «субъективное юридическое право» он, например, предлагает следующее:

«(1) Утверждение формы “X имеет право” истинно, если удовлетворяются следующие условия:

(*a*) Имеется действующая правовая система.

(*b*) В соответствии с нормой или нормами этой системы некий другой человек Y в произошедших событиях обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения.

(*c*) Эта обязанность поставлена правом в зависимость от выбора или X, или какого-либо другого человека, уполномоченного действовать от его имени, так что Y обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения либо только если в этом состоит выбор X (или какого-либо другого человека), либо, в качестве альтернативы, только до тех пор, пока X (или такой человек) не выберет обратное.

(2) Утверждение формы “X имеет право” используется для того, чтобы сделать юридический вывод в конкретном случае, подпадающем под соответствующие нормы» (*Харт Г.Л.А.* Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5. С. 21).

Таким образом проблема определения юридических понятий подменяется поиском выводов, которые можно сделать на основании конкретных норм позитивного права в процессе их применения к конкретным случаям, а юриспруденция – легалистикой.

Об отличии юриспруденции от легалистики см.: *Мамут Л.С.* Юриспруденция и легалистика // Юриспруденция XXI века: горизонты развития: Очерки. СПб., 2006. С. 7–23.

понятия права»[16]. Спустя столетия как бы в подтверждение этой мысли французский исследователь Ж.-Л. Бержель констатировал: «Дать точное и лаконичное определение праву представляется невозможным»[17]. А по мнению Г. Харта, «ничто, достаточно четкое для того, чтобы быть признанным как определение, не могло бы дать удовлетворительного ответа» на вопрос «Что есть право?», ибо лежащие в осно-

---

[16] *Кант И.* Критика чистого разума. С. 432 (в сноске).

Принципиально иной подход, предлагаемый в современной литературе, представляется неприемлемым. Ю.Ю. Ветютнев утверждает, что «определение права – это первичный, исходный акт правового познания». По его мнению, «ни в природе, ни в обществе нельзя обнаружить, того, что объективно является правом. Имена не присущи своим носителям изначально, они служат частью языковой картины мира, т.е. не отыскиваются в окружающем мире, не принадлежат предметам в качестве их собственных атрибутов, а лишь присваиваются им. Поэтому понятие права не столько открывается, сколько конструируется. Не существует такого явления, которое “в действительности” есть право, существует лишь явное или скрытое решение общества именовать конкретное явление правом» (*Ветютнев Ю.Ю.* Выбор правопонимания: значение и критерии // Проблемы понимания права: Сборник научных статей. Серия: Право России: новые подходы. Вып. 3. Саратов, 2007. С. 144). «Таким образом, – заключает он – определение права представляет собой необходимую предпосылку любого иного суждения о праве». Причем «само по себе это определение не может быть ни истинным, ни ложным. Формулируя рабочую дефиницию “право – это…”, мы вовсе не утверждаем, что описываемое в ее второй части явление в действительности представляет собой право, мы лишь заявляем, что в последующем будем его так называть». Более того, «при выработке определения права нельзя опираться на представления о сущности данного явления. Ведь познание сущности какого-либо феномена – чрезвычайно сложная когнитивная процедура, представляющая собой углубление в его внутреннее содержание. Но для того чтобы такое познание состоялось, требуется уже изначально понимать, о каком именно предмете идет речь, т.е. знать хотя бы его внешние признаки. Исследование движется от понятия права к его сущности, а не наоборот» (Там же. С. 145). Определение права для Ю.Ю. Ветютнева (он, очевидно, не различает понятие и определение права) является сугубо конвенциональным и должно отвечать лишь требованиям удобства использования (Там же. С. 150). Удивительно, как такие гносеологические установки соотносятся с утверждением, что «понятием права должно обозначаться реально существующее явление» (Там же. С. 158). Ведь если исходить из того, что право – это реально существующее социальное явление, то ценность исключительно конвенционального его определения весьма сомнительна.

[17] *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права. М., 2000. С. 35.

вании него «проблемы слишком отличны друг от друга и слишком фундаментальны, чтобы их можно было разрешить таким образом»[18].

Поэтому типология правопонимания не тождественна классификации представленных в литературе определений права, а предполагает выделение именно его понятий, т.е. единообразных представлений о сущности права, которые могут раскрываться (или скрываться) посредством разных более или менее точных и полных дефиниций.

В юриспруденции тип правопонимания предстает как своеобразный аналог парадигмы Т. Куна[19], правда, с некоторым смещением акцентов значения данного термина. У Т. Куна парадигма выполняет функцию конституирования научного сообщества, предлагая для него набор приемов познания и моделей (образцов) постановки и решения задач. Научное сообщество, собственно, и образуют люди, разделяющие и использующие определенную парадигму. В современном научном словаре термин «парадигма» утвердился, однако, в несколько ином, скорее не социологическом как у Т. Куна (в качестве характеристики научного сообщества), а эпистемологическом значении – как указание на научное направление в рамках той или иной области знаний, отличающееся предметно-методологическим единством. Такой парадигмой в юриспруденции и выступает тип правопонимания, определяющий принципиальные подходы к теоретическому познанию права, т.е. предмет и метод соответствующей концепции права.

По Т. Куну «нормальное» состояние науки, свидетельствующее об ее зрелости, является «однопарадигмальным», когда все ученые, занимающиеся данной сферой исследования, придерживаются единой парадигмы, истинность которой внутри научного сообщества не подвергается сомнению (лица, высказывающие таковое, сообществом отторгаются). Конкуренция парадигм возможна лишь как свидетельство кризиса «нормальной науки», оказавшейся неспособной объяснять обнаруженные природные аномалии и решать

---

[18] *Харт Г.Л.А.* Понятие права. С. 24.

[19] См.: *Кун Т.* Структура научных революций. М., 2001. С. 9–268.

возникающие проблемы, и предвестник «научной революции», в результате которой старая парадигма уступает место новой и восстанавливается нормальное однопарадигмальное состояние науки.

Свои теоретические обобщения Т. Кун делал на основе анализа истории естественных наук (физики, химии, астрономии, биологии) и неоднократно оговаривался, что развитие социальных наук имеет свою специфику и в предложенную им схему не укладывается[20]. Для общественных наук (в том числе и юриспруденции), напротив, нормальным является конкуренция различных парадигм[21], каждая из которых в определенные исторические периоды, претерпевая некоторые, но не сущностные, изменения, могла занимать доминирующее положение или находиться «в загоне», но никогда полностью не сдавала своих позиций, равно как и не одерживала окончательной победы над конкурентами[22].

В литературе предлагаются различные типологии правопонимания[23], которые во многом совпадают или пересекаются. Поскольку типизация как и любая исследовательская процедура преследует цель познания сущности изуча-

---

[20] См.: Там же. С. 16–17, 40, 45, 207, 212–213.

[21] «В особенности я был поражен, – отмечает Т. Кун, – количеством и степенью открытых разногласий между социологами по поводу правомерности постановки тех или иных научных проблем и методов их решения. Как история науки, так и личные знакомства заставили меня усомниться в том, что естествоиспытатели могут ответить на подобные вопросы более уверенно и более последовательно, чем их коллеги-социологи. Однако, как бы то ни было, практика научных исследований в области астрономии, физики, химии или биологии обычно не дает никакого повода для того, чтобы оспаривать самые основы этих наук, тогда как среди психологов или социологов это встречается сплошь и рядом» (Там же. С. 16–17).

[22] Причина этого очевидно не в том, что общественные науки находятся в еще допарадигмальном (неразвитом) состоянии, а в их принципиальном отличии от наук естественных. Если естественные науки в основе своей дескриптивны, т.е. преследуют цель наиболее полного и точного описания и объяснения явлений природы, то общественные науки по своему характеру являются нормативно-критическими и предлагают разные интерпретации социальной реальности исходя из тех или иных аксиологических установок.

[23] Достаточно полный обзор см.: *Оль П.А.* Указ. соч. С. 52–64.

емого явления, критерий, положенный в ее основу, должен обеспечивать обособление сущностно специфических понятий права.

Представляется, что характер типа правопонимания определяется гносеологическими подходами и аксиологическими предпочтениями, лежащими в основе его формирования. Онтология права – представление о специфике его бытия – вторична и обусловлена тем, как тому или иному мыслителю видятся надлежащие способы познания права и его социальное предназначение. Весьма показательно, что, например, Г. Кельзен начинает изложение своего «чистого учения о праве» с обоснования методологии («чистоты» учения)[24], а в одной из других работ мимоходом заметил, что вся система его взглядов опирается на эмоциональное предпочтение идеала порядка, возвышающегося над идеалом справедливости[25].

[24] См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 1. М., 1988. С. 7–8.

[25] *Kelsen H.* Die Idee des Naturrechtes // Zeitschrift für Öffentliches Recht. 1927. №. 7. S. 221, 248. Цит. по: *Фуллер Л.Л.* Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 126.

2. МЕТАФИЗИКА И ПОЗИТИВИЗМ – ГНОСЕОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ БАЗОВЫХ ТИПОВ ПРАВОПОНИМАНИЯ

В гносеологическом плане теоретическое осмысление бытия всегда осуществляется в рамках метафизической или позитивистской парадигмы. Соответствующие исходные установки эксплицитно или имплицитно лежат в основе любой философии, в том числе и тех теорий, что сформировались еще до концептуального оформления метафизики и позитивизма в качестве базовых гносеологических подходов.

Термин «метафизика» на протяжении веков (а иногда и сегодня) использовался в качестве синонима философии. При этом этимология данного термина весьма интересна и указывает на его условность и случайность. Метафизикой комментаторы Аристотеля называли его очерки, помещенные в издании, с которым они работали, после трудов по физике (на греческом «*ta meta ta physika biblia*», дословно «книги, которые идут после физики»). Сам Аристотель называл эти очерки «первой философией», поскольку они были посвящены фундаментальным понятиям, первоначалам и причинам бытия, которые не даны человеку в непосредственном чувственном восприятии. Со временем префикс «meta» приобрел значение «сверх», «выходящий за пределы», а под метафизикой стали понимать нечто «превосходящее физику», надопытное, сверхчувственное знание[1].

[1] См.: *Вольф Р.П.* О философии: Учебник. М., 1996. С. 317–318; *Кюльпе О.* Введение в философию. М., 2007. С. 20.

Определяя метафизику как особое направление исследований, обычно обращают внимание на две взаимосвязанные ее составляющие – специфический способ и результат познания. «Под именем метафизики, – указывал Г.Ф. Шершеневич, – следует понимать познание мира действительности за пределами явлений, достигаемое посредством возвышающегося над опытом умозрения»[2]. Другие подчеркивают результат такого умозрительного познания, характеризуя метафизику как «изучение наиболее фундаментальных принципов природы вещей»[3], «познание сущности вещей»[4], «попытку построения при помощи научных средств цельного миросозерцания»[5].

И. Кант увязывал метафизику с природной склонностью человека как потребностью человеческого разума разрешать вопросы, выходящие за пределы его опытного применения[6]. Метафизика имеет дело с максимально абстрактными формами, полностью отделенными от всего телесного сущего, т.е. по сути, с идеальным. Она продуцирует априорные знания, т.е. знания «*безусловно* независимые от всякого опыта, а не независимые от того или иного опыта»[7].

Метафизические концепты являются результатом не последовательной многоступенчатой абстракции, т.е. логического обобщения реальных объектов, а опережающего синтеза, благодаря чему они играют эвристическую роль в процессе дальнейшего научного познания. Метафизика обусловлена способностью человека к синтезу, т.е. способностью вообразить целостность Мира, синтезируя его в единый образ. Будучи природной склонностью человека, метафизика должна проявляться в ходе любой разумной деятельности, в том числе и научной. И действительно, представление о любом эмпирическом объекте, с которым имеет дело та или иная наука, является результатом спекулятивно-

---

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1911. С. 6.
[3] *Вольф Р.П.* Указ. соч. С. 407.
[4] *Вебер А.* История европейской философии. Изд. 2-е. М., 2007. С. 2.
[5] *Кюльпе О.* Указ. соч. С. 22.
[6] *Кант И.* Критика чистого разума. М., 1994. С. 42.
[7] Там же. С. 33.

го синтеза. Никакая научная и вообще познавательная деятельность не обходится без «опережающего схватывания идей», которое, конечно, может существенно исказить реальное положение дел, однако дает выигрыш во времени и позволяет выходить за пределы доступного опыта. Метафизика выявляет онтологические и гносеологические допущения, явно или неявно принимаемые любой наукой и тем самым выполняет в отношении них гносеологическую функцию. Предметом метафизики являются трансцендентальные (предельные, пограничные, лежащие на границе абстрактного и конкретного, идеального и материального) сущности, «которые хотя и выходят за пределы опыта, но делают этот опыт возможным»[8].

Таким образом, метафизика стремится к абсолютному знанию (проникновению в сущность бытия) и достигает его (по крайней мере, претендует на это) посредством умозрения, т.е. сугубо рационального внеопытного рассуждения, спекуляций чистого разума. При этом, «возносясь в отвлеченную область, философская мысль мало обращала внимание на реальные условия жизни. К практике она относилась чисто отрицательно; нередко она строила фантастические здания, которые не могли найти приложение в реальном мире». Подобное состояние не могло не вызвать ответной реакции: «метафизика была отвергнута как бред воображения, и единственным руководящим началом всякого знания и всякой деятельности признан был опыт»[9].

Течение философской мысли, отказавшееся от умозрительных построений, получило название философского позитивизма. Его гносеологические основы выражены в учении О. Конта, утверждавшего приоритет опытного, эмпирического знания, выявляющего «постоянные отношения, существующие между наблюдаемыми явлениями», и способного познать «только различные взаимные связи, свойственные их проявлению, не будучи никогда в состоянии проникнуть в тайну их образования». И естественнонаучное и

---

[8] См.: *Катречко С.Л.* Как возможна метафизика? // Вопросы философии. 2005. № 9. С. 83–94.

[9] *Чичерин Б.Н.* Философия права. СПб., 1998. С. 22.

общественно-научное положительное исследование, считал О. Конт, должно «ограничиваться систематической оценкой того, что есть, отказываясь открывать первопричину и конечное назначение», а полученное в его результате знание всегда будет относительным, зависимым от нашего состояния, как физического, так и социального[10].

Верифицируемость (доступность опытной проверке) знания позитивизм полагает основным критерием его научности[11]. Соответственно метафизика, а вслед за ней и философия в целом не признаются наукой, а все общественные науки, чтобы считаться таковыми (т.е. науками) должны освободиться от метафизики[12].

Разумеется, позитивистские постулаты не были восприняты безоговорочно. Фактически именно противостояние метафизики и позитивизма определяет развитие философии и всех общественных наук. Юриспруденция не является исключением. Позитивистский и непозитивистский (представленный различными течениями естественно-правовой школы) типы правопонимания конкурируют в ней на протяжении столетий.

В рамках гносеологии позитивизма задача философии права ограничивается критическим исследованием понятий, которые лежат в основе отраслевых юридических наук. Причем «научная философия права строит свои понятия только на положительном праве. Ее построения должны быть результатом только наблюдения над явлениями действительной жизни. Философия права не должна подставлять под реальные понятия свои идеальные представления, выдавать за право то, что, по ее мнению, должно бы быть

---

[10] *Конт О.* Дух позитивной философии. СПб. 2001. С. 20.

[11] Философский позитивизм, исходит из того, что «предметом научного познания не может быть явление, о котором говорится, что оно существует за пределами всякого возможного опыта» (Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 102).

[12] «Наука имеет дело с явлениями, и только их изучение, сравнение, обобщение, классифицирование возможно для науки. Исследование же того, что стоит за явлениями, и что, может быть, составляет неизвестную причину их, науке недоступно, но возможно, говорят, для философии, которая становится тогда метафизикой» (*Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 6).

правом. Задача философии права с теоретической стороны ограничивается установлением отличительных признаков тех явлений общественной жизни, которые носили и носят в разное время и у разных народов название права, государства, преступления и т.п. Дело философии права выяснить, в чем заключается то единообразное, что давало основание соединять с многообразными явлениями одно и то же представление и наименование… Решение такой теоретической задачи возможно только при том условии, если философия права откажется от исканий сущности основных понятий в материальной стороне, а постарается открыть ее с формальной стороны. Без перехода к формальному моменту философия права не выполнит своей задачи дать правоведению основные понятия, независимые от исторического многообразия»[13].

Для юридического позитивизма характерно представление о праве как о системе норм (правил поведения), реализация которых обеспечивается принудительно, или (что то же самое) – принудительном порядке общественных отношений. При этом позитивисты отличают право от иных систем социальной регуляции на основании различных критериев, относящихся, однако, не к содержанию образующих его норм, а к их сугубо внешним проявлениям – источникам происхождения, формам объективации, способам принудительного обеспечения[14].

Между тем внешнее выражение права многообразно. Оно предстает перед нами и в виде норм, зафиксированных в тех или иных юридических текстах, и в виде правил, которых придерживаются люди, вступая в отношения между собой (в виде правоотношений), и в виде отражения этих правил и норм в сознании участников правоотношений (в виде правосознания). Теоретическому мышлению всегда прису-

---

[13] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 20–21.

[14] См., например: *Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004. С. 38–45; *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. №. 5. С. 112; *Zagrebelsky G.* Ronald Dworkin's Doctrine on Legal Principles: An Italian Point of View // International Journal of Constitution Law (I.CON). 2003. Vol. 1. № 4. P. 622.

ще стремление редуцировать осваиваемый эмпирический материал, свести все многообразие внешних проявлений изучаемого объекта к некой общей основе. Юридический позитивизм не выработал единого представления о такой первооснове права, отсюда – множественность его юридико-позитивистских трактовок.

Легистский позитивизм отождествляет право с законом, понимаемым в данном случае широко – как любой акт, содержащий официально установленные (признанные) и обеспеченные государственным принуждением правила поведения. Источник права и его обязательной силы при этом усматривается в государстве, а само право трактуется как продукт и функция государственной власти (классический или этатистский позитивизм). Неолегистские (нормативистские) концепции права прямо не утверждают происхождение права от государства, а стремятся объяснить его из самого себя, либо посредством специфического нормологического истолкования фактических отношений власти и подчинения с помощью постулирования основной нормы – логического допущения, в конечном счете обосновывающего действительность иерархиезированной системы норм, устанавливающих данный правопорядок (Г. Кельзен)[15], либо вводя понятие предельного (окончательного) правила признания, подразумевающего фактическое принятие сообществом действующей правовой системы (Г. Харт)[16].

Сторонники социологического позитивизма считают первоосновой права правоотношения. С их точки зрения право – это реальный порядок общественных отношений; закон с большей или меньшей адекватность фиксирует правила, которых люди придерживаются в своих взаимоотношениях, и обретает жизнь, лишь будучи реализован в них. Право и его общеобязательность, таким образом, производны не от государства, а от общества. При этом некоторые приверженцы социологического позитивизма отстаивали идеи правового плюрализма, признавая существование наряду с государственным правом и так называемого соци-

[15] См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 67–82.
[16] См.: *Харт Г.Л. А.* Понятие права. СПб., 2007. С. 104–114.

ального права – правовых систем, вырабатываемых и поддерживаемых различными социальными структурами (семьей, корпорацией), т.е. по сути, отрицали роль права как средства конституирования единого (общеобязательного) социального порядка[17].

Антропологический позитивизм, который тесно смыкается с социологическим, в качестве формы внешнего выражения права абсолютизирует правосознание. В данном случае право считается принадлежащим миру человеческой психики и для его изучения следует сосредоточить внимание на изучении психических переживаний человека, его чувств, представлений, эмоций, воли и т.п. Крупнейшей антрополого-позитивистской концепцией является психологическая теория права Л.И. Петражицкого[18], серьезное влияние которой испытали такие видные представители социологического позитивизма как Г.Д. Гурвич, П.А. Сорокин, Н.С. Тимашев.

Несмотря на отмеченное разнообразие позитивистских интерпретаций права все они едины в главном: специфика права усматривается не в содержании его норм, а в их принудительности, независимо от того, чем она обеспечивается – государственной властью, социальным признанием, психическим переживанием. В конечном счете, позитивисты «отождествляли право и силу – лишь там, где сила, только там и право»[19].

Таким образом, юридический позитивизм демистифицировал право (что было присуще многим метафизическим,

---

[17] См., например: *Гурвич Г.Д.* Идея социального права // Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 41–212.

[18] См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

[19] *Радбрух Г.* Философия права. М., 2004. С. 225.

Поэтому В.А. Четвернин, возможно, несколько упрощая ситуацию, называет такой тип правопонимания потестарным (от лат. *potestas* – сила, мощь). Здесь термин «потестарный» указывает на силовое начало в понимании права и используется в значении, отличном от устоявшегося в антропологии, где он характеризует протогосударственные властные отношения (См.: *Четвернин В.А.* Современная либертарно-юридическая теория // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М., 2007. С. 6–7).

естественно-правовым концепциям), но одновременно и лишил его содержательной специфики. Кредо позитивистов четко выразил Г. Кельзен, наиболее последовательный из них: «…Всякое произвольное содержание может быть правом. Не существует человеческого поведения, которое как таковое – в силу своего содержания – заведомо не могло бы составлять содержание правовой нормы»[20].

Юридический позитивизм ограничивает задачу правоведения «познанием и описанием правовых норм и установленных ими отношений между определенными фактами»[21] и неизменно уклоняется от субстанционально-ценностного обоснования действующего правопорядка, полагая такую задачу ненаучной.

Позитивисты всех поколений и направлений проводят четкое различие между правом, какое оно есть, и правом, каким оно должно быть[22]. При этом лишь первая из проблем относится к предмету юриспруденции, которая, по их мнению, должна быть сугубо дескриптивной наукой, призванной максимально точно описывать социальную реальность, охватываемую понятием право, не вдаваясь в рассуждения о том, каким это самое право должно быть. Последняя проблематика составляет предмет этики и политики. Позитивистская юриспруденция исходит из принципиального разграничения права и морали, под которой, в свою очередь, понимаются любые стандарты оценки человеческого поведения, не являющиеся правом, т.е. не получившие тем или иным образом статус обязательных и принудительно поддерживаемых правил поведения[23]. Право для того, чтобы считаться таковым, не нуждается в моральном (религиозном и т.п.) оправдании: «без наличия прямого конституционного или правового положения нельзя считать, что норма, нарушающая моральные принципы, не является нормой права; и,

---

[20] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Выпуск 2. С. 74.

[21] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 105.

[22] См.: *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали.

[23] См.: *Фуллер Л.Л.* Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 128.

наоборот, из одного того, что норма является морально желательной, не следует наделять ее правовым статусом»[24].

Такие исходные установки, по мнению позитивистов, обеспечивают объективность и нейтральность производимого ими юридического знания. Так, Г. Кельзен утверждал, что для его «чистого учения о праве» характерна «выраженная антиидеологическая направленность. Она проявляется в том, что чистое учение о праве представляет позитивное право свободным от всякого смешения с "идеальным" или "подлинным" правом. Чистое учение хочет представить право таким, каково оно есть, а не каким оно должно быть; оно интересуется реальным и возможным, а не "идеальным" или "подлинным" правом. В этом смысле чистое учение о праве есть радикальная реалистическая теория, т.е. теория правового позитивизма. Оценивать позитивное право оно отказывается. Чистое учение о праве считает, что в качестве науки оно обязано лишь вникнуть в сущность позитивного права и понять его с помощью анализа его структуры. В особенности оно отказывается служить поставщиком "идеологий" для каких бы то ни было политических интересов – "идеологий", посредством которых можно было бы оправдать или осудить существующий социальный порядок»[25].

Однако на деле декларируемая идеологическая (ценностная) нейтральность оказывается мнимой. Теория, целью которой является лишь описание «не только явным образом предписывает, но и объясняет свои особые предписывающие способности именно тем фактом, что отрицает намерение предписывать»[26]. Позитивистские концепции права выполняют консервативно-охранительную функцию, постулируя неоспоримость и незыблемость существующего правопорядка.

Конечно, сегодня найдется немного позитивистов, которые отважатся утверждать, как Г. Гуго, что «если рабство утверждено положительным правом, то оно лучше, чем сво-

---

[24] *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали. С. 110.

[25] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 143–144.

[26] *Фуллер Л.Л.* Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту. С. 125–126.

бода»[27], или повторить вслед за Г. Кельзеном, что для них «не имеет значения содержание самой конституции или созданного на его основе государственного правопорядка: не важно, справедливый он или нет, обеспечивает ли он состояние относительного мира в рамках конституируемого им сообщества или нет. При постулировании основной нормы не утверждается никаких ценностей, внеположных позитивному праву»[28]. Большинство теоретиков права являются сторонниками так называемого мягкого позитивизма[29], допускающего морально-нравственную оценку позитивного права, признавая, однако, лишь его реально действующим[30]. Не отрицая значимости содержательных требований к праву (справедливость, гуманизм, демократизм и т.п.), они, тем не менее, усматривают его отличительный признак в официальном (или социальном) признании и принудительном обеспечении.

Естественно-правовая школа, напротив, стремится дать содержательное (ценностно-целевое) обоснование устанавливаемого правом порядка, т.е. найти некое надпозитивное право, выступающее по отношению к праву позитивному в качестве критерия его правовой (или неправовой) оценки и оправдания: «Последовательная естественно-правовая теория отличается от позитивистской тем, что основание действительности позитивного права она ищет в некоем естественном праве, отличном от позитивного, а значит, в норме

---

[27] Цит. по: *Новгородцев П.И.* Историческая школа юристов. СПб., 1999. С. 40.

[28] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 78.

[29] *McLeod I.* Legal Theory. L., 1999. P. 18.

[30] См., например: *Ященко А.С.* Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. СПб., 1999; *Мартышин О.В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 13–21.

Справедливости ради надо отметить, что возможность моральной критики права не исключал и один из основоположников юридического позитивизма И. Бентам, предлагая следующий «рецепт жизни под властью закона»: «*соблюдать пунктуально, критиковать свободно*» (*Bentham J.* A Fragment of Government // The Works of J. Bentham / Ed. by J. Bowring. 1859. Vol. I. P. 221, 287–288. Цит. по: *Харт Г.Л.А.* Позитивизм и разграничение права и морали. С. 108).

или нормативном порядке, которому позитивное право, в зависимости от своего содержания, может соответствовать либо противоречить; причем позитивное право, если оно не соответствует этой норме или нормативному порядку, следует признать недействительным»[31].

Естественное право при этом может мыслиться как реально действующая наряду с позитивным (человеческим, волеустановленным, рукотворным и в этом смысле искусственным) правом система норм, воплощающая в себе Божественный замысел или законы Природы, т.е. установленная актом не человеческой, а надчеловеческой воли[32] (классические концепции естественного права), либо в виде некоторого принципа, идей, выражающих сущность права и подлежащих реализации в праве позитивном, что, собственно, и обеспечивает его квалификацию в качестве права, а не произвола нормоустанавливающей инстанции (концепции «возрожденного естественного права»).

[31] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 99.
[32] См.: Там же. С. 100–102.

3. ЮСНАТУРАЛИЗМ В ПОИСКАХ СПРАВЕДЛИВОСТИ

В самом общем виде юснатурализм постулирует, что правопорядок должен быть «хорошим», «справедливым». Требование справедливости права и устанавливаемого им порядка – квинтэссенция естественно-правовой школы (при всем разнообразии образующих ее течений). Справедливость юснатуралисты рассматривают как моральную категория, моральную норму обращения с другими людьми (поведения по отношению к другим людям). Справедливость в ее приложении к юридической сфере требует определенной содержательной конструкции позитивного права, «предписывает установление норм с определенным содержанием[1].

Типичное для юснатурализма соотношение права и справедливости представлено в знаменитой формуле Г. Радбруха: когда действующее позитивное право оказывается столь вопиющим образом несовместимо со справедливостью, что полностью отрицает ее, оно как неправовое по своей природе не должно применяться, «ибо право, включая и позитивное, нельзя определить иначе, чем порядок и совокупность законов (Satzung), призванных по сути своей служить справедливости»[2].

---

[1] См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 156–160.

[2] *Радбрух Г.* Философия права. М., 2004. С. 234.

На «формулу Радбруха» неоднократно ссылались в своей практике германские суды. При этом они используют ее весьма осторожно, исходя

Содержание требований справедливости раскрывается по-разному. При собственно метафизическом понимании справедливости она выступает как нечто трансцендентальное не только по своему происхождению, но и по содержанию и соответственно является исключительно предметом веры. В данном случае «справедливость – это тайна, которую Бог вверяет лишь немногим избранным и которая должна остаться их тайной, потому что они не в состоянии передать ее другим». Такая справедливость «требует, чтобы обращение с людьми соответствовало трансцендентной идее блага, недоступной рациональному познанию. Она подобна той справедливости, что требует обращения с людьми, соответствующего непостижимой для человека воле Бога, который предписывает творить добро, но допускает и зло, который всеблаг и одновременно всемогущ. Следовательно, от него исходит не только добро, но и зло… Эта справедливость находится по ту сторону любого порядка, возможного в социальной реальности»[3]. Поэтому апостол «Павел, первый христианский теолог, учит, что мудрость этого мира есть глупость перед Богом, что философия, т.е. рационально-логическое познание, не ведет к божественной справедливости, содержащейся в потаенной мудрости Бога, что эта справедливость достается человеку от Бога только через веру – через “веру, действующую любовью”». Причем «любовь, о которой учит Иисус, “превосходит разумение”, находится по ту сторону рационального (verstandesmässig) познания. Эта любовь – тайна, одна из многих тайн веры»[4].

Юриспруденции релевантны рациональные трактовки справедливости, когда если не ее источник, то хотя бы

из того, что позитивное право не должно применяться только в совершенно исключительных случаях, когда законодательная власть посредством закона навязывает «явное зло» и «норма закона в недопустимой степени не согласуется со справедливостью» (см., например, решение Федерального Конституционного суда Германии от 24 октября 1996 г., воспроизведенное в решении Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2001 г. по делу Стрелец, Кесслер и Кренц против Германии – Eur. Court H.R. *Streletz Kessler and Krenz v. Germany*, Judgment of 22 March 2001. Para. 22).

[3] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 206–207.

[4] Там же. С. 208.

смысл доступен человеческому пониманию, а значит и воплощению в позитивном праве.

Рациональные концепции справедливости, обосновывающие ее в качестве критерия действительности позитивного права, могут сводится к относительным (субъективным) оценочным суждениям, партикулярным системам моральных ценностей[5]. Однако большинство мыслителей выделяют справедливость из системы иных моральных категорий, таких как доброжелательность, добродетельность, великодушие, симпатия, сострадание, солидарность, благодарность, готовность к прощению, дружба и любовь: «Если о доброжелательности, великодушии или о солидарности мы просим или на них надеемся, то справедливого поведения мы требуем. Признание справедливости мы полагаем не милостью, оказать которую мы умоляем своих ближних или власть предержащих и которой они нас одаривают из симпатии или сострадания. Осуществления справедливости требуют; столкнувшись с несправедливостью, человек не только разочаровывается, но возмущается и протестует.

Справедливость, таким образом, есть социальная обязательность, исполнение которой люди не только ждут друг от друга или рекомендуют друг другу, но прежде всего друг от друга требуют и которую они, может быть, даже *другу другу должны*. Доброжелательность, сострадание и справедливость, напротив, начинаются там, где эти требования выполнены, где справедливость соблюдена. В этой связи справедливость имеет приоритет внутри общественной морали; и что касается общественного порядка, уполномоченного на применение насилия, то, быть может, справедливость составляет единственный критерий легитимности»[6].

---

[5] В связи с этим вполне уместны иронические замечание, приводимые Ж. Маритеном: «На каждой Лейпцигской книжной ярмарке начиная с 1780 г. появлялись восемь или более новых систем естественного прав… Каждая ярмарка и каждая война порождают новое естественное право» (*Romen H.A.* Die ewige Wiederkehr des Naturrechts. Leipzig: Heggner,1936. S. 106. Цит. по: *Маритен Ж.* Человек и государство. М., 2000. С. 80).

[6] *Хёффе О.* Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 29–30.

Содержательные трактовки такой справедливости (и оправдываемого ею правопорядка) предполагают ее формальность и всеобщность (эти качества во многом взаимообусловлены). По сути, речь идет о юридизации справедливости[7], в результате чего она утрачивает характер моральной категории[8].

Все попытки формализовать понятие справедливости в той или иной мере восходят к аристотелевской концепции, предполагающей уравнивание предоставлений и получений в процессе социального обмена (уравнивающая справедливость) и распределение благ пропорционально вкладу в общее дело (распределяющая справедливость). Суть этих требований выражается в двух широко известных и взаимосвязанных максимах: «каждому свое» и «равным за равное»[9]. В данном контексте речь идет о выявлении характеристик правопорядка, обеспечивающих его общеприемлемость, равную для всех «выгодность», а потому и легитимирующих его общеобязательность и принудительность.

---

[7] *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 10–11.

[8] Мораль призывает человека творить добро и избегать зла. Конкретизация данного требования существенно разнится в рамках конкретных моральных систем, но в основе их всегда лежит идея и принцип солидарности, а в пределе – любви. Все моральные и нравственные системы делают упор на включенности человека в определенное сообщество, исходят из взаимозависимости всех его членов. Поэтому содержанием и целями нравственных требований выступают взаимопомощь, любовь, дружба, сострадание, забота, ответственность. Конкретные моральные правила, выводимые из этих общих принципов, ценностей и целей, могут быть весьма разнообразны. В разных сообществах, в различных ситуациях, для разных лиц и в отношении разных лиц нравственным будет различное поведение. Моральные требования ситуативны и индивидуализированы. Мораль (нравственность) – система социальной регуляции, которая по определению не может быть формализована (подробнее см.: *Варламова Н.В.* Право и мораль как базовые социальные регуляторы: проблема соотношения // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 275–293).

[9] См.: *Siegfried W.* Der Rechtsgedanke bei Aristoteles. Zürich, 1947. S. 64–65 (цит. по: *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2006. С. 514).

Многие мыслители стремились дать общую формулу такого порядка, из которой логически могут быть выведены и на соответствие которой проверены все конкретные нормы (правила поведения), его образующие. Наиболее известной из этих формул, пожалуй, является знаменитый категорический императив И. Канта: «поступай согласно такой максиме, которая в то же время сама может стать всеобщим законом»[10]. Применительно к правопорядку он трансформируется во «всеобщий правовой закон»: «поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразно со всеобщим законом»[11] и предполагает понимание права как «совокупность условий, при которых произвол одного [лица] совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы»[12].

Однако Г. Кельзен, проведя своеобразную теоретическую ревизию различных естественно-правовых трактовок справедливого порядка, убедительно показал, что все они, в том числе и кантовский категорический императив, не поддаются эмпирической интерпретации. При попытке их практического применения, т.е. перевода в юридико-догматические категории и формулирования исходя из их постулатов правил поведения в конкретных ситуациях, неизбежно обнаруживается либо невозможность конституирования единого (общеобязательного) социального полрядка, поскольку решающим для оправдания тех или иных норм оказывается субъективный критерий, либо необходимость признания действительности некоего (фактически любого) позитивного порядка, в рамках которого надлежащая инстанция уполномочена решать, что, согласно предложенного понимания справедливости, будет справедливым для каждого конкретного случая[13].

---

[10] *Кант И.* Критика практического разума. СПб., 2005. С. 97, 280, 281 и др.

[11] Там же. С. 286.

[12] Там же. С. 285.

[13] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. С. 90–99; Вып. 2. С. 166–209.

Таким образом, любая рациональная трактовка справедливости на деле оказывается вполне позитивистской (лишенной содержательной специфики) и, в конечном счете, сводится к личному или институционально оформленному произволу, поскольку справедливым является то что полагает таковым конкретное лицо или надлежащая властная инстанция, учрежденная в рамках существующего позитивного правопорядка[14]. В частности, на отсутствие специфической правовой «материи» в кантовском категорическом императиве обращал внимание Г. Гегель[15]. Возражавший Гегелю В.С. Нерсесянц[16] прав лишь отчасти: указание на правовую материю – индивидуальную свободу и равное пользование ею – кантовский императив действительно содержит, однако его формулировка допускает произвольное, хотя и равное (всеобщее) нормирование свободы.

Другое направление поиска способов избежать произвола в социальной организации заключалось в формализации условий установления и поддержания справедливого порядка. Философы, размышлявшие в этом русле, полагали, что справедливость процесса конституирования и обеспечения порядка в определенной мере гарантирует справедливость и самого порядка.

В самом общем виде исходят из того, что «равновыгодный для каждого» порядок наряду со всеобщностью предполагает беспристрастность, что означает недопустимость использования при определении и применении его критериев личных предпочтений, идеалов и ценностных пред-

[14] Неслучайно, Г. Кельзен свою основную норму, постулируемую в качестве логического допущения, в конечном счете, обосновывающего объективную действительность иерархиезированной системы норм, образующих правопорядок (см.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 67–82), отказался определять содержательно. Он не без оснований утверждал, что невозможно предложить твердый критерий справедливости правопорядка, исключающий возможность других представлений о справедливости (см.: Там же. С. 97–102).

[15] *Гегель.* Политические произведения. М., 1978. С. 208.

[16] *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 623.

ставлений, а также свободное от принуждение согласие на принятие этих критериев[17].

Так, основная идея концепции «справедливости как честности» Дж. Ролза заключается в том, что «принципы справедливости для базисной структуры общества являются объектами исходного соглашения. Это такие принципы, которые свободные и рациональные индивиды, преследующие свои интересы, в исходном положении равенства примут в качестве определяющих фундаментальные соглашения по поводу своего объединения. Эти принципы должны регулировать все остальные соглашения; они специфицируют виды социальной кооперации, которые могут возникнуть и формы правления, которые могут быть установлены»[18].

При этом его «исходное положение равенства», мыслимое как своеобразный аналог естественного состояния в традиционных теориях общественного договора, примечательно тем, что «принципы справедливости выбираются за занавесом неведения»: «одна из существенных особенностей этой ситуации в том, что никто не знает своего места в обществе, своего классового положения, или социального статуса, а также того, что предназначено ему при распределении природных дарований, умственных способностей, силы и т.д.» и даже «своих концепций блага или своих психологических склонностей». По мнению Дж. Ролза, «это гарантирует, что никто не выиграет и не проиграет при выборе принципов в результате естественных или социальных случайных обстоятельств. Так как все имеют одинаковое положение и никто не способен изобрести принципы для улучшения своих конкретных условий, принципы справедливости становятся результатом честного соглашения или торга... Исходное положение, можно сказать, – это подходящий исходный статус-кво, и следовательно, фундаментальные соглашения, достигаемые в нем, справедливы»[19].

---

[17] См., например: *Хёффе О.* Указ. соч. С. 47–49.
[18] *Ролз Дж.* Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 26.
[19] Там же. С. 26–27.

Далее Дж. Ролз указывает, что «лица в исходном положении выберут два весьма различных принципа: первый требует равенства в приписывании основных прав и обязанностей, а второй утверждает, что социальное и экономическое неравенство, например, в богатстве и власти, справедливо, если только оно приводит к компенсирующим преимуществам для каждого человека, и, в частности, для менее преуспевающих членов общества»[20].

Исходная ситуация равенства «является чисто гипотетической». Такого соглашения никогда не было и не могло быть заключено. На самом деле принципы справедливости появляются у Дж. Ролза в результате «философского размышления», причем отнюдь не под «занавесом неведения», а «исходное положение» понадобилось ему, чтобы обосновать условия (беспристрастность), при которых возможно формирование принципов справедливости[21].

В ходе дальнейших рассуждений заявленные принципы справедливости приобретают у Дж. Ролза гораздо более сложный, нюансированный и иерархиезированный характер[22]. При этом он отдает себе отчет в том, что люди, реально действующие без «занавеса неведения», могут и не принять его принципы справедливости[23], а сами они неполны и, будучи порождением «идеальной теории» в «неидеальной ситуации», став предметом законодательной конкретизации и регулирования, не могут быть реализованы полностью, если вообще сработают[24].

В целом корреляция между условиями «исходного положения», т.е. принципами, в соответствии с которыми должен устанавливаться справедливый порядок, и принципами, определяющими его содержание, обосновать которую Дж. Ролз явно пытается, оказывается у него далеко не очевидной, а принципы справедливого порядка не только ма-

[20] Там же. С. 28.
[21] См.: Там же. С. 34.
[22] См.: Там же. С. 264–268.
[23] См. Там же. С. 27–29.
[24] См.: Там же. С. 27, 267–268.

лооперациональны, но и противоречивы (что он признает и сам).

По сути, в качестве принципов справедливости Дж. Ролз утверждает одну из интерпретаций идеи социального правового государства, противоречивую в самой своей основе, поскольку она предполагает и формальное равенство членов сообщества (их равноправие, равенство в свободе, равный доступ к пользованию свободой), и преимущества для менее преуспевающих лиц (нарушение формального равенства в целях обеспечения определенной меры равенства фактического, социального), т.е. стремление как исключить влияние случайных (не всеобщих) природных и социальных характеристик и обстоятельств из процесса конституирования справедливого порядка[25] (у Дж. Ролза это исходное положение и первый принцип справедливости), так и учесть их (второй принцип справедливости).

Лон Фуллер, дабы не впадать в неразрешимые противоречия, просто не включает в свою концепция «процедурного естественного права»[26] какие-либо требования к содержанию норм, образующих правопорядок. «Процедурное естественное право», по его мнению, сводится к восьми четким критериям (desiderata[27]) законности, выражающим формальные требования к качеству правовых норм: они должны носить общий (всеобщий) характер; быть обнародованы; не иметь обратной силы (за исключением особых случаев);

---

[25] См.: Там же. С. 29.

[26] *Фуллер Л.Л.* Мораль права. М., 2007. С. 118–119.

На языке оригинала книга Л. Фуллера называется «The Morality of Law». Еще до того, как она была полностью переведена на русский язык, в литературе утвердился иной, как мне представляется более адекватный, перевод ее названия – «Моральность права» (см., например: *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право. С. 10; *Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В.* История политических и правовых учений. Учебник. СПб., 2007. С. 479).

[27] *Desideratum* (*лат.*) – что-либо недостающее, желаемое. Данный термин у Л. Фуллера подчеркивает собственно естественно-правовой характер этих критериев-требований; они за исключением требования обнародования законов, не поддаются формализации и «формулированию в виде отдельных и категорических утверждений» (см.: *Фуллер Л.Л.* Мораль права. С. 56–61, 127).

быть ясно сформулированы (понятны адресату); не противоречить друг другу; быть объективно выполнимыми (не предписывать невозможного); быть стабильными (не подвергаться слишком частым и необоснованным изменениям); и наконец, быть реально действующими, т.е. правоприменительная практика (официальные действия властей) должны соответствовать официально принятым и обнародованным правовым нормам Указанные требования, по Л. Фуллеру, воплощают в себе «внутреннюю моральность права», делают возможным само его существование (именно как права, правовой системы) и обусловливают моральную обязанность граждан подчиняться установленным требованиям[28].

При этом внутренняя моральность права «безразлична к материальным целям права и готова служить самым разнообразным целям с равной эффективностью»[29]. Она «ничего не говорит о таких проблемах, как полигамия, изучение Маркса, поклонение Богу, прогрессивный подоходный налог или угнетение женщин». Содержательные аспекты права Л. Фуллер относит к «внешней моральности права» и отдает на усмотрение законодателей[30]. Внутренняя моральность права, утверждает он, необходима «для поддержания любой системы права, даже той, чьи конечные цели могут быть расценены как ошибка или зло»[31].

Вместе с тем Л. Фуллер отвергает отсутствие какой-либо связи между внутренней и внешней моральностью права и не соглашается с Г. Хартом в том, что его требования внутренней моральности права совместимы «с очень большой несправедливостью»[32]. Л. Фуллер полагает, что в истории нельзя найти «сколько-нибудь заметные примеры режимов, сочетавших искреннюю приверженность морали права с

---

[28] См.: *Фуллер Л.Л.* Мораль права. С. 47–116.

[29] Там же. С. 183.

[30] Там же. С. 118.

Именно в этом и заключается отличие его «процедурного (procedural) естественного права» или «процедурной версии естественного права» от «материального (substantive) естественного права» (см.: Там же. С. 118–119).

[31] Там же. С. 14.

[32] *Харт Г.Л.А.* Понятие права. СПб., 2007. С. 207.

грубым безразличием к справедливости и благополучию людей»[33]. Возможно, это действительно так. Вот только представления о справедливости, реализуемые властью, придерживающейся внутренней моральности права, будут исключительно ее собственными произвольными (в нейтральном значении данного термина) представлениями, далеко не всегда совпадающими с представлениями людей, о благополучии которых она радеет. Взаимосвязь внутренней и внешней моральности права, прослеживаемая Л. Фуллером на ряде конкретных примеров[34], действительно существует и обосновываемые им требования внутренней моральности права являются существенным сдерживающим фактором для произвола властей, но в целом справедливости правопорядка не обеспечивают.

По мнению Л. Фуллера, внутренняя моральность права «есть необходимое, хотя и недостаточное условие для реализации справедливости», так как эта моральность «попирается при попытке воплотить в правовых нормах слепую ненависть»[35]. При этом он исходит из того, что «сходство между законностью и справедливостью состоит просто в том, что ясно изложенное и сделанное известным правило позволяет публике судить о его справедливости». Одновременно сходство это имеет и более глубокие корни: «даже если человек отвечает лишь перед собственной совестью, он станет более ответственным, если будет вынужден ясно сформулировать принципы, на основе которых действует»[36].

Безусловно, «для того чтобы существовало хорошее право необходимо, чтобы вообще существовало право»[37]. Правда, право у Л. Фуллера, как и у критикуемых им позитивистов, понимается сугубо инструментально. Л. Фуллер уподобляет его плотнику, причем добросовестному плотнику (если принять во внимание внутреннюю моральность права). Л. Фуллер отдает себе отчет в том, что «добросовестный

---

[33] *Фуллер Л.Л.* Мораль права. С. 185.
[34] См.: Там же. С. 186–200.
[35] Там же. С. 200.
[36] Там же. С. 190.
[37] Там же. С. 186.

плотник, который хорошо изучил свое ремесло и чьи инструменты всегда наточены, вполне может посвятить свой труд постройке как воровского притона, так и сиротского приюта. Но и в этом случае, – подчеркивает Л. Фуллер, – остается верным то, что для постройки сиротского приюта нужен плотник или помощь плотника, и приют будет построен качественнее, если плотник окажется опытным мастером, располагающим хорошим инструментом, к которому он относится заботливо и обращается с ним надлежащим образом»[38]. Удивительно, что от его внимания ускользает тот факт, что у добросовестного плотника и воровской притон выйдет весьма качественным (прочным, удобным)[39]. Поэтому довольно сомнительным кажется утверждение Л. Фуллера, что «сегодня большая часть мира нуждается в наличии права как такового больше, чем в наличии хорошего права»[40].

Другими словами, принципиального единства внутренней и внешней моральности права Л. Фуллер не видит, более того порой прямо ее отрицает. Так, обращение Верховного суда США при проверке конституционности закона к принципу соразмерности наказания совершенному преступлению он расценивает как совершенно излишнее (хотя и благородное) вторжение в сферу материальной справедливости[41], а суждения о том, что «законы должны быть изложены ясно», и что «единственно справедливым налогом

---

[38] Там же.

[39] Интересно, что Г.Ф. Шершеневич, ярый позитивист, использует для характеристики права во многом аналогичные образы динамита и топора. «Право как динамит, – писал он, – средство, при помощи которого можно сделать и добро, и зло» (*Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Т. 1. Казань, 1901. С. 48). В другой его работе читаем: «Право есть сильное орудие, опасное в одних руках, благодетельное в других. Топором можно срубить лес для постройки избы, но топором можно и человека убить. Все дело в том, чтобы право, как и топор, находилось в таких руках, в которых орудие оказалось бы полезным, а не опасным» (*Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 2. М., 1911. С. 367). Таким образом, что у Г.Ф. Шершеневича, что у Л. Фуллера право само по себе гарантией справедливости устанавливаемого посредством него порядка не является.

[40] *Фуллер Л.Л.* Мораль права. С. 187.

[41] См.: Там же. С. 128–129.

является тот, который заставляет гражданина платить эквивалент того, что он сам получил от правительства», рассматривает как крайне далекие друг от друга[42].

Выделяемое Л.Фуллером «минимальное содержание материального естественного права» («устанавливать, поддерживать и охранять целостность каналов коммуникации, посредством которых люди передают друг другу то, что они воспринимают, ощущают и желают»[43]) и даваемое им определение понятия права («право – это предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил»[44]) никак не сопрягаются с его требованиями, образующими «внутреннюю моральность права», т.е. вполне применимы и для характеристики систем нормативного регулирования, не отвечающих таким критериям.

Интересно и то, что Л. Фуллер вовсе не требует правового характера (в плане соблюдения его требований «внутренней моральности») для любых действий государства в отношении граждан, сопряженных с принуждением, и не предлагает никаких критериев для разграничения принудительных мер, нуждающихся в правовом опосредовании и не предполагающих такового. Он лишь отмечает, что некоторые из них (например, связанные с распределением экономических ресурсов, определением институциональной организации той или иной деятельности), будучи введены в правовые рамки, оказываются неэффективными[45].

Таким образом, все рациональные и формализованные трактовки естественного права (или справедливости, подлежащей воплощению в праве, что, в общем, одно и то же), исходят из того, что оно не имеет никакого отношения к какому бы то ни было «всеприсутствию, нависающему с небес» (выражение О.У. Холмса), а является вполне земным и по происхождению, и по применению[46]. Такие интерпретации права в целом остаются метафизическими. Однако это весь-

[42] См.: Там же. С. 124.
[43] Там же. С. 221.
[44] Там же. С. 129.
[45] См.: Там же. С. 200–216.
[46] См.: Там же. С. 118.

ма своеобразная метафизика. О. Кюльпе называл ее индуктивной и рассматривал как науку. Она вырастает из практических потребностей, опирается на научные знания своей эпохи и выходит за их пределы, благодаря умозрению добиваясь законченности представлений о бытие и его составляющих. Граница между метафизическим и строго научным (позитивным) знанием оказывается весьма условной и подвижной, а сама противоположность метафизической и позитивистской гносеологией неактуальной[47]. Применительно к праву «научная метафизика» должна предложить такое его понятие, которое будет вполне рациональным, формальным и опрерациональным (верифицируемым), но одновременно содержательным, выявляющим сущность права как специфического социального феномена, которая не сводима к его внешним проявлениям.

В рамках западной правовой традиции[48] метафизически-рациональные трактовки справедливости как сущностного свойства права в содержательном плане вращаются вокруг идеи обеспечения свободы и равенства участников правово-

[47] См.: *Кюльпе О.* Введение в философию. М., 2007. С. 25–31.

[48] Впрочем, никакой иной правовой традиции не существует. Право – феномен западной цивилизации (культуры), где индивидуалистическое самосознание предопределило формирование и доминирование специфической (формализованной) системы социальной регуляции, ориентированной на уважение автономии личности и равенство членов сообщества. В других обществах (культурах, цивилизациях) правовая регуляция исторически осталась в зачаточном, неразвитом состоянии; по сравнению с обычаями, религией, моралью ей отводилась вспомогательная и весьма ограниченная роль. Сегодня в таких обществах право является регулятором привнесенным, заимствованным и в большей или меньшей степени интериоризированным.

См. подробнее: *Вебер М.* Избранные произведения. М., 1990. С. 54; *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2009. С. 103–110; *Синха Сурия Пракаш.* Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 10–63, 281–282; *Алексеев Н.Н.* Русский народ и государство. М., 1998. С. 10–14, 160–168 и др.; *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб., 2004. С. 325–327; *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право. С. 5–11; *Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства. Учебное пособие. М., 2003. С. 89–109.

го общения. И.Ю. Козлихин, например, убедительно показывает, что именно идеи равенства членов сообщества и уважения индивидуальной свободы (автономии личности) лежат в основе всей западной правовой культуры, причем и в практическом (социально-политические отношения), и в теоретическом (развитие политико-правовой мысли) ее аспектах[49].

Интересна в этом отношении позиция Л. Фуллера. Не усматривая, как мы помним, прямой и непосредственной связи между внутренней и внешней моральностью права (между процедурным и материальным естественным правом), Л. Фуллер тем не менее отмечает, что внутренняя моральность права предполагает определенный взгляд на человека, а именно представление о нем как об ответственном субъекте, способном понимать правила, следовать им и отвечать за их несоблюдение. По его мнению, «всякий отход от принципов внутренней морали права представляет собой оскорбление достоинства человека как ответственного субъекта»[50]. Удивительно, что отсюда Л. Фуллер не делает кажется вполне очевидный вывод, что именно представление о человеке как о свободном и ответственном субъекте и должно лежать в основе как внутренней, так и внешней моральности права (если пользоваться его терминологией) или, говоря на общепринятом языке, определять сущность права в единстве ее содержательных и формальных проявлений.

[49] См.: *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право. С. 5–11.
[50] *Фуллер Л.Л.* Мораль права. С. 194.

4. ЛИБЕРТАРНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРАВА

Представляется, что наиболее последовательный (логически непротиворечивый), завершенный (на данном историческом этапе) и адекватный реально существующим правопорядкам вариант формализации воплощенной в праве справедливости представлен в либертарно-юридической концепции В.С. Нерсесянца[1], в рамках которой право рассматривается как «нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях»[2].

Базовой телеологической ценностью, обеспечиваемой правовым регулированием, здесь признается личная свобода. При этом свобода является не произвольно выбранной ценностью, а неотъемлемо и естественно присущим человеку качеством, определяющим его подлинно человеческое, т.е. преимущественно социально, а не биологически обу-

---

[1] См.: *Нерсесянц В.С.* Право и закон. М., 1983; *Он же.* Право в системе социальной регуляции. М., 1986; *Он же.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992; *Он же.* Право – математика свободы. М., 1996; *Он же.* Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998; *Он же.* Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 1999; *Он же.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2006; *Четвернин В.А.* Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства. М., 1997; *Он же.* Лекции по теории права. Вып. 1. М., 2000; *Он же.* Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003.

[2] *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 33.

словленное бытие. Свобода выступает качеством, идентифицирующим человека; она в равной мере присуща всем людям и выделяет их из мира иных живых существ. Свобода – универсальный атрибут человеческих существ, более того, самый универсальный или, скорее, самый важный среди универсальных атрибутов[3].

Обоснование свободы в качестве сущностного свойства человека может быть как сугубо позитивистским (естественнонаучным), так и метафизическим. Суть от этого не меняется[4]. По воле Бога, Природы или в результате биологической эволюции человек сформировался как существо, наделенное разумом, а, следовательно, и свободой воли, т.е. возможностью самостоятельного и осознанного (инстинктивно не обусловленного) выбора варианта своего поведения. Социально-исторически свобода проявилась при разложении первобытного общества. Переход к производящей экономике, рост производительности труда, доставлявшего теперь человеку продукта больше, чем необходимо для поддержания его биологической жизнедеятельности, обеспечил возможность индивидуальной формы присвоения ресурсов жизнедеятельности (частной собственности) и позволил человеку относительно эмансипироваться от окружающей среды и социальной общности, т.е. притязать не только на жизнь, но и на свободу, определенную автономию, самореализацию[5]. Изначально заложенная в человеке (или

---

[3] См.: *Бауман З.* Свобода. М., 2006. С. 54.

[4] Например, видный представитель неотомизма Ж. Маритен считал необходимым исходить из того, что «существует человеческая природа и что эта человеческая природа одинакова у всех людей», а также «что все мы согласны в том, что человек есть существо, наделенное разумом и посему действующее, осознавая то, что совершает, и, следовательно, способное определить для себя цели, к которым оно стремится». И «*нормальное состояние функционирования*» человека должно быть основано на этой его сущности (*Маритен Ж.* Человек и государство. М., 2000. С. 83, 85).

[5] «Исторический прогресс свободы и права свидетельствует о том, что формирование и развитие свободной, независимой, правовой личности необходимым образом связаны с признанием человека субъектом отношений собственности, собственником средств производства. Собственность является не просто одной из форм и направлений выражения свободы и права человека, но она образует собой вообще цивилизованную почву для сво-

сформировавшаяся в результате биологической и социальной эволюции) свобода воли в новых социальных условиях обрела реальное бытие. Одновременно свобода превратилась в основную проблему новой социальной организации (пришедшей на смену первобытной) и обусловила возникновение двух ее разновидностей – правовой, обеспечивающей и защищающей свободу, по крайней мере, части членов общества, и силовой (деспотической, потестарной), подавляющей свободу и всецело подчиняющей человека интересам сообщества[6].

Общество, заинтересованное в сохранении свободы всех (большинства, многих, некоторых) участников социального взаимодействия осуществляет нормирование и формализацию свободы на основе всеобщего масштаба и равной меры (когда каждый свободен в равной мере и свобода одного человека ограничена свободой другого), что и образует правовое регулирование. В целях обеспечения свободы участников социального общения право упорядочивает его на основе принципа формального равенства, абстрагируясь от исходных различий, присущих людям, и признавая их формально равными и свободными субъектами.

Таким образом, формальное равенство как равенство в свободе, равная мера свободы всех участников социального общения является специфическим принципом правовой регуляции, определяющим ее сущность и содержание. Право «видит» людей не во всем многообразии их личностных качеств и проявлений, а только как абстрактных лиц, носителей определенных социальных ролей: кредитора, должника, правонарушителя, потерпевшего, чиновника, военнослужащего, нетрудоспособного и т.п. и уравнивает их по этому

боды и права. Где полностью отрицается право индивидуальной собственности на средства производства, там не только нет, но и в принципе невозможны свобода и право» (*Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 43).

[6] См. подробнее: *Дробышевский С.А.* Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995; *Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства: Учебное пособие. М., 2003. С. 89–109.

основанию[7]. Вообще «“равенство” имеет смысл (как понятие, как регулятивный принцип, масштаб измерения, тип и форма отношений и т.д.) лишь в контексте различения “фактического” и “формального” и лишь как нечто “формальное”, отделенное (абстрагированное) от “фактического” – подобно тому, как слова отделены от обозначаемых вещей, цифры и счет – от сосчитываемых предметов, весы – от взвешиваемой массы и т.д.

Именно благодаря своей формальности (абстрагированности от “фактического”) равенство может стать и реально становится средством, способом, принципом регуляции “фактического”, своеобразным формальным и формализованным “языком”, “счетом”, “весами”, измерителем всей “внеформальной” (т.е. фактической) действительности. В этом суть принципа равенства как формального, правового равенства, как всеобщего масштаба и равной меры (формы и нормы) свободы людей»[8].

Формальное равенство является необходимым способом бытия свободы в обществе: «какой-либо другой формы бытия и выражения свободы в общественной жизни людей, кроме правовой, человечество до сих пор не изобрело. Да это и невозможно ни логически, ни практически»[9]. Не будучи введена в единую всеобщую норму (равную меру, определяемую взаимным и равным ограничением свободы всех участников социального общения), свобода превращается в произвол, когда единственная гарантия ее усматривается в силе, которая, однако, на самом деле ничего не может гарантировать, ведь всегда есть угроза подавления ее еще большей силой.

Одновременно формальное равенство является и формулой, выражающей справедливость права и устанавливаемого им порядка. Причем такая трактовка справедливости лишена элементов произвольности, ибо предполагает упо-

---

[7] «Равенство в определенном смысле всегда лишь абстракция данного неравенства, рассматриваемого с какой-то определенной точки зрения» (*Радбрух Г.* Философия права. М., 2004 . С. 44).

[8] *Нерсесянц В.С.* Право – математика свободы. С. 92–93.

[9] *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 39.

рядочивание социальных отношений на основе признания за каждым равной (формально равной) возможности реализации свободы как своего сущностного свойства, определяющего природу человека и в равной мере присущего всем людям. Это и позволяет В.С. Нерсесянцу утверждать, что «какого-либо другого принципа, кроме правового (формального равенства как равенства в свободе – Н.В.) справедливость не имеет. Отрицание же правового характера и смысла справедливости неизбежно ведет к тому, что за справедливость начинают выдавать какое-либо неправовое начало – требование уравниловки или привилегий, те или иные моральные, нравственные, религиозные, мировоззренческие, эстетические, политические, социальные, национальные, экономические и т.п. представления, интересы, требования. Тем самым правовое (т.е. всеобщее и равное для всех) значение справедливости подменяется неким отдельным, частичным (индивидуальным, групповым, партийным, клановым и т.д.) интересом и произвольным содержанием, партикулярными притязаниями»[10].

Формальное равенство как базовый принцип правового регулирования является универсальным. Он содержательно определяет порядок, который объективно является всеобщим как формально равный и одинаково справедливый для всех (равновыгодный, а значит равноприемлемый). Таким образом, не принудительность правопорядка обеспечивает его всеобщность, а напротив, объективная всеобщность и справедливость правопорядка оправдывает (легитимирует) его принудительность. Универсальность формального равенства проявляется в том, что он комплексно и всесторонне определяет правопорядок: воплощает в себе требования как к содержанию позитивного права, так и к формам и способам его установления и защиты. Другими словами, формальное равенство является принципом социального взаимодействия между членами общества, обеспечивающим их свободу, принципом организации государства как институциональной формы защиты свободы и принципом его деятельности по установлению и применению права (принци-

[10] Там же. С. 46.

пом правотворчества и правоприменения). Кроме того, принцип формального равенства операционален, т.е. применительно к той или иной ситуации (отношению) он может быть конкретизирован и «развернут» в непротиворечивую систему формально определенных правил поведения – правовых норм (позитивного права).

Посредством принципа формального равенства в рамках либертарной концепции совмещается философское (метафизическое) и юридико-догматическое (позитивистское) истолкование права и преодолевается дуализм естественного и позитивного права: право не мыслимо вне позитивного права и реально существующего социального порядка в виде неких фактически не реализуемых идей или трансцендентальных сущностей, но вместе с тем отнюдь не любой закон и принудительный порядок воплощают в себе право[11]. Наконец, либертарное понимание права как формально равной меры свободы всех членов общества (участников правового общения) – это не чисто метафизическая (умозрительная, формально-логическая) конструкция, а абстракция реальных социальных порядков, где личная свобода признается основной ценностью (персоноцентристских цивилизаций по терминологии А.В. Оболонского[12]).

---

[11] См. подробнее: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 48–55.

[12] См.: *Оболонский А.В.* Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994.

Либертарная концепция отнюдь не отрицает существования принудительных порядков, основанных на ином (моральном, религиозном и т.п.) принципе; она просто не признает их правовыми. Оставаясь на почве реальной действительности, либертарная теория видит социальные порядки, определяемые и поддерживаемые с помощью неправовых регуляторов (религиозных, моральных, властно-приказных). Они сложились в системоцентристских цивилизациях, где в силу ряда географических, климатических, политических и т.п. условий процесс эмансипации личности оказался более сложным и затянутым (неблагоприятные внешние обстоятельства существенно ограничивали возможность самоопределения отдельного индивида, усиливая его зависимость от коллектива). Там утвердился приоритет интересов социальной общности, противостоящей враждебному (природному или социальному) окружению, абсолютизировались ценности солидарности, ответственности, обязанности по отношению к Богу, Природе, общине, семье, а свобода отдельного человека признавалась и допускалась

В общем и целом, в той или иной мере, применительно к тем или иным отношениям, для более или менее широкого круга лиц принцип формального равенства находил свое воплощение в позитивном праве и государственных институтах стран западной правовой культуры на всем протяжении их истории, что собственно и придавало этой культуре правовое качество: «формы проявления равенства как специфического принципа правовой регуляции носят социально-исторический характер. Этим обусловлены особенности таких форм в различных социально-экономических формациях, на разных этапах исторического развития права, изменения объема и содержания, места и роли принципа правового равенства в общественной жизни.

Вместе с тем данный принцип – при всем историческом многообразии и различии его проявлений – имеет универсальное значение для всех исторических типов и форм права и выражает специфику и отличительную особенность правового способа регулирования общественных отношений свободных индивидов. Везде, где действует принцип формального равенства, есть правовое начало и правовой способ регуляции, а где действует право, есть данный принцип равенства. Если нет этого принципа, нет и права как такового. Формальное равенство свободных индивидов тем самым является наиболее абстрактным определением и сущностным свойством права, общим для всякого права и специфичным для права вообще»[13].

Однако принцип формального равенства обеспечивает логически непротиворечивое и исключающее произвол (субъективное усмотрение) публично-властной инстанции конституирование и поддержание правопорядка только при надлежащем истолковании его смысла, которое заключается в последовательной формализации каждой из его составляющих – свободы и равенства.

Свобода, по сути, сводится к свободе воли: «свобода индивидов и свобода их воли – понятия тождественные». Сво-

---

лишь в той мере, в какой она была полезна для сохранения и развития общности.

[13] *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 36.

бода воли, в свою очередь включает в себя «возможность осознанного выбора и реализации того или иного варианта поведения»[14]. В психологии (а именно ее наработки лежат в основе общенаучного понимания данной категории) сложилось несколько теорий воли[15]. При этом все они не противоречат друг другу, а абсолютизируя одно из проявлений воли, лишь дополняют ее общую характеристику[16]. «Воля является свойством человека как физического лица и имеет четко выраженную биологическую природу»[17]. Вне личности человека ни о какой воле в прямом смысле этого слова говорить нельзя. Воля есть неотъемлемое свойство психики нормального здорового человека, заключающееся в его способности сознательно регулировать свое поведение посредством определения его целей (воля как произвольная мотивация, самоинициация действий), осуществления выбора между различными побудительными мотивами (воля как свободный выбор) и продуцирования усилий, необходимых для реализации избранного варианта поведения (воля как преодоление трудностей)[18].

При этом в праве свобода воли понимается сугубо формально – как отсутствие внешнего принуждения[19], возможность совершать действия, обусловленные своей, а не чужой волей, т.е. возможность действовать в соответствии с собственными намерениями (или намерениями, ощущаемыми как собственные) без ограничений или понуждений, исходящих из вне[20]. Ничего более глубинного (религиозного, экзистенциального, психологического, этического и т.п.) в понимании свободы (свободы воли) право не предполагает и не опосредует. Для права безразлична внутренняя связан-

---

[14] Там же. С. 38.

[15] См., например: *Ильин Е.П.* Психология воли. СПб., 2000.

[16] См.: Там же. С. 34.

[17] *Фатьянов А.А.* Воля как правовая категория // Государство и право. 2008. № 4. С. 8.

[18] См.: Там же. С. 5–7.

[19] *Гёффдинг Г.* Этика или наука о нравственности: Изложение этических принципов и их применение к различным житейским отношениям. М., 2007. С. 59.

[20] См.: *Бауман З.* Указ. соч. С. 22, 69–70.

ность (несвобода) воли (желаний, стремлений), ее предопределенность волей Всевышнего, индивидуальным психотипом, моральными установками, воспитанием, социальным опытом и т.п. Право рассматривает человека как морально автономного субъекта, способного самостоятельно осуществлять выбор между добром и злом, и это моральное самоопределение его воли находится вне сферы правового регулирования. Безразличие права (а значит и недопустимость государственного, официально-властного принуждения в этой сфере) к внутренней свободе воли человека делает возможным само существование морали и веры, которые не мыслимы как принудительные (предопределенные)[21]. Вместе с тем внутренняя свобода воли и ее самоопределение является предпосылкой и условием внешней формальной свободы человека, его вменяемости и ответственности за осуществленный выбор и совершенные действия[22].

Философы «различают процесс *возникновения* воли (воления, волевого акта) и процесс ее *воплощения*. Соответственно говорят о свободе *возникновения* и свободе *воплощения* воли. Под первой понимается полная или частичная независимость человеческих волений от условий, в которых они возникают, под второй – возможность реализовать эти

[21] «…То обстоятельство, что воля не принуждена подчиняться должному и может свободно его нарушать, здесь понимается как ценность, как должное. Свобода произвола есть ценность, и она должна существовать. Она есть условие возможности вменения, заслуги, возможности доброй воли. Автомат добра, всецело теологически определенный Божеством, не имеет этической ценности; только свободная воля, могущая сказать «да» или «нет», имеет этическую ценность, ибо она вменяема» (*Вышеславцев Б.П.* Этика преображенного Эроса. М., 1994. С. 196).

[22] Религиозное обоснование свободы воли человека, адекватное пониманию правовой свободы, представлено в так называемой пелагианской ереси. Согласно Пелагию, Бог сотворил людей свободными; будучи таковыми, они могут выбирать между добром и злом по собственной воле. От них самих зависит избрать жизнь, ведущую к спасению или осуждению, и они несут полную ответственность за свои поступки. Доктрина Пелагия вызвала яростную негативную реакцию в Римской империи, была подвергнута резкой критике бл. Августином и официально она так никогда и не стала церковным догматом (см.: *Бауман З.* Указ. соч. С. 47–48).

воления, воплотить их в жизнь»[23]. Как следует из предыдущих рассуждений право обеспечивает и воплощает в себе лишь второй аспект свободы воли – свободу ее реализации, свободу поведения. Что касается первого аспекта свободы воли, то вопрос о том, является ли формирование человеческой воли подлинно свободным или этот процесс предопределен волей Господа, законами Природы, разнообразными и многочисленными материальными и идеологическими факторами, на протяжении веков остается дискуссионным. Причем исследователи, специально занимавшиеся этой проблемой, полагают, что спор между детерминистами и сторонниками свободы воли (индетерминистами) не может быть решен в сугубо научной плоскости в связи с неисчерпаемостью различных возможных причин человеческого воления. Поэтому на каждом конкретном историческом этапе развития познания утверждение о свободе или детерминированности процесса формирования человеческой воли – «предмет не знания, а веры, опирающейся либо на то, что уже известно, либо на то, что еще предстоит познать»[24].

Интересно, что оба аспекта свободы воли (возникновение и реализация), в конечном счете, сводятся к свободе выбора (свободе формирования выбора и свободе его реализации)[25]. Под выбором понимается решение превратить одну из существующих у человека возможностей (объективно существующих или рассматриваемых им в качестве таковых) в действительность посредством необходимого для этого поступка (поведения, поведенческого акта). Критерием выбора, в конечном счете, выступает вся совокупность человеческих потребностей[26]. При этом свободу выбора (как внутреннего психологического процесса ее формирования) предлагается измерять «степенью совпадения пространства выбора, понимаемого как совокупность известных индивиду возможностей поступка, с пространством всех объективно

---

[23] *Левин Г.Д.* Свобода воли. Современный взгляд // Вопросы философии. 2000. № 6. С. 71.

[24] Там же. С. 79.

[25] См.: Там же. С. 84–85.

[26] См.: Там же. С. 85.

существующих возможностей поступка»[27]. Таким образом, свобода возникновения воли получает не формальную, а фактическую интерпретацию. Вероятно, она и является адекватной. И именно в силу индивидуальности и неформальности (невозможности формализации, сведения к формальному) процесса возникновения свободной воли или ее принципиальной невозможности (детерминированности человеческой воли волей Бога или законами Природы) свобода (несвобода) формирования воли не является юридически значимой. Право опосредует лишь свободу реализации своей воли (воли, ощущаемой в качестве своей).

Правовая свобода – это просто и только формальная свобода выбора варианта поведения в отсутствии внешнего принуждения[28] без каких-либо гарантий достижения намеченных целей и предоставления для этого необходимых ресурсов[29]. Ей противостоит, в корне от нее отличаясь, так называемая реальная свобода, предполагающая реальную возможность совершения определенных действий. Р. Арон, абсолютно прав, утверждая, что «*быть свободным делать что-либо и быть способным делать что-либо* – совершенно разные понятия. Неспособность становится несвободой (*unfreedom*) только в таких обстоятельствах, когда ее создает вмешательство других. “Несомненно, что кто-то не имеющий способности или энергии быть кандидатом в президенты, свободен, однако быть им; точно так же, как большинство из нас неспособно, но свободно стать миллионером или получить Нобелевскую премию”[30]. Быть свободным (*free*) – одно, а быть способным (*able*) – совсем другое»[31]. Вслед за Р.

---

[27] Там же. С. 86.

[28] «Я свободен делать что-либо, если никто не препятствует мне это делать, не устанавливает для меня наказание за это, не вынуждает и не обязывает меня это делать» (*Oppenhem F.M.* Dimensions of Freedom: An Analysis. New York, 1961. P. 118).

[29] См., например: *Бауман З.* Указ. соч. С. 14, 58.

[30] *Oppenhem F.M.* Op. cit. P. 120.

[31] *Арон Р.* Эссе о свободах: «универсальной и единственной формулы свободы не существует» // Политические исследования (Полис). 1996. № 1. С. 129.

Ароном следует согласиться и с Г. Спенсером в том, что «отсутствие бесплатной системы публичных школ не наносит ущерба свободе любого ребенка получать образование и развивать свои способности, даже если его родители не способны оплачивать школьные расходы»[32].

Формальная свобода отнюдь не предполагает «свободу от нужды» (*freedom from want*), как это было установлено в Атлантической хартии (декларации, определяющей общие цели войны с фашизмом и принципы послевоенного устройства мира, подписанной 14 августа 1941 г. Ф.Д. Рузвельтом и У. Черчиллем)[33]. Еще Б.Н. Чичерин подчеркивал, что «свобода и благосостояние – две разные вещи»[34]. «Тем не менее некоторые мыслители ошибочно считали, что во всех случаях, когда кто-то нуждается в чем-то, что ему необходимо, или просто в чем-то, чего ему хочется, он был несправедливо “лишен” этой вещи теми людьми, у которых она есть»[35]. Использовать слово «свобода» для того, чтобы связать по смыслу «свободу от нужды» со «свободой от принуждения со стороны других», Б. Леони считает опасным[36], ибо «в итоге людей можно осудить за “принуждение”, кото-

---

Вместе с тем противопоставление формальной свободе как отсутствию принуждения свободы реальной как фактической возможности совершения определенных действий не аналогично широко известной дихотомии негативной и позитивной свободы, обоснованной И. Берлином. Созданные им конструкции негативной и позитивной свободы довольно неопределенны по содержанию. Так, степень негативной свободы, по его мнению, зависит, среди прочего, от количества имеющихся у человека возможностей, трудности их осуществления, их значимости для человека и ценности с точки зрения общественного мнения, т.е. от вполне реальных материальных факторов. А позитивная свобода включает в себя как свободу самоуправления, участия во власти, т.е. одну из составляющих (гарантию) формальной свободы, так и свободу «быть хозяином собственной жизни», понимаемую в смысле реализации своего «подлинного» Я, часто не совпадающего с сиюминутными чувственными влечениями реального эмпирического Я, что открывает путь деспотизму (см.: *Берлин И.* Две концепции свободы // Современный либерализм. М., 1998. С. 19–43).

[32] *Арон Р.* Указ. соч. С. 129.

[33] См.: Там же. С. 131.

[34] *Чичерин Б.Н.* Собственность и государство. СПб., 2005. С. 69.

[35] *Леони Б.* Свобода и закон. М., 2008. С. 68.

[36] Там же. С. 70.

рое они якобы совершают по отношению к людям, с которыми они никогда не имели ничего общего. Так, пропаганда Муссолини и Гитлера перед Второй мировой войной и во время нее включала утверждение, что народы других стран, в том числе находящихся далеко от Италии и Германии, например, Канады и США, "принуждали" итальянцев и немцев довольствоваться своими скудными природными ресурсами и относительно небольшой территорией, несмотря на то, что ни Канада, ни США, не захватили ни пяди итальянской или немецкой территории»[37].

Привнесение в понимание свободы какого-либо реального (материального) содержания (в плане требования обеспечения фактической доступности избранных вариантов поведения) превращает такую свободу в некий ресурс, «отчужденный» от самого человека. Человек оказывается неспособным к самостоятельной реализации своей свободы, он нуждается для этого в содействии, в предоставлении необходимых ресурсов. Свобода, таким образом, становится ресурсом, подлежащим распределению, а человек – зависимым от властной инстанции, которая уже не защищает изначально присущую людям свободу, а произвольно наделяет их свободой в качестве своей милости, привилегии.

Неслучайно, П.А. Сорокин, определяя свободу как отношение совокупности имеющихся возможностей к совокупности потребностей, утверждал, что усиление административного вмешательства не обязательно равнозначно ограничению свободы внутри сообщества. Если оно соответствует желанию членов сообщества, то расценивается ими как благодеяние, а не как нарушение свободы. Поэтому, по мнению П.А. Сорокина, «тоталитаризм сам по себе не обязательно означает ограничение свободы членов общества, а принцип *laissez-faire* сам по себе не обязательно тождественен свободе». Если тоталитаризм носит семейственный характер, то он лучше всего способствует реализации свободы; «во многих религиозных сектах, семейных группах и вообще в группах с преимущественно семейственными

[37] Там же. С. 73.

отношениями подобный тоталитаризм приветствуется и рассматривается как положительная ценность»[38].

Фактически в рассуждениях П.А. Сорокина происходит подмена понятий, свобода уступает место удовлетворению потребностей: «люди часто понимают под свободой (*freedom*, *liberty*), не просто отсутствие принуждения, но еще что-то – например, как сказал один уважаемый американский судья, "надежное состояние, позволяющее его обладателю получать удовольствие от жизни". Именно такие люди очень часто не осознают противоречий между этими различными значениями слова "свобода" и отказываются признавать неприятный факт, который заключается в том, что нельзя обрести свободу во втором смысле, не пожертвовав до известной степени свободой в первом смысле, и наоборот. Их синкретический взгляд на свободу основан на терминологической путанице»[39]. Действительно, «в организации, призванной удовлетворять разнообразие материальных и духовных нужд людей, свобода никоим образом не может быть признана в качестве высшей цели нормативного регулирования. По отношению к предоставлению такого рода благ свобода является лишь средством, хотя и необходимым. Естественно, что … в политической организации, обязанной обеспечивать реализацию всей совокупности потребностей населяющих ее людей, является верховной именно последняя цель, а не политическая свобода. Более того, сама по себе политическая свобода может быть не только не полезной, но даже и явно вредной для претворения в жизнь верховной цели политии»[40]. Нельзя не согласиться с Р. Ароном, что «если придерживаться правильного значения слов, то, наверное, лучше было бы не использовать одно и то же слово для обозначения: *свобод*, понимаемых как непрепятствование со стороны других и как отсутствие санкций; *свобод*-

[38] *Сорокин П.А.* Социальная и культурная динамика. СПб. 2000. С. 598–599.

[39] *Леони Б.* Указ. соч. С. 19–20.

[40] *Дробышевский С.А.* Указ. соч. С. 91.

способностей, к которым стремятся люди; *созидательной свободы – могущества сообщества*»[41].

Свобода в своем собственном смысле, значении и ценности предполагает лишь формальную, абстрактную не обусловленную внешним принуждением возможность выбора своего поведения, способа распоряжения собственными (психофизическими) ресурсами, присвоения иных ресурсов и распоряжения ими. Реально доступные человеку альтернативы (варианты поведения) зависят от наличных ресурсов (собственных и приобретенных, присвоенных). Поэтому эти реальные альтернативы у разных людей всегда различны. Но суть свободы – именно в возможности самостоятельного выбора из фактически доступных альтернатив. Свобода возможна только в сфере формального. Реально, фактически человек всегда не свободен (выбор доступных ему альтернатив ограничен) и все люди фактически свободны (или несвободны) в разной мере.

Формальная свобода обеспечивает людям разнообразие их социального положения, являющегося результатом их свободного (формально свободного) выбора. Иного (не правового, не формального) способа социального бытия свободы не существует. Любые попытки обеспечения фактической свободы (фактической доступности желаемого, ресурсов, необходимых для его достижения) неизменно оборачиваются деспотизмом (подменой свободной воли человека решением властной инстанции)[42].

---

[41] *Арон Р.* Указ. соч. С. 132.

[42] Небезосновательна точка зрения, согласно которой такая формальна свобода «никогда не была самоцелью человеческого существования. При малейшей возможности обменять ее на что-нибудь реальное человек делала это. История человечества – это история предательств свободы. Ведь и крепостное право возникло как результат добровольного обмена свободы на безопасность. То же самое по существу происходит и при объявлении себя “рабами” всеведущего, всемогущего, и главное *всеблагого* Бога. И только когда надежды на “сладкое рабство” не остается, когда человек понимает: “Никто не даст нам избавленья – ни Бог, ни царь и ни герой” – свобода встает для него в один ряд с другими ценностями: счастьем, рациональностью и истинностью. Отсюда… вывод: *свободным человек становится по нужде*». (*Левин Г.Д.* Указ. соч. С. 86).

Вместе с тем правовая свобода не имеет ничего общего и с высшим проявлением духовной свободы (свободы духа), предполагающей отказ от всех благ, мирских пристрастий и интересов, вообще отрешение от всего земного. Правовая свобода вполне реальная, посюсторонняя, социальная, обыденная, а не потусторонняя и мистическая, являющаяся уделом лишь избранных (святых, блаженных или философов в стиле Диогена).

Свобода в обозначенном выше формальном смысле является атрибутом и ресурсом человека, а не общества. Поэтому абсолютно некорректно противопоставление индивидуальной (личной) свободы и свободы общества и придание приоритета последней[43]. Индивидуалистическое понимание свободы – продукт Нового времени. Изначально, в эпоху античности, свобода отождествлялась с органической принадлежностью к социуму и участием с принятием касающихся его (социума, а отсюда и каждого его члена) решений[44]. Индивид был практически полностью растворен в государстве (общине, полисе), идентифицировал себя с ним, не мыслил вне него (остракизм был самым страшным наказанием) и «считал себя тем более свободным, чем больше времени и сил он посвящал осуществлению своих политических прав»[45]. Античный человек «был способен на большие жертвы ради сохранения своих политических прав, своей доли участия в управлении государством»[46]. Представление о

---

[43] См., например: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб., 2004. С. 349.

Некорректно вообще противопоставление индивида и общества как некоторой универсальной самодовлеющей сущности, отличной от составляющих его индивидов.

[44] Показательно, что в индоевропейских языках исходное значение слова «свободный» связано с принадлежностью к определенной этнической группе, общему развитию, «росту», «корню» (см.: *Бенвенист Э.* Свободный человек // Словарь индоевропейских социальных терминов. М., 1999).

[45] *Констан Б.* О свободе у древних в ее сравнении со свободой у современных людей // Политические исследования (Полис). 1993. № 2. С. 105.

[46] Там же. С. 100.

свободе как притязании на определенную автономию от социума, независимость, возможность жить по собственному усмотрению без вмешательства властей и сограждан было абсолютно чуждо свободному греку или римлянину.

В Новое время именно личная независимость становится «первичной потребностью»[47]. В условиях разложения феодальной сословной и корпоративной организации индивид постепенно освобождался от опеки со стороны коллектива и начинал осознавать себя автономной, самоценной и самодостаточной личностью. Тогда-то представления о свободе и претерпели коренные изменения. На смену «античному типу свободы, состоящему в деятельном и постоянном участии в коллективной реализации власти» пришла свобода, заключающаяся «в мирном пользовании личной независимостью»[48]. «Целью древних было разделение общественной власти между всеми гражданами страны. Это-то они и называли свободой. Цель наших современников – безопасность частной сферы; и они называют свободой гарантии, создаваемые общественными институтами в этих целях»[49].

Для современного человека подлинной свободой является именно личная свобода; политическая свобода выступает лишь ее гарантом. Политическая свобода – участие в управлении жизнью сообщества – вторична и производна от личной свободы – неприкосновенности сферы частной жизни – и выполняет функцию ее обеспечения. Поэтому «требовать от нынешних народов, как от древних, пожертвовать всей их личной свободой ради политической свободы – самый верный способ заставить народы отрешиться от личной свободы; когда это удастся, то у них вскоре похитят и свободу политическую»[50]. Вместе с тем личная свобода и политическая свобода, несомненно, являются сторонами одной медали (различными проявлениями свободы) и пренебрежение политической свободой (отказ от участия в политической жизни или минимизация возможности такого

[47] Там же. С. 102.
[48] Там же. С. 100.
[49] Там же. С. 101.
[50] Там же. С. 104.

участия) создает угрозу для личной свободы, понимаемой как приватность частной жизни (лишает ее необходимых гарантий).

Понимание свободы как неотъемлемого атрибута человека не означает отрицание ее социальности. Индивидуальная свобода может существовать и реализовываться лишь в обществе, в отношениях с себе подобными, иначе она просто не имеет смысла. Сама идея индивидуальной свободы – продукт не голого умозрения, а социальной практики. Философское обоснование свободы было порождено социальным опытом Нового времени, который не то чтобы исключил или ослабил социальные зависимости, опутывающие человека, но сделал их более разнообразными, а порой и взаимоисключающими. Теперь человек был вынужден самостоятельно выбирать между разными социальными институтами и взаимосвязями, в рамках которых ему предстояло функционировать и нести ответственность за свой выбор, а это и есть свобода.

Подобный социальный опыт оказался во многом уникальным и затронул лишь Западную Европу, причем даже в этом регионе распространялся он не равномерно и не синхронно. Так, расцвет либеральной философской и экономической мысли в Англии был обусловлен ее опережающим (по сравнению с остальной Европой) социальным развитием. Исследователи документально подтвердили, что такие факторы как высокий уровень социальной мобильности, упадок прав и обязанностей, обусловленных родством, ослабление общинных связей, развитие рыночного оборота товаров проявились в Англии минимум на столетие раньше, чем в других европейских странах[51].

Новый социальный опыт выделял личность из социума и противопоставлял ему. Философия либерализма лишь артикулировала (более или менее адекватно) уже реально сформировавшиеся социальные притязания – на неприкосновенность личности и сферы частной жизни, свободу экономической деятельности, морального, религиозного и политического самоопределения. В условиях Нового времени

[51] См.: *Бауман З.* Указ. соч. С. 55–57.

свобода индивида уже не производна от принадлежности к сообществу и не исчерпывается этим. Напротив, свободное сообщество конституируется в результате признания, уважения и защиты индивидуальной свободы его членов. Только представление о свободе как естественном и неотъемлемом атрибуте каждого человека позволяет выделить объективный критерий необходимого в каждом сообществе ее ограничения. Таковым выступает свобода другого (других членов сообщества). Каждый человек свободен в той мере (до тех пор), пока проявления его свободы не препятствуют реализации другими людьми их свободы, и свобода любого человека может быть ограничена лишь в той мере, в какой это необходимо для защиты свободы других лиц.

Представление о свободе как о ресурсе общества, во-первых, исключает ее самоценность. Свобода рассматривается как средство для достижения каких-либо иных целей (ценностей более высокого иерархического уровня). Таковыми могут быть, например, благополучие у Г. Гёффдинга[52] или счастье у И. Бентама[53] (что, наверное, во многом одно и то же). В данном случае индивидуальная свобода выступает «в качестве функционального фактора, обеспечивающего рациональность системы как целого. Свобода служит планированию и применению тех принуждений, которым доверено стимулировать желательное (благотворное, полезное, эффективное) поведение на всех уровнях системы»[54].

Во-вторых, свобода как средство, ресурс, которым располагает сообщество для достижения своих целей, становится предметом произвольного распределения: «при таких обстоятельствах та свобода, которую можно допустить без ощутимой угрозы для общества, всегда есть нечто дарованное (*granted*) и, благодаря происхождению от акта дарения,

---

[52] См.: *Гёффдинг Г.* Указ. соч. С. 200–201.

[53] См.: *Бентам И.* Введение в основание нравственности и законодательства. М., 1998. Показательно, что даже такой либерально ориентированный утилитарист как Д.С. Милль обосновывает необходимость индивидуальной свободы ее полезностью для общества (см.: *Милль Д.С.* О свободе // О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. М., 1995. С. 288–392).

[54] *Бауман З.* Указ. соч. С. 67.

нечто (по крайней мере в принципе) строго контролируемое. К тому же такая свобода всегда частична, всегда свобода «в известном отношении»; она состоит либо в льготном изъятии (*exemption*) из-под четко определенных, специфических обязательств или юрисдикции, либо в членстве в коллективе, причастном какой-то привилегии. Свобода действительно есть привилегия, причем предлагаемая скупо и в общем без энтузиазма со стороны даятелей»[55].

Весьма наглядной моделью такого «свободного» общества социологи считают «Паноптикон» И. Бентама[56]. Заключенные Паноптикона полностью подчинены воле надзирателей, их собственная воля подавлена, а свобода сведена к выбору между крайне непривлекательными условиями существования (черствый хлеб, вода и полная изоляция) и выполнением требуемой работы и установленного распорядка. Инспекторы, осуществляющие надзор за заключенными, свободны по отношению к ним, но находятся под наблюдением старших инспекторов, осуществляющих контроль за выполнением ими своих функций. Полностью свободен в такой системе лишь самый главный надзиратель – предприниматель-подрядчик. Паноптикон сдается ему в аренду, с тем чтобы он использовал труд заключенных для максимального извлечения прибыли в системе рыночных отношений. Он не нуждается в надзоре и контроле, так как преследует свой собственный интерес, который заставляет его действовать максимально эффективно.

«Паноптикон» И. Бентама можно прочесть «как притчу *об обществе в целом* – устойчивом обществе, упорядоченном обществе, обществе без преступлений, обществе в котором нонконформизм легко обнаруживается и устраняется, обществе, которое активно ищет наивысшей выгоды и вели-

---

[55] Там же. С. 49.

[56] Полное название учреждения, спроектированного И. Бентамом: Паноптикон или Надзирательный дом, содержащий идею нового принципа здания, применимого ко всякому виду учреждения, в котором лица любого разряда должны содержаться под надзором, и в особенности к исправительным домам, тюрьмам, мастерским, работным домам, богадельням, мануфактурам, сумасшедшим домам, лазаретам, госпиталям и школам: с планом распорядка, приспособленного к оному принципу.

чайшего счастья для своих членов, обществе, снабженном всеми функциями и ролями, которые необходимы для его выживания и успеха. В таком обществе, доказывает "Паноптикон", свобода одних делает и необходимой и прибыльной зависимость других; тогда как несвобода одной части делает возможной свободу другой»[57]. Паноптикон гарантирует всем счастье, понимаемое как «мир и покой». «У состояния "мира и покоя" есть две стороны. Объективно оно характеризуется регулярностью, постоянством и предсказуемостью внешнего контекста для всякого действия заключенных. Ничто не оставлено на волю случая, и никакие реалистические альтернативы не обременяют заключенных необходимостью выбора. Им не на что надеяться, зато нечего и бояться. А субъективно состояние "мира и покоя" означает, что заключенные убеждены, что их поведение не расходится с требованиями их инспекторов и, следовательно, не рискует вызвать гнев, а заодно и наказание, которому инспекторы подвергнут нарушителей. Поскольку начальники требуют всего лишь конформного поведения, то искусству обеспечивать постоянный поток вознаграждений выучиться несложно, и оно не вовлекает ученика в конфликт, так как лишено противоречий или моральной неоднозначности. Совместно обе стороны "мира и покоя" предоставляют и необходимые, и достаточные элементы счастья. "Суверенитет индивида" и свобода выбора в их число не входят»[58].

Интерпретацию свободы в качестве ресурса, находящегося в распоряжении общества, нельзя расценивать даже как рецидив античных представлений. В эпоху античности свобода – это общение равных в рамках одного сообщества; именно принадлежность к нему и делает человека свободным, т.е. равным другим согражданам. А сегодня, противопоставляя свободу сообщества свободе индивида, имеют ввиду приоритет неких коллективных целей («общего блага»), в интересах достижения которых индивидуальная свобода дозируется и распределяется отнюдь не равномерно. Свобода оказывается тождественна привилегии и власти,

[57] *Бауман З.* Указ. соч. С. 33.
[58] Там же. С. 26–27.

поскольку предполагает наличие тех, кто несвободен, зависим[59]. Свобода предстает лишь как «фактор в механизме производства и воспроизводства общественного порядка»[60].

Правовая свобода, напротив самоценна; она не является средством для достижения каких-либо целей, производным, выводным принципом. Свобода аксиоматична и априорна.

При этом человеку неотъемлемо присуща свобода вообще, в целом, в принципе, а не предоставляются какие-либо конкретные «свободы». В противном случае свобода опять низводится до уровня средства. Например, Р. Дворкин отрицает наличие у граждан права на свободу в абстрактном, исходном смысле, и признает за ними лишь права на конкретные свободы (слова, собраний, вероисповедания и т.п.), причем не потому, что их ограничение создают особую угрозу для свободы в целом, а потому, что посягательство на эти свободы «наносит нам ущерб или подвергает нас унижениям, которые имеют последствия не только для нашей свободы», т.е. фактически «мы имеем право вовсе не на свободу, а на те ценности, интересы или социальный статус, которым это конкретное ограничение угрожает»[61]. По его мнению, «не существует такой вещи, как общее право на свободу. Поэтому аргументация в пользу одной конкретной свободы может совершенно не зависеть от аргументации в пользу любой другой свободы, и нет никакого изначального противоречия или даже неправдоподобия в том, чтобы бороться за одну свободу и оспаривать другую»[62].

У Р. Арона непризнание существования свободы вообще, в виде некоторой целостности обусловлено представлением об ее октроированности: «любой член общества несвободен в отношении бесчисленных действий (всех тех, которые запрещает закон) и свободен во многих действиях благодаря закону, запрещающему другим препятствовать в их совершении (посещать избранную мною церковь, обнародовать мое мнение, путешествовать за границей). Наконец, за-

---

[59] См.: Там же. С. 39.
[60] Там же. С. 43.
[61] *Дворкин. Р.* О правах всерьез. М., 2004. С. 364.
[62] Там же. С. 373.

коны часто представляют некоторым акторам свободу в отношении известных действий, делая других акторов несвободными в отношении первых... При анализе такого рода становится очевидным, что не существует какой-либо целостности, которая может называться *свободой* индивидов или *свободой* народов. Всякий закон отнимает некоторые свободы у одних, но в то же время он наделяет некоторыми свободами других или всех»[63]. Представление о дискретности различных свобод также сопряжено с совмещением в содержании социальной свободы так называемой свободы от (*from*) и свободы для (*to*), т.е. свободы от принуждения со стороны других лиц (*from*) в отношении совершения какого-либо определенного действия (*to*)[64]. А это, в свою очередь, опять-таки является следствием законодательной (публично-властной) октроированности свободы, когда изначально несвободному лицу предоставляется возможность совершать или не совершать определенные действия по своему усмотрению (без принуждения со стороны других лиц).

С точки зрения либертарной концепции каждая отдельная «свобода» является лишь проявлением, конкретизацией, развертыванием изначально присущей человеку свободы. Отказ в обеспечении любой из «свобод» есть умаление свободы человека в целом и является допустимым, только если это необходимо (и соразмерно) для защиты свободы (в разнообразных ее проявлениях) этого человека, других лиц либо публичного порядка (правопорядка) в рамках которого гарантируется индивидуальная свобода[65].

Безусловно, любая социальная организация неизбежно предполагает и требует ограничения свободы воли человека, возможности его произвольного самоопределения. История правовой мысли и государственно-правовой практики демонстрирует два принципиально различных способа та-

---

[63] *Арон Р.* Указ. соч. С. 129.

[64] Там же.

[65] «Основная свобода… может быть ограничена лишь ради самой свободы, т.е. ради гарантии того, что та же самая или какая-либо другая основная свободы должным образом защищены, и для того, чтобы организовать эту самую систему свобод наилучшим образом» (*Ролз Дж.* Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 184).

кого ограничения. Первый – субъективный, когда мера свободы произвольно определяется усмотрением некоторой властной инстанции – государственной, социальной или даже трансцендентальной. Она может ограничивать свободу человека в большей или меньшей степени. Гарантией сохранения определенного минимума свободы при этом выступает лишь техническая ограниченность возможности позитивного регулирования человеческого поведения[66]. Второй способ ограничения свободы исходит из объективного критерия: свобода одного человека ограничивается свободой другого в той мере, в какой это необходимо для равного обеспечения и защиты свободы всех членов сообщества, а властная инстанция (правовое государство) выступает как гарант такого ограничения (а потому и защиты) свободы.

В последнем случае способом нормирования и ограничения свободы (а значит и способом ее социального бытия) выступает принцип формального равенства.

Критики либертарной концепции часто усматривают ее ошибочность и ограниченность именно в сведении права к принципу формального равенства. Так, В.М. Сырых утверждает, что «логика не знает дихотомического деления понятия “равенство” на формальное и фактическое, для нее равенство может быть только реальным, фактическим. Выражения языка логики и математики признаются равными тогда (и только тогда), когда они обозначают один и тот же предмет (А=А)»[67]. На самом деле когда речь идет об «одном и том же предмете», процедура уравнивания просто утрачивает смысл, ибо «один и тот же предмет», безусловно, равен самому себе. Абсолютно идентичные различные объекты называются тождественными. Возможно, утверждение, что «ни в физическом, ни тем более в социальном мире нет ничего тождественного чему-то иному, кроме себя самого»[68], и

---

[66] См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 63.

[67] *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М., 2007. С. 51.

[68] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства // Права человека и современное государственно-правовое развитие. М. 2007. С. 133.

является слишком категоричным, но применительно к тождественным объектам проблема их уравнивания опять-таки не стоит, а вот сделать нетождественное тождественным под силу только трансцендентальной инстанции. В реальной практике таких примеров не обнаруживается.

Далее В.М. Сырых указывает, что «термин "формальный" в точном смысле этого слова свидетельствует о принадлежности признака только к форме явления и процесса, но не к его содержанию. Но разве равенство явлений и процессов по их форме, тем или иным ее признакам не может быть фактическим? Например, мы говорим: вороны черные, волки серые, медведи бурые. Это – формальное равенство, но оно одновременно и фактическое»[69]. Однако дело не в том, что равенство (уравнивание) возможно только применительно к формальным признакам (это действительно не совсем так). Речь идет об уравнивании как формальной процедуре, процедуре заключающейся в формализации фактически различных объектов, явлений, состояний и т.п., т.е. «о формальном характере равенства вообще, как формы, которая может быть применена к любому содержанию»[70].

В реальном мире все различно, – утверждает В.С. Нерсесянц, – «всё и все (люди, животные, вещи, предметы, явления и т.д.) отличаются друг от друга. В мире нет двух одинаковых вещей». В отличие от Ж.-Ж. Руссо он полагает, что «*естественное состояние* как противоположность *искусственному состоянию*, как и всякое фактическое, природное состояние, характеризуется фактическим различием, природной неодинаковостью. Равенство – это условность (искусственность), а не естественность; равенство – это условное допущение того, что различное – это одинаковое (неразличное), что это одно и тоже по какому-то *основанию*, по какому-то *критерию*, принципу… Для *возможности равен-*

См. также: *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства // Журнал российского права. 2008. № 2. С. 70.

[69] *Сырых В.М.* Указ. Соч. С. 51.

[70] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 132.

См. также: *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 69.

ства необходимы *различия… Равенство – это не состояние, а лишь средство перевода различий в неравенства*. То *есть равным является лишь мера измерения*, взвешивания и т.д., т.е. равенство состоит лишь в том, чтобы различия измерять одними и теми же весами с одними и теми же гирями. И ничего больше… Основание (и критерий) уравнивания (т.е. принцип построения равенства) различных фактических объектов – это такая характеристика этих объектов, для которой фактические различия условно безразличны (по данному основанию, критерию). *Равенство* – это процедура условного снятия различий (их принципиального игнорирования, редукции) и условного отождествления. От *фактического* (с его различиями и т.д.) происходит переход в условную плоскость, в некую новую *форму соотношений*, к *формальному, принципиальному*: каждая форма – это условная форма; ее условность (т.е. условие перехода к этой форме отношений и действие этой формы) – это и есть соответствие принципу равенства. *Принцип каждой формы равенства* – это условность и условие перехода от фактических различий к условному равенству, т.е. это – условие уравнивания, *условие безразличия к различиям*»[71].

Равенство предполагает абстрагирование от многих различий присущих объектам и явлениям и признание их одинаковыми (равными) в каком-либо одном значимом, существенном отношении[72]. Интересно, что в другом месте своей работы В.М. Сырых тоже приходит к аналогичному выводу:

---

[71] Черновые наброски В.С. Нерсесянца, которые по замыслу автора, могли бы лечь в основу философских эссе (составитель и автор примечаний – В.В. Лапаева // Философия права в России: история и современность: Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2009. С. 304–306.

[72] «Поскольку в реальности два объекта никогда не бывают полностью, т.е. во всех отношениях одинаковы, то они могут быть одинаковы лишь в некоторых отношениях, т.е. если их неодинаковость (неравенство) в других отношениях не принимаются во внимание» (Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 190). «Правовое равенство, как и всякое равенство, абстрагировано (по собственному основанию и критерию) от фактических различий и потому с необходимостью и по определению носит формальный характер» (*Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 32).

«равенство характеризует тождество явлений, предметов, благ по какому-либо одному или нескольким присущим им количественным или качественным свойствам, признакам»[73].

Проблема как раз и заключается в выборе этих самых свойств и признаков (оснований для уравнивания). Они должны быть существенны (значимы) и объективны, а также допускать уравнивание по данным основаниям и возможность нормативного регулирования исходя из такого основания уравнивания. «Здесь встает вопрос: берется ли это основание (критерий, принцип) из самой фактичности и трансформируется в новое качество (принципа) или оно привносится откуда-то в эту фактичность? Т.е. фактичен принцип или формален, задан или привнесен?... Чтобы овладеть хаосом различий (бесчисленным множеством различных объектов), надо отвлечься (абстрагироваться) от второстепенного и сосредоточиться на главном; это главное (для данной организации и данного порядка) есть принцип и критерий *уравнивания*. Процесс уравнивания – это перевод хаотических различий в упорядоченное состояние неравенства по какому-то *одному основанию*. Это основание – принцип (масштаб, мера) равенства… Тут важно соблюсти следующие условия: успешность (и эффективность) управления, его адекватность управляемому объекту зависит от того, насколько принцип уравнивания (т.е. единообразие, униформация) не мешает проявлению и функционированию, словом, жизни фактических различий и многообразий (не губит их). Хорошее управление – это то, при котором его принцип равенства в чем-то одном не губит разнообразие в остальном»[74].

На деле критики принципа формального равенства не приемлют именно воплощенное в нем основание уравнивания – индивидуальную свободу в раскрытом выше смысле – и предлагают взамен него нечто другое.

---

[73] *Сырых В.М.* Указ. соч. С. 371.

[74] Черновые наброски В.С. Нерсесянца, которые по замыслу автора, могли бы лечь в основу философских эссе. С. 305–307.

Слава Богу, никто не додумался уравнивать людей по росту, весу, физическим и интеллектуальным возможностям. Обычно когда говорят о фактическом равенстве, вслед за основоположниками марксизма-ленинизма имеют в виду «равенство общественного положения»[75], уничтожение классов[76]. Однако равенство общественного положения недостижимо в принципе. Общественное разделение труда предполагает различие в социальных функциях, а следовательно и в социальном положении выполняющих их лиц. Даже в первобытном обществе естественное половозрастное разделение труда обусловливало неравенство положения мужчин, женщин, стариков и детей в рамках родовой организации. Сведение равенства в общественном положении к уничтожению частной собственности, когда все граждане будут поставлены «в одинаковое отношение к средствам производства всего общества» и иметь «одинаковый доступ к работе на общественных средствах производства, на общественной земле, на общественных фабриках и так далее»[77], на деле оказывается все тем же формальным равенством. Если при капитализме все в равной мере могли быть собственниками средств производства, то при социализме все в равной мере не могут. Никакого равенства социального положения это не обеспечивает. Социалистическое общество было не менее стратифицировано, чем буржуазное.

На самом деле под фактическим равенством обычно подразумевают уравнивание имущественного положения, уровня потребления материальных благ. Причем уравнивание не полное, ибо коммунистический идеал «от каждого по способностям, каждому по потребностям» был и остается утопией (впрочем, равенства в потреблении не обещал и он, ведь потребности-то у всех разные). Еще Г. Кельзен выражал сомнения в том, что данная формула может быть понята как предполагающая субъективные критерии определения способностей и потребностей, когда каждый по собственному усмотрению решает, каковы его способности и соответ-

[75] *Сырых В.М.* Указ. соч. С. 53.
[76] Там же. С. 54.
[77] *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 24. С. 362–363.

ственно та мера труда, которая должна быть на него возложена, и каковы его потребности, подлежащие удовлетворению обществом. «Едва ли возможно всерьез сомневаться в том, что такие вопросы должны решаться только специально для этого назначенными органами сообщества в соответствии с общими нормами данного социального порядка»[78], – писал он. – «Истинный смысл коммунистического принципа справедливости может состоять лишь в следующем: каждый должен "по (своим) способностям", установленным согласно правилам социального порядка (der Gesellschaftsordnung gemäss), выполнять возложенную на него социальным порядком работу; признанные социальным порядком потребности каждого должны удовлетворяться в определенной социальным порядком степени и определенными этим социальным порядком средствами»[79]. Другими словами, «материальное равенство равнозначительно с рабством; оно мыслимо только при полном подавлении человеческой свободы и всех личных особенностей»[80].

Примерно такая система организации труда и потребления была осуществлена уже при социализме. В.С. Нерсесянц назвал ее уравниловкой. Уравниловка «выражает требования иерархической системы потребительских привилегий в границах запрета частной собственности… Для каждого уровня этой системы (для соответствующих слоев, профессий и т.п.) действовала своя "сословная" потребительская мера. Внутри каждого такого слоя одинаковая мера, нивелируя трудовой вклад людей, выступает как привилегия худших перед лучшими»[81]. Таким образом, «везде, где действует уравниловка, неизбежны дифференциация и различие социальных ролей, статусов и функций уравнивающих и уравниваемых со всеми вытекающими отсюда последствиями. Среди "равных" выделяются номенклатурно "более равные" и "равнейшие". Привилегии уравниловки как раз выражают и обеспечивают

[78] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 191.
[79] Там же. С. 193.
[80] *Чичерин Б.Н.* Указ. соч. С. 254.
[81] *Нерсесянц В.В.* Философия права. С. 115–116.

единственный реально возможный способ ее осуществления в жизни»[82].

По сути, социальное равенство выливается в произвольное (по усмотрению властной инстанции) и неравное распределение материальных благ, социальных статусов и т.п. Только формальное равенство как равенство в свободе, т.е. равенство по основанию (признаку), объективно, естественно и неотъемлемо присущему всем людям, позволяет избежать произвольно-распределительных отношений и вообще произвола при установлении и поддержании социального порядка. Равенство в социальной жизни возможно лишь как равенство в свободе, как правовое, формальное равенство. Равенство в свободе – это легитимация «хаотических различий в виде всеми признаваемых неравенств на основе генерального принципа самоидентификации целого – в этом справедливость этого равенства»[83]. А основная характеристики и, следовательно, крайний предел человека – это его характеристика как разумного существа»[84].

Попытки нагрузить правовой принцип формального равенства не свойственной ему функцией обеспечения «равенства возможностей» также приводят к умеренному варианту распределительной системы. По мнению В.В. Лапаевой, формальное равенство – это не «чистое» равенство в свободе, а «равенство, откорректированное с таким учетом социальных и биологических различий субъектов права, чтобы обеспечить для них равенство возможностей в использовании своих прав»[85]. В свою очередь «равноправие предполагает равенство между людьми не только в декларированных

---

[82] Там же. С. 116.

[83] Черновые наброски В.С. Нерсесянца, которые по замыслу автора, могли бы лечь в основу философских эссе. С. 308.

[84] Там же. С. 309.

[85] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 144.

См. также: *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 77.

правах, но и в возможности ими воспользоваться *в меру личных волевых усилий*»[86].

Для обеспечения равенства возможностей право должно предусматривать компенсации «социальной или биологической слабости, которая не позволяет людям наравне с другими пользоваться своими правами»; «чрезвычайных усилий, которые были затрачены людьми, добившимися особо значимых для общества результатов»; а также «уязвимости определенного социального статуса»[87]. При этом правовыми компенсации являются лишь в том случае, когда они не выходят за рамки, необходимого для выравнивания возможностей в пользовании правами (в реализации своей свободы).

С учетом этого ограничения имеет смысл обсуждать правовой характер только компенсаций первого вида (компенсаций социальной и биологической слабости). «Правовой смысл такой компенсации, – поясняет В.В. Лапаева, – состоит в том, чтобы сгладить действие тех фактических привилегий, которые получают на жизненном старте люди, более подготовленные к социальной конкуренции в силу своих исходных социальных или биологических характеристик»[88]. А мерой правовой компенсации в этих случаях «является мера, позволяющая человеку иметь не только равное с другими право, но и возможность воспользоваться этим правом соразмерно своей воле и своим собственным усилиям»[89]. Однако данные компенсации социальной и биологи-

---

[86] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 144–145; *Она же*. Правовой принцип формального равенства. С. 77.

[87] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 153.

См. также: *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 74.

[88] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 152; *Она же*. Правовой принцип формального равенства. С. 75 (сноска 29).

[89] *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 75.

Поддержка слабых приобретает характер привилегии, «когда объем гарантируемых социальных благ превышает размер, необходимый для подтягивания слабых до уровня, обеспечивающего им возможность реализовать свои прав наравне с другими субъектами. Подобная ситуация, кото-

ческой слабости, действительно направленные на уравнивание фактических возможностей реализации прав и свобод, никогда не достигнут своей благородной цели. Обеспечение полного равенства возможностей нереально, так как это предполагает нивелирование всех психофизических и социальных различий, присущих людям. По сути, речь идет о предоставлении социальной помощи (в виде денежных выплат, льготного социального обслуживания и т.п.) социально слабым группам населения (лицам, которые в силу тех или иных обстоятельств в отношениях формального равенства оказываются в фактически менее благоприятном положении по сравнению с другими). Обоснование меры необходимости такой социальной помощи может вестись в категориях морали (нравственности) и социальной (политической) целесообразности, т.е. всегда будет произвольным, никаких правовых (объективных, формальных) критериев здесь быть не может[90].

Попытки обосновать правовую природу компенсации чрезвычайных усилий, затраченных на получение выдающихся, особо значимых для общества результатов, вызывает недоумение. В.В. Лапаева уточняет, что имеет в виду премии для победителей творческих и научных конкурсов, льготы для ветеранов или героев войны[91]. Но данные категории неоднородны и могут включать как социально слабых (ветераны войны), так и лиц, «достигших выдающихся результатов». Причем критерий признания результатов дея-

---

рую у нас пока что трудно себе представить, уже вполне реальна на Западе, что в значительной мере порождает резкое неприятие идеи социального государства со стороны ряда философов и правоведов» (Там же, сноска 30).

[90] «Разумеется, не всегда можно определить, какие обязательности имеют отношение к справедливости, а какие – к солидарности. При этом "притязательное общество" часто бывает склонно интерпретировать те действия, которые совершаются из "одной только" солидарности, как действия, осуществления которых человек по справедливости имеет полное право требовать» *(Хёффе О.* Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 30).

[91] См.: *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 140; *Она же*. Правовой принцип формального равенства. С. 74.

тельности того или иного лица «выдающимся» и «особо значимым для общества» всегда будут произвольны, а добиваются их обычно не только и не столько за счет «чрезвычайных усилий», а благодаря имевшимся у них возможностям, превышающим равные (средние), хотя бы в плане личной одаренности. Сами эти результаты являются действительно «чрезвычайными» и «выдающимися», т.е. никак не могут считаться чем-то «нормальным», социально-типичным, общедоступным, общезначимым и общеобязательным, поэтому «компенсация» (премия, поощрение) предоставляемое в связи с такими результатами деятельности по определению не может носить правовой характер, обеспечивать равные возможности пользоваться своими правами. Эти «компенсации» (премии, льготы и т.п. выплаты и услуги) увеличивают неравенство возможностей, являясь поощрением лучших; их предоставление носит исключительный характер и не находится в сфере правового (и даже вообще нормативного) регулирования.

Третий вид компенсации (уязвимости социального статуса) либо покрывается первым видом, либо, если речь идет о депутатском иммунитете и тому подобном[92], вообще не имеет отношения к реализации правоспособности. Правовой статус лица, осуществляющего публично-властную функцию, включает в себя необходимые для этого полномочия и гарантии и никак не связан с обеспечением ему равных с другими возможностей пользоваться своей свободой в качестве частного лица. Формальное равенство в публично-правовых отношениях проявляется в том, что любое лицо, осуществляющее данную публично-властную функцию обладает одинаковым объемом полномочий и гарантий.

Далее, обеспечение равенства возможностей, по мнению, В.В. Лапаевой, предполагает не только поддержку слабых, предоставление им преференций, «подтягивающих» их к общему уровню стартовых условий, но и ограничения для социально сильных, успешных субъектов, препятствующие им извлекать такие «преимущества за счет уже имеющихся в их распоряжении (т.е. накопленных ранее) ресурсов, а не за

[92] См.: Там же.

счет собственных усилий, таланта, своего риска или везения (как обратной стороны риска)»[93], которые «способны блокировать волевые усилия других участников экономических отношений»[94]. При этом она упускает из виду, что ресурсы, имеющиеся в распоряжении экономически (социально) сильных субъектов, накоплены ими как раз в результате собственных усилий, таланта, риска и везения. По сути, В.В. Лапаева предлагает постоянную (произвольно осуществляемую государством[95]) корректировку имеющихся у человека возможностей пользования своей свободой посредством как предоставления ему для этого определенных ресурсов, так и наложения ограничений на использование ресурсов, находящихся в его распоряжении и приобретенных ранее посредством реализации своей свободы.

Обеспечение равенства возможностей на деле оборачивается государственным распределением и перераспределением ресурсов, позволяющих пользоваться свободой, а в распределительных отношениях справедливость в ее правовом, общезначимом смысле невозможна[96], равно как невозможна и свобода в рамках социальной системы, основанной

---

[93] *Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 142.

[94] *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 76.

[95] Определить «тонкую грань между правовым и неправовым решением, – утверждает В.В. Лапаева, – задача законодателя, требующая каждый раз творческого [читай – произвольного – Н.В.] подхода» (*Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 76).

[96] *Хёффе О.* Указ. соч. С. 21.

Интересно, что и сама В.В. Лапаева начинает свои рассуждения с этого: «только тогда, когда мы абстрагируемся от всех физических и социальных характеристик человека и рассматриваем его просто как человека, т.е. существо, наделенное (в силу своей разумности) свободной волей, сфера равенства между людьми приобретает всеобщий характер, а отношения между ними становятся общезначимыми. Эту сферу отношений между людьми как абстрактными лицами мы называем правовой, сами отношения – правовыми, а людей, выступающих лишь в самых абстрактных своих проявлениях, лишенных каких-либо фактических социобиологических характеристик, называем формально равными друг другу субъектами права» (*Лапаева В.В.* Содержание формального принципа правового равенства. С. 134; см. также: *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства. С. 71). Однако затем она приходит к прямо противоположным выводам.

на таких отношениях. Вспомним, что свобода в ее правовом, формальном понимании не обусловлена фактической доступностью ресурсов для достижения желаемого (удовлетворения свободно определенных своих потребностей), а требование таковых ведет, в конечном счете, к деспотизму.

Западные исследователи давно подметили, что система социальной помощи не обеспечивает возможность в полной мере пользоваться свободой, а «выводит» (исключает) своих реципиентов из сферы свободы. Она с самого начала выполняла не только функцию поддержки тех, кто оказался проигравшим в условиях свободного рынка, но и служила способом «присмотра» за ними как людьми, которым «нельзя ни доверить руководство собственными действиями, ни поверить, что они верно руководили ими до сих пор. Таких людей следовало лишить свободы выбора и поставить в условия, в которых их поведение было бы полностью предопределено и постоянно подконтрольно»[97]. Целью системы социального обеспечения всегда было «навязать бедным те самые привычки благонравного поведения, которые у людей более состоятельных развивались как бы “сами собой”… Несмотря на гуманизм многих серьезных апологетов социального обеспечения, эта цель, этот метод и эта надежда на дополнительную выгоду для системной интеграции сопровождали институты соцобеспечения на протяжении всей их истории»[98].

Система социальной поддержки с неизбежностью способствует «инфантилизации» ее бенефициариев: «их расходы, меблировка, одежда, пища, стиль жизни тщательно контролируются; их приватность произвольно нарушается внезапными визитами специалистов по здравоохранению, гигиене, образованию; выплата пособия предоставляется только в обмен на полную исповедь и предъявление самых интимных аспектов жизни назойливым чиновникам; и в итоге выплаты устанавливаются на таком уровне, который не оставляет место усмотрению и выбору получателей, допуская

[97] *Бауман З.* Указ. соч. С. 90.
[98] Там же. С. 90–91.

только предметы самой первой необходимости»[99]. В основе правил, определяющих условия и порядок предоставления социальной помощи, имплицитно лежит представление об ее получателе как о человеке, «который очевидным образом неспособен пользоваться своей свободой, который неразумен и непредусмотрителен и которому нельзя доверить контроль за его собственными действиями. Пущенные в ход такие правила приводят именно к тому, что они имели предпосылкой: они систематически лишают клиентов соцобеспечения инициативы, отучают их от искусства свободного выбора, вынуждают их оставаться пассивными и социально бесполезными»[100].

Получатели социальной помощи подспудно рассматриваются как неспособные «надлежащим образом использовать ту свободу, которой обладают», и поэтому «их должны направлять, контролировать, подправлять или штрафовать за непослушание те, кто знает, что для них хорошо и как они должны использовать свою свободу. Такое социальное определение является самоосуществляющимся. Если какие-то люди не знают, в чем их истинные потребности, то их потребности за них должны устанавливать те, кто знает. Если какие-то люди продемонстрировали неспособность во благо использовать свою свободу, то их право самостоятельно принимать решения следует либо отнять, либо приостановить, и принимать решения за них будут другие. “Другие” – это государственная бюрократия и разнообразные эксперты, которых она для этих целей использует»[101]. Такое «бюрократическое определение потребностей означает постоянное отсутствие личной автономии и индивидуальной свободы»[102]. Бюрократы «оставляют за собой право разграничивать подлинные потребности и прихоти, бережливость и расточительность, разумность и неразумие, “нормальное” и “безумное”»[103].

---

[99] Там же. С. 91.
[100] Там же. С. 91–92.
[101] Там же. С. 109–110.
[102] Там же. С. 111.
[103] Там же.

В свободном (капиталистическом, рыночном) обществе система социального обеспечения – дополнительная, маргинальная (хотя и неизбежная) мера, охватывающая меньшинство населения, «выход» из которой постоянно открыт (правда опять-таки сугубо формально) и является весьма привлекательным. Если же бюрократический контроль над потребностями и ресурсами, используемыми для их удовлетворения, приобретает тотальный характер и возводится в центральный принцип социального порядка, то формируется система, описание которой дали классики марксизма-ленинизма, а уточнили Г. Кельзен и другие исследователи[104]. Коммунистическая по своей сути система распределения по бюрократически определенным потребностям («диктатура над потребностями»), существующая либо в ограниченном масштабе для социально слабых, либо распространяющаяся на все общество, образует единственную реальную альтернативу (в отличие от альтернатив утопических, желательных) системе, основанной на формальной свободе, и отсутствие формальной свободы является самым главным и неотъемлемым атрибутом этой альтернативы[105].

Любые попытки совмещения формального и фактического в социальном регулировании лишают его правового характера[106]. Вместе с тем именно формальность правового регулирования гарантирует разнообразие фактического (разнообразие социальной жизни). В лежащей в его основе «всеобщности принципа самоидентификации [свобода – Н.В.] – корень справедливости (соответственно равенства и неравенства). Отсюда и роль самоидентификации … в каче-

---

[104] В одной из работ сущность коммунистического общества была определена как «диктатура над потребностями» (*Feher F., Heller A., Markus G.* Dictatorship over Needs. Oxford: Oxford University Press, 1983).

[105] См.: *Бауман З.* Указ. соч. С. 111–113.

[106] Правовое равенство, подчеркивал В.С. Нерсесянц, «состоит в том, что поведение и положение субъектов данного общего круга отношений подпадают под действие единой (общей, равной) меры… Своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет (“отмеряет”) и оформляет именно свободу индивидов, свободу в человеческих взаимоотношениях, в действиях, в поступках – словом, во внешнем поведении людей» (*Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 37–38).

стве общезначимого справедливого средства легитимации остальных фактических различий в виде правомерных (правовых) неравенств»[107]. Ведь «принцип всеобщности равенства перед законом вовсе не означает равенства всех в их правах, а наоборот, означает неравенство их прав. Равенство перед законом – означает равную правоспособность, т.е. формально равную возможность фактически приобретать права и нести юридические обязанности, что, конечно, зависит не только от *дееспособности* (которая уже различна у разных людей), но и от фактических различий людей. Нет двух людей с одинаковыми правами (одинаковым, идентичным объемом прав) даже при равной правоспособности и дееспособности: у каждого – свои (неравные с другими) права (права на свое имущество и т.п.).

Неравенство прав формально отражает (на одних и тех же весах) фактические различия людей – в этом принцип равенства, равная мера правового опосредования, "взвешивания" и измерения фактических различий людей и их реальных положений»[108].

При этом «право как форма отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает (и не может уничтожить) исходных различий между разными индивидами, но лишь формализует и упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформируя неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные права свободных, независимых друг от друга, равных личностей. В этом, по существу, состоят специфика и смысл, границы (и ограниченность) и ценность правовой формы опосредования, регуляции и упорядочения общественных отношений»[109].

Следует иметь в виду, что не все фактические различия допускают правовое абстрагирование от них, не ко всем складывающимся в жизни отношениям применим принцип формального равенства. Как верно подметил В.О. Ключев-

---

[107] Черновые наброски В.С. Нерсесянца, которые по замыслу автора, могли бы лечь в основу философских эссе. С. 309.

[108] Там же. С. 306–307.

[109] Там же. С. 13.

ский, «свобода – одно из оснований общества, не единственное»[110]. Но право и не претендует на упорядочение всех сфер и сторон жизнедеятельности человека. Отношения любви, дружбы, родства, социальной помощи нуждаются в иных (большей частью моральных) регуляторах. Принцип формального равенства лишь очерчивает границы порядка, который может (и должен) быть общим для всех людей как формально равный, а потому одинаково справедливый.

Формальное равенство – это именно и исключительно правовое равенство, оно функционирует лишь в сфере правовых (формальных) отношений и отнюдь не предполагает морального (нравственного) равенства (равноценности) людей[111], ни в коей мере не препятствует разному отношению к разным людям в сфере непосредственного (не опосредованного официально-властным принуждением) межличностного общения. Напротив, именно принцип формального равенства, будучи основой публичного (официально-властно устанавливаемого и поддерживаемого) порядка, дает возможность в полной мере и естественно (свободно) проявиться всем (биологическим (психофизическим), духовно-нравственным, интеллектуально-волевым и т.п.) различиям между людьми и трансформироваться в неравенство их фактического социального положения. В то время как правовое официально-властное оформление (закрепление, учет) естественного неравенства людей ведет к произвольной и жесткой социальной стратификации, в рамках которой эти различия будут искусственно консервироваться или изживаться.

---

[110] *Ключевский В.О.* Неопубликованные произведения. М., 1983. С. 231.

[111] Против чего активно выступали многие философы. См.: например: *Шелер М.* Ресентимент в структуре моралей. СПб., 1999. С. 151–152; *Ильин И.А.* Поющее сердце. Книга тихих созерцаний // *Ильин И.А.* Собр. соч. В 10-ти т. Т. 3. М., 1994. С. 236–240. А.В. Поляков приводит в своей книге обширные цитаты из этих работ, полностью солидаризируясь с позицией их авторов (см.: *Поляков А.В.* Указ. соч. С. 353–358).

5. НЕКЛАССИЧЕСКИЕ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА: СМЕНА ПАРАДИГМЫ?

Выделение позитивистского и непозитивистского типов правопонимания акцентирует базовые различия во взглядах на природу права, противопоставляя друг другу два противоположных подхода[1]. Согласно первому (позитивистскому) право отождествляется с любыми общеобязательными (в силу тех или иных обстоятельств) и принудительно реализуемыми правилами поведения (в современном государственно-организованном обществе – фактически (с теми или иными оговорками) с системой официально-властной регуляции). Второй (непозитивистский) увязывает понятие права с особым содержанием образующих его норм, которым именно с силу специфики их содержания (в силу их справедливости) и придается качество общеобязательности и принудительности.

Большинство типологий правопонимания в общем и целом укладываются в эту схему[2], демонстрируя ту или иную

---

[1] «Почти все определения права, выработанные юристами различных времен и стран, достаточно четко распределяются по двум группам в зависимости от того, на какие традиции опирались их авторы – *естественного права или юридического позитивизма*», – подчеркивает Г.В. Мальцев (*Мальцев Г.В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 11).

[2] См., например: *Туманов В.А.* Буржуазная правовая идеология. М., 1971; *Мальцев Г.В.* Понимание права. Подходы и проблемы; *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 5–11; *Мартышин О.В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 13–21; *Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства: Учебное пособие. М., 2003. С.

ее детализацию (иногда излишнюю)[3], либо чрезмерное упрощение (например, сведение всего юридического позитивизма к легизму[4]), либо непоследовательность использования заложенных в ней критериев. К последнему варианту, в частности относится достаточно распространенное в научной и учебной литературе выделение в качестве самостоятельных типов правопонимания естественно-правового, нормативистского (этатистского) и социологического[5]. Сторонники данной типологии упускают из вида, что естественно-правовая школа противостоит и легизму (нормативизму, этатизму), и социологической юриспруденции с гносеологических и аксиологических позиций, а те, в свою очередь, базируются на фактически единой гносеологии и аксиологии, различаясь только онтологически.

Вообще, если типология правопонимания основывается на сугубо онтологических критериях, она схватывает (учитывает) только позитивные (внешне выраженные) аспекты права и оказывается чисто позитивистской (типологией, выстроенной на основе учета исключительно внешних, формальных проявлений права).

28–57; *Лапаева В.В.* Российская юриспруденция в поисках нового типа правопонимания // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 35–61; *Лапаева В.В.* Типы правопонимания в российской теории права // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 18–29.

[3] См., например: *Синха Сурия Пракаш.* Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996.

[4] См.: *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 3–40; *Он же.* Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 1999. С. 27–69; *Он же.* Философия права. М., 2006. С. 20–30.

[5] См., например: *Берман Г.Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 340–363; *Лейст О.Э.* Три концепции права // Государство и право. 1991. № 12. С. 3–11; *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 265–279; *Лившиц Р.З.* Теория права. М., 2001. С. 14–19; *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб., 2004. С. 81–101; *Поляков А.В. Тимошина Е.В.* Общая теория права: Курс лекций. СПб., 2005. С. 39; *Сапельников А.Б., Честнов И.Л.* Теория государства и права: Учебник для юридических высших учебных заведений. СПб., 2006. С. 129–139.

Так, П.А. Оль считает важнейшим критерием типологии правопонимания соотношение «искусственного» и «естественного» в праве[6]. По его мнению, специфика различных типов правопонимания в конечном счете «сводится к дуализму двух начал – естественного, природного (т.е. независящего от человеческого волеустановления) и неестественного (установленного человекам). Этим началам в рамках разных учений отводится разная роль… В определенном смысле соответствующее понимание соотношения естественного и позитивного начал в праве является квинтэссенцией, одним из исходных, требующих обоснования положением в многовековом споре о том, что есть право»[7].

Противопоставление естественного и искусственного в праве – проблематика его онтологии, ориентированная на выявление соотношения сугубо внешних форм проявления и источников происхождения того, что называется правом, а не специфики содержания образующих его норм. Таким образом, концепции права анализируются в рамках позитивистской парадигмы, а различие между позитивистским и непозитивистским типами правопонимания нивелируется[8].

Рассматривая определенный вариант трактовки права, П.А. Оль акцентирует внимание на том, считается ли право установлением человека или имеет своим источником иные (естественные) основания, насколько человек (суверен, сообщество и т.п.) свободен при установлении позитивного права или связан (ограничен) правом естественным (волей Всевышнего, собственной природой, экономическими отношениями, социально-культурными условиями и т.п.). Но его абсолютно не интересует то, как содержательно понимается право, каким требованиям (критериям) должны отвечать образующие его нормы с точки зрения их содержания. В итоге даже естествен-

---

[6] *Оль П.А.* Правопонимание: от плюрализма к двуединству. СПб., 2005. С. 62 (в сноске).

[7] Там же. С. 83–84.

[8] Интересно, что при этом сам П.А. Оль подчеркивает значимость гносеологического критерия для типологии правопонимания, утверждая, что «использование разных методов правопознания, как правило, ведет в конечном счете к разным результатам, т.е. к формированию разных типов правопонимания» (*Оль П.А.* Указ. соч. С. 29).

но-правовые концепции оказываются у него «опозитивированы», ибо естественное и позитивное право сопоставляются по источнику происхождения, юридической силе (иерархической соподчиненности), а не по содержанию[9]. Тем самым естественно-правовые концепции лишаются своей специфики как учения о справедливости, а само естественное право – своей важнейшей функции – этико-политической оценки и оправдания позитивного права[10].

Фактически естественно-правовая школа редуцируется к позитивизму: либо социологическому в духе исторической школы права, где противопоставляется право естественно (спонтанно) сложившееся в том или ином сообществе и право искусственно созданное государством и воплощенное в законодательстве; либо легистскому, предполагающему конкуренцию двух правоустанавливающих инстанций – трансцендентальной и реальной (публично-властной)[11].

Сугубо онтологическими, позитивистскими по сути, являются и так называемые нетрадиционные (неклассические, постклассические, постнеклассические, постмодернистские, постпостмодернистские, интегральные и т.п.) подходы к пониманию права[12], хотя их сторонники претендуют на со-

---

[9] См.: Там же. С. 77–92.

[10] См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М., 1988. С. 99–100.

[11] Аналогичную мысль высказывал Л. Фуллер: «в трудах представителей Римско-католической церкви теория естественного права рассматривается не просто как поиск принципов, которые позволят людям успешно сосуществовать, а как поиск того, что может быть названо “высшим законом”. Это отождествление естественного права с правом, стоящим выше людских законов, кажется, входит в число требований всякой доктрины, которая настаивает на возможности авторитетного провозглашения требований естественного права. Там, где высказаны подобные заявления, конфликт между римской католической доктриной и противоположными взглядами представляется мне конфликтом между двумя формами позитивизма» (*Фуллер Л.Л.* Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 149–150).

[12] Об обосновываемом рядом авторов отличии «нетрадиционных подходов» от классических типов правопонимания см., например: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. С. 101–116; *Поляков А.В., Тимошина Е.В.* Указ. соч. С. 49–55; *Сапельников А.Б. Честнов И.Л.* Указ. соч. С. 155–181; *Честнов И.Л.*

здание принципиально иной гносеологии – неклассической рациональности, а отсюда и новой парадигмы юридической науки, позволяющей преодолеть традиционную дихотомию типов правопонимания.

Постмодернистская философия, отказавшись от классической рациональности и претендуя на обоснование принципиально новой методологии познания и действия, лишь доводит до логического конца позитивистскую гносеологию О. Конта. Постулируемая постмодерном «смерть метафизики» обоснованно увязывается с его тезисом о «смерти» рационального субъекта, т.е. с якобы имеющим место переходом человечества к какому-то иному не рациональному (не логосному) состоянию[13]. Постмодернистская философия науки отрицает объективность и рациональность научного знания, его способность постигать сущность изучаемого объекта. Более того, утверждается, что сам объект познания не мыслим вне познающего субъекта, а точнее субъектов взаимодействующих между собой и интерпретирующих эти социальные интеракции[14]. Все постмодернистские теории «изначально не нацелены на выявление истины, на выработку *целостного знания о сущностных связях* определенной области действительности. Теории постмодерна по духу релятивистские… Их главная цель – найти не

Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна // Правоведение. 2001. № 3. С. 45–52; *Он же.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 4–16; *Он же.* Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002; *Он же.* Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права. СПб., 2002.

[13] См.: *Катречко С.Л.* Как возможна метафизика? // Вопросы философии. 2005. № 9. С. 92–93 (прим. 2).

[14] См. например: *Поляков А.В.* Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 27–28; *Сапельников А.Б., Честнов И.Л.* Указ. соч. С. 12–19, 155–181; *Честнов И.Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 4–6; *Он же.* Критерии современности правопонимания: современна ли интегративная концепция права? // Философия права в России: история и современность: Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2009. С. 254–262.

исчерпывающие ответы, а выявить *характерные тенденции современного общественного развития*»[15].

И.Л. Честнов справедливо подчеркивает, что все это «не что иное, как продолжение (радикализация) положения постпозитивистской философии об отсутствии абсолютной истины… Применительно к юриспруденции такая позиция может быть обозначена как радикальный релятивизм. Согласно данной точке зрения ни одна концепция права не может быть признана обоснованной, ибо ни одно описание права не является адекватным»[16]. Сущность права не только не познаваема, но и как бы несущественна: «сущность не представляет собой той устойчивой совокупности качеств и свойств, которые существуют как бы “вне времени”, позволяя идентифицировать некоторое сущее как таковое»[17].

Постмодернистские подходы к пониманию права утверждают представления о нем как о многомерном и противоречивом феномене, ни одна из традиционных (позитивистских, естественно-правовых) интерпретаций которого не может претендовать на полноту и универсальность[18].

---

[15] *Кравченко С.А.* Модерн и постмодерн: «старое» и новое видение // Социологические исследования. 2007. № 9. С. 33.

[16] *Честнов И.Л.* Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна. С. 46.

[17] *Стовба А.В.* О перемене сущности, или «что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. 2008. № 1. С. 159.

[18] «Конечно, вполне возможно сконструировать некую дефиницию права, охватывающую все типы права, независимо от времени, включая средневековое права и право примитивных обществ. Но она всегда будет оставаться свидетельством того, как мы воспринимаем право сегодня, и любые дефиниции могут быть сконструированы на основании характеристик, которые мы считаем главными, исходя из нашего мировоззрения, нашего взгляда на реальность, нашего взгляда на “право”. Такие дефиниции, скорее всего, не дадут истинной картины права, по крайней мере такого будет отношение к этим дефинициям в других обществах. Но это ничего не значит, такой выход, по большому счету, неизбежен. Это всего лишь путь, на котором мы можем схватить реальность. Мы только должны осознавать существование этих ограничений наших способностей знать о какой бы то ни было реальности. Совершенно ясно, что мы не можем взглянуть на право со всех возможных перспектив сразу. Предложение подобного “всеохватывающего подхода” означало бы только предложение очень хаотичной картины. Стремление хотя бы частичного постижения

Взамен им предлагаются принципиально новые (неклассические, адекватные философии постмодерна) концепции права[19], преодолевающие ограниченность классических типов правопонимания за счет диалектического снятия их позитивных аспектов.

Однако гносеологические основы этих неклассических концепций остаются классически позитивистскими. Так, А.В. Поляков относит понятие права к понятиям с нечеткими, размытыми границами и в качестве методологической схемы поиска его определения приводит рассуждения Л. Витгенштейна относительно понятия игры[20]. Исходная гносеологическая установка Л. Витгенштейна: «Не думай, а смотри!»[21]. Чтобы объяснить, что такое игра, полагает Л. Витгенштейн, надо *описать* различные игры, добавив к этому: «Вот это и подобное этому называется “играми”. Ничего больше этого знать нельзя»[22]. С точки зрения позитивизма, ориентированного исключительно на дескриптивность

правового феномена неизбежно связано с выбором: выбором определенной временной и культурно обусловленной перспективы и выбором определенных характеристик права, отражающих наиболее существенные, обусловленные временем, культурой и теорией, соображения» (*Ван Хоек М.* Право как коммуникация // Правоведение. 2006. № 2. С. 49–50).

[19] См., например: *Овчинников А.И.* Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов-на-Дону, 2002; *Он же.* Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. 2004. № 4. С. 160–169; *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода; *Он же.* Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 26–43; *Ван Хоек М.* Указ. соч. С. 44–54; *Сапельников А.Б. Честнов И.Л.* Указ. соч. С. 155–181; *Стовба А.В.* Указ. соч. С. 157–164; *Честнов И.Л.* Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна. С. 45–52; *Он же.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 4–16; *Он же.* Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002; *Он же.* Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права. СПб., 2002; *Он же.* Методология и методика юридического исследования. СПб., 2004.

[20] См. *Поляков А.В.* Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе (к 70-летию профессора В.Г. Графского). М., 2008. С. 16–17.

[21] *Витгенштейн Л.* Философские работы. Ч. I. М., 1994. С. 111.

[22] Там же. С. 113.

научного знания, это действительно так. Но если не только смотреть, но и подумать, то при всем разнообразии игр можно выявить некоторые их сущностные признаки и предложить содержательное определение понятия «игра». Например, следующее: игра – это в той или иной мере формализованная деятельность, осуществляемая по заранее установленным правилам, сама по себе не имеющая утилитарного значения[23] и выраженного материального результата, но доставляющая удовольствие. Но такие рациональные рассуждения, выходящие за рамки голого эмпиризма, чужды неклассическим теориям права, как и вполне классическому позитивизму.

На деле большинство нетрадиционных (неклассических) подходов к пониманию права оказываются разновидностью вполне традиционных социолого-позитивистских представлений о праве, изложенных в терминах какой-либо постмодернистской философской парадигмы[24].

Так, например, развиваемое А.И. Овчинниковым «герменевтическое правопонимание», в рамках которого подчеркивается роль «закона, правосознания и конкретного правоотношения как трех необходимых компонентов понимания права»[25], объединяет в себе, не сказать чтобы последователь-

---

[23] Смысл игры в самой игре, хотя она и может быть включена в процесс, направленный на извлечение определенной пользы (профессиональный спорт, азартные игры на деньги, профессиональный или психологический тренинг). Очевидно, изначально смысл и назначение игры заключались именно в определенном физическом, психологическом, социально-ролевом тренинге, но в дальнейшем, уже в своем сформированном виде (собственно как игра), она его, по крайней мере интенционно, утратила.

[24] На неосновательность притязаний сторонников неклассических подходов к пониманию права на выработку принципиально новых теоретических представлений уже обращалось внимание в литературе (см., например: *Хохлов Е.Б.* Юридические химеры как проблема современной российской правовой науки // Правоведение. 2004. № 1. С. 4–6; *Козлихин И.Ю.* О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1. С. 31–40; *Лапаева В.В.* Российская юриспруденция в поисках нового типа правопонимания // Наш трудный путь к праву. С. 40–42; *Она же.* Типы правопонимания в российской теории права // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 22–23.

[25] *Овчинников А.И.* Юридическая герменевтика как правопонимание. С. 165.

но, элементы ряда хорошо известных социологических концепций права. «Являясь представителем определенной социокультурной общности, носителем этнокультуры, – утверждает А.И. Овчинников, – судья, неосознанно внося правотворческий момент в процесс правоприменения, реализует те представления о справедливости, которые доминируют на данном этапе развития общественной жизни. Участвуя в дискурсе, порожденном участниками дела, "вживаясь" в рассматриваемое дело, судья осуществляет акт подведения нормы через свой "предрассудок". Только так происходит согласование справедливости (цели) и формальности (средства) права. Интерпретируя норму в конкретной ситуации, судья должен найти "золотую середину" между формальностью, всеобщностью закона и индивидуальными, особенными чертами конкретного случая; между справедливостью воздаяния и догматичностью права. При этом ему приходится каждый раз, в каждом новом случае, в каждой конкретной ситуации понимать норму заново»[26]. Судья, по его мнению, «не только применяет закон, но и сам своим приговором вносит вклад в развитие права, осуществляя тем самым "неявное правотворчество"»[27]. Такие представления о функции судьи тяготеют к американской традиции социологической юриспруденции, представленной, в частности гарвардской школой Р. Паунда. Отдает дань «герменевтическое правопонимание» и более радикальным «реалистам»: «Новизна для развития юридической герменевтики состояла в следующем: если ранее считалось необходимым установление того, что хотел сказать законодатель, то теперь эта задача видится не решаемой в принципе»[28]. Одновременно не малое место в концепции А.И. Овчинникова занимают идеи исторической школы права: «Если ценности, лежащие в основе норм позитивного права, не соответствуют национальному духу, народному правосознанию, традициям и культуре общества, ценностной ори-

[26] Там же. С. 165–166.
[27] Там же. С. 167.
[28] *Овчинников А.И.* Правовое мышление в герменевтической парадигме. С. 135–136.

ентации конкретного лица, эти нормы реализовываться людьми не будут»[29].

Не выходит за рамки широкого социологического понимания права и диалогическая концепция И.Л. Честнова, исходящего из «*многомерности права*», предполагающей «взаимообусловленность трех основных измерений правовой реальности – нормы права, ее восприятия правосознанием и реализации в правовом поведении»[30]. «Норма права, – согласно И.Л. Честнову, – это, с одной стороны, безличностная модель (правило) поведения, но, с другой стороны, это одновременно и конкретные действия людей в соответствии с данным правилом, действия, реализующие и воспроизводящие его. Реальность, фактичность нормы права зависит от того, используется (соблюдается, исполняется) ли она в практической жизнедеятельности людей. Таким образом, право – это и структура (правила поведения), и ее воспроизводство (сопровождающееся как практическими действиями, так и ментальными процессами) в поведении людей»[31].

Социолого-позитивистской, по сути, является и коммуникативная теория права А.В. Полякова, утверждающего, что право немыслимо вне социального взаимодействия людей, и именно эти интеракции (коммуникация) составляют его сущность[32].

Как социологические идентифицируют неклассические концепции права и сами их авторы (более или менее явно). Так, И.Л. Честнов называет неклассическую рациональность социокультурной[33], указывая, что адекватное ей правопонимание должно «продемонстрировать *историческую и социо-*

---

[29] *Овчинников А.И.* Юридическая герменевтика как правопонимание С. 169.

[30] *Честнов И.Л.* Критерии современности правопонимания: современна ли интегративная концепция права? С. 260.

[31] *Честнов И.Л.* Диалогическая онтология права в ситуации постмодерна. С. 50.

[32] См., например: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода; *Он же.* Постклассическое правоведение и идея коммуникации. С. 26–43. См. также: *Ван Хоек М.* Указ. соч. С. 44–54.

[33] *Сапельников А.Б., Честнов И.Л.* Указ. соч. С. 19.

культурную контекстуальность права», представляя его как исторически и социокультурно конкретную меру возможного, должного и запрещенного поведения, сформированного в данном конкретном социуме[34], и отмечает, что его диалогическая антрополого-правовая концепция близка умеренному социальному конструктивизму[35]. М. Ван Хоек полагает, что его понимание права является разновидностью культурно-исторического (т.е. социологического – Н.В.) подхода[36]. А.В. Стовба утверждает, что развивает фундаментально-онтологический подход к праву[37] и ищет сущность права в его бытие[38] (отождествляет с явлением? – Н.В.). А.В. Поляков предлагает «онтологическую теорию», задачу которой видит в раскрытии и описании феноменологической структуры права[39], предостерегает от подмены онтологических основ права телеологическими (ценностными, содержательными – Н.В.)[40] и называет свободу от «априорно-ценностного обременения» отличительной чертой петербургской школы философии права (социолого-позитивистской – Н.В.), к которой себя причисляет.[41] Все упреки, адресуемые им классическим типам правопонимания, связаны именно с их недостаточной «социологичностью», и противопоставляет свою коммуникативную концепцию он юснатурализму и легистскому (этатистскому) позитивизму, но не социологическому, большинство постулатов которого, напротив, явно заимствует[42].

---

[34] *Честнов И.Л.* Критерии современности правопонимания: современна ли интегративная концепция права? С. 262.

[35] *Честнов И.Л.* Антропологическая онтология права // Проблемы понимания права: Сборник научных статей. Серия: Право России: новые подходы. Вып. 3. Саратов, 2007. С. 30 (в сноске).

[36] См.: *Поляков А.В.* Постклассическое правоведение и идея коммуникации. С. 40.

[37] См.: *Стовба А.В.* Указ. Соч. С. 161.

[38] См.: Там же. С. 162.

[39] См.: *Поляков А.В.* Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2. С. 19, 21.

[40] См.: Там же. С. 20.

[41] См.: Там же. С. 13.

[42] См. *Поляков А.В.* Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания. С. 15–20.

Все эти новейшие интерпретации права демонстрируют универсальность и немалый объяснительный потенциал тех философских (социологических, культурологических, лингвистических и т.п.) концепций, средствами и языком которых они пользуются для объяснения природы права как специфического социального явления. Такой ракурс рассмотрения права, безусловно, обогащает социологический позитивизм, но не выходит за его рамки и не преодолевает его проблемы – неспособность к четкому разграничению права и других систем социального регулирования ни по содержанию норм, ни по источнику их происхождения.

Так, например, Л.И. Честнов полагает, что «трансцендентное (универсальное, априорное) начало в праве – его функциональная роль, которая проявляется в обществе. Она состоит в том, что право обеспечивает его целостность (выживание, самосохранение, воспроизводство) с помощью нормативного регулирования общественных отношений. "Доказывается" это положение, которое, как и все, что претендуют на статус универсального, не может не быть абстракцией самого высокого порядка, методом "от противного": если общество существует, значит в нем есть те нормы, которые гарантируют его существование (сохранение, воспроизводство).

Все иные социальные нормы (моральные, религиозные и т.п.) сами по себе обеспечить воспроизводство социума на более или менее длительном промежутке времени не в состоянии: они лишь способствуют выполнению правом его "генеральной функции" (термин Л.И. Спиридонова). Если же какая-либо социальная норма, например, заповедь "не убий", формулируется как религиозная, но объективно является конститутивной для общества, то тем самым она неизбежно превращается в правовую (независимо от того, где и как она сформулирована). Тем самым нормы права могут претендовать на статус правовых только в том случае, если они пройдут отбор историей. Но история – это не однолинейное, однонаправленное движение к заранее определенной (кем-то?) цели, а "всего лишь" самосохранение (как высшая ценность любого живого организма) социума, которое всегда является поливариантным, проявляющимся в разных формах (вариантах) и принципиально непредсказуемым. Поэтому только в отношении

определенных фрагментов истории конкретного социума (и только с большой долей вероятности) можно утверждать что-либо определенное относительно так понимаемых – конститутивных – норм права по следующим косвенным показателям: распространенность, относительная их эффективность, признанность населением и т.п.»[43].

По мнению А.В Полякова, «научный критерий для теоретического различения правового и неправового закона… может быть только один: наличие или отсутствие субъектов, чье пользование своими основанными на законе правами и обязанностями носит социально-оправданный характер (т.е. наличие или отсутствие социальной легитимации у данного закона)»[44]. При этом, следуя социолого-позитивистской традиции правового плюрализма, восходящей еще к Л.И. Петражицкому[45], он признает существование наряду с государственным правом и социального права[46] – правовых систем, вырабатываемых и поддерживаемых различными социальными структурами (семьей, корпорацией)[47], ибо «право представляет собой универсальное социальное явление, существующее на разных уровнях социального, включая интерсоциальные (например, внутрисемейные, внутригрупповые) и экстрасоциальные (например, межгосударственные) правовые порядки. Оборотной стороной универсализма права является его плюрализм»[48]. А.В. Поляков разделяет классические установки социологического позитивизма, развивавшиеся в трудах Л.И. Петражицкого, Е. Эрлиха, Г.Д. Гурвича, П.А. Сорокина, А. Леви-Брюля и других, и, по сути, отрицающие роль права как средства конституирования

---

[43] *Честнов И.Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 14–16.

[44] *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. С. 503.

[45] См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

[46] См.: *Гурвич Г.Д.* Идея социального права // Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 41–212.

[47] *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. С. 507–526.

[48] Там же. С. 507.

и поддержания единого (общего, общеобязательного) социального порядка.

А.В. Стовба видит исток права в *событии*[49], имеющем особый правовой смысл в силу того, что оно «*ставит под вопрос возможности со-бытия* [т.е. совместного бытия людей – Н.В.]. “Ставить под вопрос” значит делать явной невозможность бытия как со-бытия. Ответ на этот вопрос возможен лишь в силу поворота отвечающего от собственного бытия к со-бытию в целом: в этом повороте, как со-хранении возможности со-бытия все внезапно обретает правое значение»[50]. «Сущность права, – по его мнению, – поиск ответа на событие, которое ставит под вопрос возможности со-бытия. Собираемое вместе при таком поиске сущее есть правовое»[51]. Искомый ответ, следовательно, «должен быть» направлен на сохранение со-бытия[52]. А это, в свою очередь, «возможно лишь тогда, когда отвечающий событию ответ соразмерен ему. Под соразмерностью в данном случае понимается способность ответа раскрыть подлинную суть вопрошающего события, исправив его воздействие на со-бытие»[53]. Вряд ли такое описание права позволяет идентифицировать его среди других социальных явлений. Ведь на сохранение «совместного бытия» (социума как такового) ориентированы все системы социальной регуляции[54].

---

[49] *Стовба А.В.* Указ. соч. С. 160.

[50] Там же. С. 161–162.

[51] Там же. С. 162.

[52] Там же.

[53] Там же. С. 163.

[54] Не помогает и приводимый автором пример, поясняющий отличие права от морали: «Некое событие может быть истоком не правовой, а например, моральной ситуации – предательство друга. Предатель чувствует себя “не по себе”. Событием предательства его сущность друга уничтожена: возможность быть другом для него замкнута. Но речь при этом идет лишь о бытии одного человека, это моральное событие предательства не затрагивает возможности со-бытия людей в целом» (Там же. С. 161). Ну почему же, возразим мы. Предательство затрагивает не только самого предавшего, но и того (тех), кого он предал, и делает невозможным как раз совместное бытие людей, их бытие как друзей, а не просто субъективное ощущение предателя себя другом. Конечно, здесь речь не идет о совместном бытии «людей в целом». Но, что значит эта формулировка, сколько

Сторонники нетрадиционных (неклассических) подходов к пониманию права, отрицающие объективное бытие права вне познающих и реализующих его субъектов (т.е. вне социальной коммуникации) и возможность его рационально-логического познания, не гнушаются обращения к трансцендентному (универсальному, априорному, иррациональному, экзистенциальному и т.п.). Однако, по меткому замечанию И.Л. Честнова, трансцендентное начало в праве в рамках постмодернистских концепций является «голой абстракцией», которая всегда наполняется конкретным содержанием (разным! – Н.В.) в историческом и социокультурном контексте фактически существующего социума[55].

Безусловно, «сущность права не может быть понята вне проявлений его в эмпирической действительной жизни»[56], но она не сводима к ним, а формальность права не тождественна его бессодержательности.

Между тем именно бессодержательность неклассических концепций права оправдывает их претензии на адекватность и универсальность. Однако полное отсутствие содержания в определениях права делает такие дефиниции неспособными выделить право из круга иных социальных явлений. Так, М. Ван Хоек, предлагая «минимальную дефиницию права»: «право есть рамки (*framework*) для человеческих действий», отдает себе отчет в том, что «это определение права, достаточно широкое для того, чтобы охватить (почти) все дефиниции права, предлагаемые в юридической литературе, все-таки чересчур широко и чересчур неопределенно для того, чтобы удовлетворить требованиям полной дефиниции»[57]. И.Л. Честнов, подчеркивая очевидную «эвристическую ценность» (? – Н.В.) следующего определения права «право – это то, что принимается населением в каче-

людей и какую меру опасности их совместному бытию она подразумевает? Угрожает ли ему, например, передача продавцом покупателю вещи ненадлежащего качества? Ведь если все продавцы будут обманывать покупателей…? А если все люди будут предавать своих друзей…?

[55] *Честнов И.Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 16.

[56] *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1911. С. 19.

[57] *Ван Хоек М.* Указ. соч. С. 51.

стве общеобязательных правил поведения», замечает далее, что все же «общеродовое понятие права должно иметь несколько более содержательный признак, нежели легитимность (признание чего-либо населением)»[58].

Таким образом, плюрализм правопонимания преодолевается и универсальное определение достигается лишь посредством его полной бессодержательности (минимизации определяющих признаков), что делает саму процедуру определения («определивания») права бессмысленной.

Попытки привнести в неклассическое понимание права содержательные элементы трудно признать удачными. Так, А.В. Поляков различает эксплицитную и имплицитную правовую коммуникацию. Первая предполагает такие характеристики как «ясность, четкость, выполнимость, стабильность, авторитетность, проспективность правовых текстов (например, законов), формализованность устанавливаемых ими предоставительно-обязывающих правил, их общезначимость и социальную поддержку (защиту)»[59]. Они обеспечивают саму возможность правовой коммуникации, но недостаточны для ее полноценности. Полноценное функционирование правовой коммуникации задается ее имплицитными условиями, определяющими онтологические и аксиологические характеристики права. К ним А.В. Поляков относит признание человека основным субъектом права (а кто является неосновным? – Н.В.), взаимное признание за субъектами правовой коммуникации «*духовной сущности*», т.е. наличия у них «разумной способности передавать, интерпретировать и оценивать информацию, а также возможность свободного и ответственного выбора того варианта поведения, который требуется условия-

[58] *Честнов И.Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2. С. 11.

[59] *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву. Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 119; *Он же.* Коммуникативный подход в общей теории права // Проблемы понимания права. С. 47.

ми коммуникации»[60]. Идея имплицитной правовой коммуникации, по его мнению, выражается «в единстве прав и обязанностей, свободы и ответственности, в балансе личных и сверхличных правовых ценностей»[61]. Данная формула, активно эксплуатируемая отечественной теорией права еще со времен «развитого социализма», создает лишь видимость содержательной характеристики права, как и все остальные параметры имплицитной коммуникации. Например, справедливость права А.В. Поляков определяет как «соответствие должному [интересно, как и кем определенному? – Н.В.] в отношениях между людьми (в коммуникации)»[62]. А один и тот же закон, по его мнению, может иметь одновременно правовые и неправовые признаки, т.е. быть правовым с точки зрения эксплицитной правовой коммуникации (при условии его рациональности, легитимности, действенности), и неправовым, исходя из критерием имплицитной правовой коммуникации (максимальная свобода при максимальной ответственности за благо общества, высшая степень справедливости, основанная на исключении каких-либо форм дискриминации, создание наиболее адекватных условий для саморазвития личности и т.д.)[63].

В целом же не только содержательные характеристики права оказываются незначимыми, но даже сугубо формально А.В. Полякову не удается выделить право из других видов социальной коммуникации. «Право как практическая система действий, – полагает он, – основано на взаимопонимании, без которого само его существование невозможно. Ведь права нет там, где отсутствует взаимосоотнесенное по-

---

[60] *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. С. 120; *Он же.* Коммуникативный подход в общей теории права. С. 48.

[61] *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. С. 120–211; *Он же.* Коммуникативный подход в общей теории права. С. 49.

[62] *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. С. 121; *Он же.* Коммуникативный подход в общей теории права. С. 50.

[63] *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. С. 119–120; *Он же.* Коммуникативный подход в общей теории права. С. 49.

ведение. Поэтому нет права без информации, структурированной источником права и адресуемой субъектам правовой коммуникации. Но условием правовой коммуникации является не столько содержание информации и даже не столько ее прескриптивная форма, сколько убеждающая сила, без которой невозможна правовая коммуникации как практическое взаимодействие. Поэтому право есть там, где люди убеждены в том, что оно есть»[64]. Но разве без взаимопонимания, взаимосоотнесенности поведения и убежденности в ее наличии возможна какая-либо другая социальная коммуникация – моральная, религиозная, да и вообще любая?

В конечном счете, вопрос о понимании права – это вопрос о том, какие правила поведения могут устанавливаться и поддерживаться в качестве общеобязательных. Все неклассические концепции права редуцируются к классическому позитивистскому ответу – любые: любые, которые необходимы для поддержания целостности социума, что может выявить только длительная историческая перспектива (т.е. просто – любые); любые, которые поддерживаются населением (участниками правовой коммуникации), но силовым и суггестивным воздействием можно обеспечить поддержку любых правил (т.е. опять-таки просто любые)[65]. Упрек, ко-

---

[64] *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. С. 115–116; *Он же.* Коммуникативный подход в общей теории права. С. 41.

[65] «Ведь можно любить индивидуальную свободу, а можно любить порядок. За каждой “любовью” стоят свои ценностные аргументы. И ничто не мешает наряду с естественно-правовой (либеральной) теорией, опирающейся на свободу, создавать позитивистскую и консервативную правовую теорию, опирающуюся на идеи государства и общественного порядка, если в основе и той и другой лежат определенные (глубоко лично выстраданные) ценностные предпочтения. Подобные построения оправданы, когда речь идет о мировоззренческой философии, но они должны опираться на научную правовую онтологию. Такая онтология может лишь описать коммуникативную структуру права, в основе которой лежит корреляция прав и обязанностей. Решение же о том, на каком элементе должен делаться аксиологический акцент: на правах или на обязанностях, на порядке или на справедливости, на нормах или на законах – зависит от совокупности конкретных исторических факторов. И это делает возможным говорить о праве при разных его ценностных интерпретациях, но только если при этом сохраняется “жизненный нерв” права – сама правовая коммуника-

торый А.В. Стовба бросает «дескриптивному социологизму», маскирующемуся под философию и претендующему на «объективное описание того, что есть», вполне может быть адресован и сторонникам любой неклассической концепции права (в том числе и его собственной): «в силу непроясненности фундаментально-методологических предпосылок такого подхода его результаты, по сути, ничем не отличаются от сентенций обыденного сознания, маскируя свою банальность "строгой научностью" терминологии. Такой вариант осмысления, хотя и пытается описать "что есть", однако ни в коей мере не является наукой, позитивистски регистрируя наличность, но объясняя ее лишь "задним числом", по сути, легитимируя наличное положение дел и подгоняя под них свои объяснения»[66].

Таким образом, и неклассической философии права не удалось выйти за рамки классических типов правопонимания. Просто, как было точно подмечено итальянским исследователем, современные теоретики права и позитивистской, и естественно-правовой ориентации в целях защиты от критики стремятся избежать идентификации своих воззрений с данными типами правопонимания[67]. Кроме того, для западной социальной мысли постмодернизм с его притязаниями «вытеснить социологическую теорию центрированным на субъекте нарративом (т.е. повествованием, не претендующим на объяснение или истинность)»[68] является уже пройденным этапом; она возвращается к теоретическому объяснению социальной реальности, «в том числе в терминах причин и глубинных механизмом»[69], т.е. с точки зрения сущности социальных явлений и процессов.

ция» (*Поляков А.В.* Интегральная теория права: миф или реальность? // Философия права в России: история и современность. С. 241–242).

[66] *Стовба А.В.* Указ. соч. С. 163–164.

[67] См.: *Zagrebelsky G.* Ronald Dworkin's Doctrine on Legal Principles: An Italian Point of View // International Journal of Constitution Law (I.CON). 2003. Vol. 1. №. 4. P. 622.

[68] *Девятко И.Ф.* Состояние и перспективы социологической теории в мире и в России // Социологические исследования. 2007. № 9. С. 36.

[69] Там же. С. 37.

Не получается вырваться из позитивистской парадигмы и сторонникам так называемого интегративного подхода к пониманию права[70]. Признавая бесперспективной абсолютизацию традиционных типов правопонимания – позитивизма (в его легистском и социологическом вариантах) и естественно-правовой школы – в связи с односторонностью даваемых в их рамках определений права, они стремятся, используя их познавательный потенциал, «стать на синтетическую точку зрения и искать исчерпывающих и многосторонних определений, которые обнимали бы собою все остальные определения и заключали бы их в себе внутренне связанными»[71].

Однако интегративные концепции права создают лишь видимость преодоления плюрализма правопонимания, на деле оборачиваясь или отрицанием самой возможности предложить универсальное определение права и единую методологию его исследования[72], или просто традиционными позитивистскими конструкциями.

---

[70] Сам термин «интегрированная юриспруденция» принадлежит Дж. Холлу (см.: *Hall J.* Integrative Jurisprudence // Interpretation of Modern Legal Philosophies: Essay in Honor of Rosco Pound. Sayre P. ed. New York, 1947. P. 313–331; *Hall J.* Studies in Jurisprudence and Criminal Theory. New York. 1958. P. 37–47; *Hall J.* From Legal Theory to Integrative Jurisprudence // Criminal Jaw Review. 1964. Vol. 33. P. 153; *Hall J.* Foundation of Jurisprudence. Indianapolis. 1973; *Холл Дж.* Интегративная юриспруденция // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. 3. Европа. Америка: XVII–XX вв. М., 1999. С. 739–743.), хотя аналогичные по сути идеи развивались задолго до появления его работ (см., например: *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916; *Ященко А.С.* Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. СПб., 1999). А.В. Поляков полагает, что интегративные теории отличаются от интегральных (неклассических) тем, что первые стремятся «к теоретико-правовому синтезу на основе классической научной парадигмы», т.е. классических типов правопонимания, а вторые – претендуют на создание «третьей теории», снимающей основные противоречия между юснатурализмом и позитивизмом (См.: *Поляков А.В.* Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания. С. 10–11).

[71] *Ященко А.С.* Указ. соч. С. 58.

[72] См.: *Мартышин О.В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 15, 17.

Еще А.С. Ященко, развивая концепцию В.С. Соловьева и определяя право как осуществление добра, одну из ступеней его реализации[73], важнейший отличительный признак права усматривал все же в его принудительности: «Право есть та часть нравственности, которая получает внешнюю и принудительную охрану»[74]. По мнению А.С. Ященко, «понимание, с точки зрения содержания, права как принудительного минимума нравственности окончательно устраняет всякий дуализм не только двух сфер права [позитивного и естественного – Н.В.], но и права и нравственности, так как одно не противоречит другому, исходя из противоположного принципа, а входит в другое лишь как часть его»[75]. Но устраняет, как следует из дальнейших рассуждений, именно за счет доминирования сугубо позитивистских воззрений: «Всякая юридическая норма предполагает принуждение со стороны политической власти». Причем правомерность власти «определяется данной государственной, общественной, международной, церковной и т.д. конституцией, – понимая эту последнюю в широком смысле организованного порядка, устройства, – независимо от того, какого происхождение самой конституции, и без возможности юридически поднимать вопрос об ее правомерности. Ставить вопрос о правомерности самой конституции или выражающей ее политической власти значит выходить из области права в сферу нравственных оценок или социологической критики. Правовой строй предполагает, что существует в обществе высшая организованная власть, которая окончательно и без возможности дальнейших юридических апелляций решает вопрос, что право и что не право; иначе нужно признать, что каждый имеет право самостоятельно решать вопрос о праве»[76].

Любой возможный конфликт между позитивным правом и правом естественным (нравственностью) должен решаться в пользу первого: «Право перестало бы быть таковым, если бы

---

[73] См.: *Ященко А.С.* Указ. соч. С. 105.
[74] Там же. С. 106.
[75] Там же. С. 136.
[76] Там же. С. 156.

против него можно было делать отвод ссылками из чуждой ему области. Подобный конфликт, всегда тягостный и возможный не только между отдельными нормами нравственности и права, но и между отдельными нормами единого права, юридически может быть разрешен в целях примирения тем, что сама *юридическая* норма, вызывающая конфликт, будет изменена сообразно направленной против нее критики, но пока она остается неизменной юридически обязательна только она. Разумеется, так как общественная жизнь не исчерпывается одним правом, возможно, что фактически в обществе получит обязательную силу именно нравственная норма; но надо ясно сознавать, что в данном случае происходит *нарушение* права, а не облекать этого правонарушения в мнимо-юридические (естественно-правовые) формы, как будто оно и есть самое настоящее торжество права»[77].

Современные интегративные концепции права[78] при ближайшем рассмотрении также оказываются вполне позитивистскими с преобладанием элементов социологического позитивизма в его монистической версии. Например, Г.Дж. Берман, стремящийся интегрировать юридический позитивизм (легизм) с положениями естественно-правовых концепций и исторической школы права, вслед за Дж. Холлом, видит наиболее существенный признак права в его актуали-

[77] Там же. С. 118–119.

[78] См. например: *Берман Г. Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 340–363; *Графский В.Г.* Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект // Правоведение. 2003. № 3. С. 49–64; *Он же.* Концепция интегральной (синтезированной) юриспруденции: актуальные направления дальнейшей разработки // Государство и право на рубеже веков. Проблемы истории и теории. М., 2001. С. 107–114; *Он же.* Интегральная (общая, синтезированная) юриспруденция как теоретическое и практическое задание // Наш трудный путь к праву. С. 140–165; *Он же.* Интегративная юриспруденция в условиях плюрализма подходов к изучению права // Проблемы понимания права. С. 8–18; *Оль П.А.* Указ. соч.; *Невважай И.Д.* Смысл права в контексте методологического плюрализма // Государство и право на рубеже веков. С. 119–125; *Мартышин О.В.* Указ. соч.; *Лазарев В.В.* Истоки интегративного понимания права // Наш трудный путь к праву. С. 122–139; *Шафиров В.М.* Естественно-позитивное право (проблемы теории и практики) Автореф. дис. … д-ра. юрид. наук. Н. Новгород, 2005.

зации и определяет его «как деятельность, как процесс законотворчества, судебного рассмотрения, правоприменения и других форм придания правового порядка общественным отношениям через официальные и неофициальные модели поведения», полагая, что в таком случае политический, моральный и исторический аспекты права могут быть сведены воедино[79]. При этом содержательные требования к праву оказываются исторически обусловленными и исторически изменчивыми (т.е. несущественными): «То, что справедливо с точки зрения морали при одном стечении исторических обстоятельств, может быть несправедливо с этой точки зрения при другом; то, что необходимо с политической точки зрения при одном стечении исторических обстоятельств, может вызывать возражения при другом. Еще важнее, что внешний конфликт между моральным и политическим подходами к праву может быть разрешен в контексте исторических обстоятельств: история, жизненный опыт общества, может свести мораль и политику в одно целое, допуская согласование между двумя этими аспектами и даже способствуя ему. Право вполне можно определить как поддержание равновесия между справедливостью и порядком в свете опыта»[80].

Исключение составляет, пожалуй, лишь обосновываемая И.Ю. Козлихиным конвергенция юридического позитивизма и теорий естественного права в рамках западной правовой культуры, где признается автономия и самоценность человека, равенство субъектов права, взаимность прав и обязанностей. Причем только нормативные системы с такими содержательными характеристиками, по его мнению, являются правовыми, коренным образом отличающимися от иных, базирующихся на коллективистских и патерналистских принципах. И.Ю. Козлихин не усматривает принципиальной разницы между позитивистской и естественно-правовой интерпретациями права (если речь идет именно о праве в указанном выше смысле, а не о неправовых нормативных системах);

[79] *Берман Г.Дж.* Указ. соч. С. 343.
[80] Там же. С. 349.

они не исключают, а дополняют друг друга[81]. Действительный же «конфликт существует не между различными типами *право*понимания, а между типами *миро*понимания; либерально-индивидуалистическим – правовым по своей сути и коллективистско-этатистским – по своей сути неправовым»[82]. Во многом это действительно так. Индивидуалистическое самосознание как отличительная черта «западного человека» предопределяет все характеристики соответствующего типа культуры, в том числе правовой характер доминирующей системы нормативной регуляции, будучи одновременно формируемым ими[83].

Необходимо, правда, оговориться, что обозначенный И.Ю. Козлихиным подход к пониманию права в западной правовой традиции действительно является доминирующим направлением в теоретическом истолковании права и практике позитивного нормативного регулирования, однако далеко не единственным.

Рассмотрев разнообразные варианты теоретических представлений о праве, П.А. Оль пришел к верному выводу: «не эклектическое объединение исторически сложившихся концепций правопонимания предполагает выявление конкретного универсального основания их синтеза… Такой синтез возможет через выявление некоего центрального аспекта, связанного с социальным предназначением правового феномена. Причем таким образом могут быть синтезированы только те типы правопонимания, в рамках которых представления о социальном предназначении права являются идентичными»[84]. Другими словами, синтез различных трактовок права возможен лишь в рамках одного типа правопонимания. Социологический позитивизм, предлагающий наиболее широкое и всеобъемлющее видение права, в том смысле, что позволяет подвести под его понятие наиболее широкий круг социальных явлений, объективно и оказыва-

---

[81] См.: *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 5–11.

[82] Там же. С. 11.

[83] См., например: *Бауман З.* Свобода. М., 2006.

[84] *Оль П.А.* Указ. соч. С. 175.

ется в роли такой интегративной (или интегральной), но сугубо позитивистской парадигмы. Интегрировать здесь удается разнообразные формальные проявления (формы проявления) права – юридические тексты, правоотношения, правосознание, признавая их в равной (или в той или иной) мере значимыми для его конституирования[85]. А за бортом такой интеграции оказываются все содержательные характеристики права.

Так, П.А. Оль заблуждается относительно того, что ему удалось предложить «понятие права в контексте формально-содержательного подхода»[86]. Форму права П.А. Оль отождествляет с правовой нормой, а содержание – с правоотношением (взаимными правами и обязанностями субъектов права)[87]. При этом под нормой права он фактически имеет ввиду позитивное нормативное предписание, т.е. фрагмент юридического текста. В таком случае оба выделяемые им феномена представляют собой форму права, разные внешние его проявления. Содержание же права выражено именно в правовой норме, понимаемой как содержательно определенное правило поведения и соответствующих (по содержанию) субъективных права и обязанностях. А позитивное нормативное предписание, правоотношение как двухсторонняя, императивно-атрибутивная связь субъектов права и, добавлю, правосознание являются необходимыми внешними формами объективации права, ибо правовая норма всегда объективируется (находит свое внешнее выражение) в трех формах: в форме

---

[85] По мнению А.В. Полякова, «любая правовая теория… должна решать три основные проблемы: 1) проблему субъекта и его сознания, интерпретирующего "жизненный мир" как мир текстуальный (проблема того как происходит интерпретация); 2) проблему правовых текстов или источников права и правовых норм (проблема того, что интерпретируется); 3) проблему правового взаимодействия (взаимообусловленного поведения) в форме взаимосоотносимых прав и обязанностей (проблема перевода интерпретированного в социально-правовое действие)». Правовая реальность, таким образом, является трехаспектной и включает в себя ментальный (психический), текстуальный (культурологический) и деятельностный (праксиологический) планы (см.: Коммуникативная концепция права: вопросы теории. Обсуждение монографии А.В. Полякова. СПб., 2003. С. 12).

[86] *Оль П.А.* Указ. соч. С. 191.

[87] См.: Там же. С. 142, 189–207, 221–213.

правоотношения, в рамках которого реализуется соответствующее правило поведения, в форме правосознания участников данного отношения, оценивающего его как нечто «нормальное», должное быть, и в форме юридического текста, устного или письменного, фиксирующего ее содержание[88]. Причем правоотношение и правосознание являются исторически первичными формами бытия правовой нормы, ибо норма не устанавливается произвольно, а представляет собой модель, эталон, образец поведения, которому следуют участники правоотношения, потому что в их сознании такой порядок социального взаимодействия оценивается как должный, «нормальный», правильный. В дальнейшем в ходе того, что принято называть правотворчеством эти модели (образцы, эталоны) закрепляются в юридических текстах, которые в теории права именуются источниками права в формальном смысле.

В развитых правовых системах доминирует, так сказать, прогностическое установление в юридических текстах правил поведения, еще не сложившихся в реальных отношениях, исходя из представлений о должном (желаемом) их состоянии. Однако это еще не правовая норма, а просто пожелание законодателя, которое может и не воплотиться в действительность, не стать социально типичным («нормальным») сущим. «Право как объективное социальное явление не может исчерпываться нормой или правилом, все равно записанным или незаписанным. Норма как таковая, т.е. логическое содержание, или прямо выводится из существующих уже отношений, или, если она издана как государственный закон, представляет собой только симптом, по которому можно судить с некоторой долей вероятности о возникновении в ближайшем будущем соответствующих отношений, – писал Е.Б.

[88] См. подробнее: *Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 150–163. Обосновываемое автором различие форм и способов бытия правовой нормы (с. 162) не кажется убедительным. С философской точки зрения форма какого-либо явления – это и есть способ его бытия. Неслучайно и сам В.А. Четвернин отождествляет форму правовой нормы с одним из способов ее бытия – юридическим текстом, официальным или неофициальным, и определяет ее как форму или способ установления (внешнего выражения) правовой нормы (с. 158).

Пашуканис. – Но для того чтобы утверждать объективное существование права, нам недостаточно знать его нормативное содержание, но нужно знать осуществляется ли это нормативное содержание в жизни, т.е. в социальных отношениях... Если известные отношения действительно сложились, значит, создалось соответствующее право, если же был только издан закон или декрет, но соответствующее отношение на практике не возникло, значит, была попытка создать право, но эта попытка не удалась»[89].

Чтобы стать правовой нормой предписание юридического текста должно быть акцептовано (воспринято) правосознанием и воплотиться в правоотношение[90].

Как подчеркивает А.В. Поляков, «обязывающая сила права, а следовательно, и само право невозможны без признания его в качестве такового самими субъектами социальной системы»[91]. Поэтому «права и обязанности [правоотношение – Н.В.] онтологически “ближе” к феномену права, чем тексты законов или других правовых актов»[92]. И в целом «норму права не следует отождествлять с правовым текстом. Правовой текст как знаковая система дает возможность интерпретирующему этот текст субъекту понять смысл того правила, которое должно стать нормой. Правовая норма – это норма поведения, и нормой правовой коммуникации может стать только такое правило, которое реализуется в поведении субъектов как их права и обязанности… Для конституирования нормы права недостаточно лишь первичных правовых текстов, интерпретация нормы как правовой возможна лишь в результате “совмещения” первичных и вто-

[89] *Пашуканис Е.Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 79–80.

[90] «Не может быть правовой нормы, которая установлена в законе, но не объективирована в правосознании и правоотношениях» (*Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства. С. 154). «Юридическое отношение – это первичная клеточка правовой ткани, и только в ней право совершает свое реальное движение. Право как совокупность норм наряду с этим есть не более как безжизненная абстракция» (*Пашуканис Е.Б.* Указ. соч. С. 78).

[91] *Поляков А.В.* Коммуникативный подход в общей теории права. С.42.

[92] Там же. С. 44.

ричных правовых текстов, т.е тех текстов, которые создаются практикой реализации первичных правовых текстов (например, законов). Актуальная правовая норма, в отличие от нормы виртуальной (существующей лишь в тексте), представляет собой результат интерпретации нескольких правовых текстов, из которых и выводится актуальный смысл правила поведения (например, законов, судебных решений, актов реализации прав и обязанностей). В этом плане актуальная норма права и правовое отношение не могут быть в отрыве друг от друга, но текст закона может существовать вне актуальной правовой нормы»[93].

Таким образом, П.А. Оль в предложенных им определениях права, акцентирующих по его мнению, содержательные и формальные аспекты данного феномена, а на самом деле различные формы его проявления[94], осуществляет синтез легистского и социолого-позитивистского (в его монистической версии) понимания права[95], что уже давно было сделано в советской теории сторонниками так называемого широкого подхода к пониманию права[96]. Показательно, что П.А. Оль и сам отмежевывается от «архаических, зачастую антинаучных и совершенно не соответствующих реалиям современности положений естественно-правовой доктрины» с ее содержательными требованиями к праву в виде «неких субъективных “естественных и неотъемлемых прав человека и гражданина”» или «некоего светлого, доброго идеала»[97].

Вообще любая концепция права в определенном смысле интегративна. Во-первых, потому что возникла «не на пустом

---

[93] Там же. С. 45–46.

[94] «Право – это волевые общественные отношения, регулируемые посредством нормативной системы сознательного социального управления, осуществляемого институтами публичной политической власти» и право – это «нормативная система сознательного социального управления, функционирование которой обеспечивается институтами публичной политической власти» (Оль П.А. Указ. соч. С. 207).

[95] Аналогичной по сути является и концепция «реалистического позитивизма» Р.А. Ромашова (см.: *Ромашов Р.А.* Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правосознания // Правоведение. 2005. № 1. С. 4–12).

[96] См., например: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 385–396.

[97] *Оль П.А.* Указ. соч. С. 217.

месте» и аккумулирует достижения правовой мысли прошлого. А, во-вторых, потому что неизбежно оказывается не вполне последовательной, в той или иной мере противоречивой в силу несовершенства человеческой природы и деятельности. «Возникновение теорий, по-разному описывающих изучаемый объект, лишь свидетельствует об их неполноте и несовершенстве, – замечает А.В. Поляков. – Каждая новая теория пытается восполнить пробелы теории предыдущей. В этом смысле "интегральность" является имманентной целью любой теории и стремление к ней неотделимо от самой теории, как неотделимо от нее стремление к совершенству, целостности, непротиворечивости, к объяснению всех существующих фактов, релевантных искомому предмету»[98]. В таком контексте «вся история правовых и политических учений – история развития интегрального знания о праве»[99]. При этом приверженцам любой концепции права все иные теории видятся как неинтегральные, обладающие «отчетливо выраженным качеством неполноты, нецелостности, неполноценности»[100]. В результате, как убедительно показал И.Ю. Козлихин[101], под вывеской интегративных позиционируются самые разные представления о праве, и эклектичные, и вполне определенные, в конечном счете, тяготеющие к одному из двух базовых типов правопонимания.

Различие между позитивистским и непозитивистским типами правопонимания существенно и непреодолимо, «этот вывод подтверждается тем фактом, что и юснатурализм, и юспозитивизм "умирали" и успешно "возрождались" по нескольку раз за время своего исторического существования»[102].

---

[98] *Поляков А.В.* Интегральная теория: миф или реальность? // Философия права в России: История и современность. С. 236.

[99] *Козлихин И.Ю.* Интегральная юриспруденция: дискуссионные вопросы // Философия права в России: История и современность. С. 243.

[100] *Поляков А.В.* Интегральная теория: миф или реальность? С. 235.

[101] *Козлихин И.Ю.* Интегральная юриспруденция: дискуссионные вопросы. С. 242–253.

[102] *Поляков А.В.* Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания. С. 10 (сноска 5). Т. Кун подчеркивал, что в естественных науках умножение конкурирующих теорий в период кризиса длится не более чем десяток или два десятка лет и завершается становле-

А.В. Поляков полагает, что проблему их противостояния «можно разрешить или обосновав невозможность существования теории, снимающей противоречия дихотомической конструкции “позитивизм – юснатурализм”, или, наоборот, обосновав возможность существования такой синтетической теории в рамках новой гносеологии и онтологии»[103]. По его мнению, «с позиций постклассической науки»[104] последний вариант решения проблемы возможен, мне же представляется, что его нельзя признать состоявшимся, ибо все неклассические интегральные теории, как было показано, остаются позитивистскими. «В первом случае, – продолжает А.В. Поляков, – теория, объясняющая в рамках классической научной парадигмы гносеологическую невозможность мыслить право как явление “по ту сторону” как юснатурализма, так и юспозитивизма, должна объяснить, какая их этих конструкций является “истинной” теорией, а какая – “ложной”. До сих пор этого не сделано и, судя по всему, сделано быть не может»[105]. На мой взгляд, речь идет не об обосновании «истинности» или «ложности» позитивистской или непозитивистской интерпретации права, а о наличии и даже действительно противостоянии двух принципиально разных представлений о надлежащем характере системы общеобязательной социальной регуляции, которые имеют в своей основе (а отчасти и своим следствием) соответствующие исторически сложившиеся системы социальной организации[106].

нием новой парадигмы (См.: *Кун Т.* Структура научных революций. М., 2001. С. 109).

[103] *Поляков А.В.* Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания. С. 10.

[104] Там же.

[105] Там же.

[106] Неслучайно, Т. Кун подчеркивал, что научные школы или парадигмы различаются «не отдельными частными недостатками используемых методов (все они были вполне “научными”), а тем, что мы будем называть *несоизмеримостью способов ви́дения мира* [выделено мною – Н.В.] и практики научного исследования в этом мире» (*Кун Т.* Указ. соч. С. 27). По мнению Т. Куна, «выбор между конкурирующими парадигмами оказывается выбором между несовместимыми моделями жизни сообщества» и вопрос о значении парадигм «по необходимости попадает в замкнутый круг: каждая группа использует свою собственную парадигму

Несостоятельны попытки объяснить причины многообразия теорий права «современным недостаточно высоким уровнем научного познания права, неспособностью современных исследователей осуществить подлинно научный анализ предмета общей теории права и потому вынужденных рассматривать одни и те же закономерности в разных "теоретических" очках»[107].

Интересно, что «сравнительно невысокий уровень теоретических представлений о праве» приписывается российским правоведам, якобы еще неспособным отличить «плодоносную теорию права от пустоцветов» и вынужденным «в поисках истины о праве впустую перерабатывать "тысячи тонн словесной руды"»[108]. Между тем плюрализм правопонимания, утверждающейся в отечественной науке, лишь свидетельствует о ее возвращении (после 70 лет теоретического монизма, базирующегося на марксистско-ленинской идеологии в качестве единственно возможной (допускаемой) парадигмы философского осмысления права) в лоно западной правовой традиции, для которой он характере на протяжении веков. Для большинства современных отечественных исследователей в силу их марксистко-ленинского научного прошлого такое состояние теоретического знания о праве непривычно и неудобно, поэтому они и характеризуют его как временное и нежелательное явление. Однако истории правовой мысли известен лишь один пример достижения «доктринального консенсуса»[109] относительно по-

---

для аргументации в защиту этой же парадигмы» (Там же. С. 131). Вот почему «конкуренция между парадигмами не является видом борьбы, которая может быть разрешена с помощью доводов» (Там же. С. 193). По Т. Куну (хотя прямые аналогии с типом правопонимания тут вряд ли возможны) в основе принятия новой парадигмы наряду с различными рациональными доводами в значительной мере лежит вера в то, что она «достигнет успеха в решении большого круга проблем, с которыми она встретится», и ее эстетическая привлекательность (Там же. С. 204–205).

[107] *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. М., 2004. С. 147.

[108] Там же. С. 139.

[109] Термин В.В. Лапаевой (см.: *Лапаева В.В.* Российская теория права на пути к интегральной юриспруденции // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. С. 26).

нимания права. Речь идет о печально известном I Совещании по вопросам науки Советского государства и права, состоявшемся 16 – 19 июля 1938 г. в Институте права АН СССР[110]. Повторения этого опыта хотелось бы избежать, а в условиях свободного развития науки плюрализм правопонимания «является неустранимым и естественным»[111]. «Плюрализм различных направлений, школ, идей в правоведении, споры и соревнование между ними» обеспечивают «постоянное обновление, упорядочение и совершенствование науки о праве»[112].

Сегодня признание существующего плюрализма в правопонимании не имеющим ни научного, ни практического значения, а порождающим в основном негативные последствия[113] на деле означает апологетику одного из типов правопонимания, как правило, позитивизма легистского толка.

Весьма показательна в этом отношении позиция В.А. Толстика. Своим утверждением, что «допуская плюрализм в правопонимании, мы не имеем ни правопорядка, основанного на законе (по версии государства), ни правопорядка, основанного на так называемом “правовом” законе»[114], он отстаивает сугубо этатистское и силовое понимание права. Право, по его мнению, – «это эксклюзивный инструмент

---

[110] См. подробнее: *Мамут Л.С.* I Совещание по вопросам науки Советского государства и права и его оценки // Из истории Советского государства и права. М., 1989. С. 111–127; *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 353–385.

[111] *Ветютнев Ю.Ю.* Выбор правопонимания: значение и критерии // Проблемы понимания права. С. 147.

[112] *Мамут Л.С.* Правовые идеи классического либерализма в контексте современной юриспруденции // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. С. 169.

[113] См., например: *Толстик В.А.* От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Государство и право. 2004. № 9. С. 14; *Он же.* Закономерности правопонимания и проблема обеспечения содержания права доминирующим в обществе ценностям // Проблемы понимания права. С. 73; *Сырых В.М.* Указ. соч. С. 139.

[114] *Толстик В.А.* От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права. С. 15; *Он же.* Закономерности правопонимания и проблема обеспечения содержания права доминирующим в обществе ценностям. С. 73.

государства и им должна признаваться любая норма, установленная государством, независимо от того, соответствует она или не соответствует чьим-либо представлениям о том, каким должно быть право». Право – это «не высшая ценность, а результат борьбы»[115]. «Государство, будучи организацией, существующей внутри общества и по общему правилу призванной выражать и обеспечивать его интересы, производит отбор идей и фактических отношений, облекая их в правовую форму, т.е. создает право»[116]. При этом «отбор идей и их закрепление в праве можно представить как перетягивание каната. “Фактом истории” будет являться, что получится в итоге этой борьбы. Иначе говоря, фактическое содержание права будет правом победителя»[117].

Не снимает проблемы плюрализма правопонимания и отказ от претензий на решение вопроса о том, что есть право, в пользу утверждения сугубо практического так называемого конституционного правопонимания[118], которое, будучи, по сути, контрпозитивистским, «противостоит и любым, даже наиболее продвинутым версиям правового идеализма (новейшей метафизике права), включая абсолютизацию принципа формального равенства»[119].

«Конституционное правопонимание, – полагает В.И. Крусс, – вырабатывает обоснование того, *каким* – во всякой актуально значимой и онтологически (имманентно) юридизируемой ситуации – *может быть право* как универсально конституированное и перспективно конституируемое должное»[120]. Данное весьма пространное и неопределенное

---

[115] *Толстик В.А.* От плюрализма правопонимания … С. 15–16; *Он же.* Закономерности правопонимания … С. 76.

[116] *Толстик В.А.* От плюрализма правопонимания … С. 16; *Он же.* Закономерности правопонимания … С. 77.

[117] *Толстик В.А.* От плюрализма правопонимания … С. 16; *Он же.* Закономерности правопонимания … С. 78.

[118] *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание // Проблемы понимания права. С. 318.

[119] *Крусс В.И.* Теория конституционного правопользования. М., 2007. С. 22.

[120] *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание. С. 319.

заявление указывает на то, что конституционное правопонимание все же пытается ответить на вопрос, что есть право. Исходя из того, что «такое правопонимание предполагает приоритетное позиционирование Конституции, а не права»[121] (чем, собственно, и «принципиально отличается от всех доктринально оформленных решений вопроса о природе права и его познаваемости»[122]), можно предположить, что речь идет о банальном классическом легизме: право – это то, что установлено Конституцией. Однако Конституция по В.И. Круссу не сводится к тексту конституционного акта: «*конституционный текст* может трактоваться и как вербальный текст Конституции РФ, и как всеобщая система конституционных связей и отношений». Поэтому можно говорить «о смысловой “беспробельности” текста Конституции РФ, она может быть определена как сумма (система) технологий последовательного осмысления конституционных идеалов и явлений, включая права и свободы человека и *принципов* опосредования пользования ими. В России официальная интерпретация таких принципов отнесена к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ. Из этого следует, что конституционное правопонимание – это то, что лежит в основе правовых позиций Конституционного Суда РФ, его “правокорректирующей функции”, техники конституционной интерпретации права и позволяет поэтому перейти к практике конституционного правопользования (реального конституционализма)»[123]. Причем «конституционному тексту, как, впрочем, и всякому иному, присуща множественность смыслов. Поэтому – применительно к общеправовой идее нормативной определенности объективно выраженного – особое значение приобретает фигура интерпретатора конституционного текста. Им должен быть один субъект (хотя бы и коллективный). Этим субъектом являет-

[121] *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание. С. 318; *Он же.* Теория конституционного правопользования. С. 23.

[122] *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание. С. 318.

[123] Там же. С. 332–333.

ся орган конституционной юстиции, наделенный высшими (окончательными) смыслообразующими и смыслоутверждающими полномочиями. В России это Конституционный Суд»[124]. Здесь уже четко просматривается социологический позитивизм в его англосаксонской версии: право – это то, что сказал судья (решил Конституционный Суд).

Не чуждо конституционное правопонимание и ценностной составляющей (вопреки заявленной неметафизичности). С одной стороны, в его основе лежат «*общепризнанные* (в глобальном цивилизованном формате) права и свободы человека»[125], с другой – «конституционное правопонимание не может быть связано каким-либо одним принципом, одной генерирующей идеей»[126], хотя в тексте Конституции РФ высшая ценность прав человека как раз и обозначена в виде такой «генерирующей идеи», что признает и сам В.И. Крусс[127]. Вместе с тем, по его мнению, «нельзя допускать отрицания или “снисходительного умаления” правового значения любых конституционных ценностей, включая традиционные идеалы добра и справедливости. Для эффективного обеспечения данных идеалов и соответственно противодействия выраженным тенденциям политического отчуждения и социальной разобщенности русское слово “право” может и должно быть осмыслено в контексте российской культурной традиции. Нужно осознать подлинную роль права Запада в современной России и оценить последствия дальнейшего некритического восприятия западных правовых идеалов, а это невозможно, пока в своем познании права мы будем всецело полагаться на методологию, неотрывную от рационально-критической парадигмы. Основание отечественного правосознания составляют духовно-культурный традиционализм и православие»[128]. А как же тогда быть с «*общепризнанными* (в глобальном цивилизованном форма-

[124] *Крусс В.И.* Теория конституционного правопользования. С. 39.
[125] *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание. С. 314.
[126] Там же. С. 327.
[127] См., например: Там же. С. 315.
[128] Там же. С. 325–326.

те) правами и свободами человека»? Ведь правопонимание Европейского Суда по правам человека В.И. Крусс признает «весьма опасным» «для цели сохранения национальной идентичности»[129].

Конституционное правопонимание, по мнению В.И. Крусса, призвано быть «выражением отечественной (национальной) политико-правовой традиции, историческим моментом ее имманентного развития, современного оформления сохраненной и "восстановленной" существенности». Оно вполне соотносится и с «актуальными представлениями о необходимости "суверенной конституционной идеологии"»[130], в основе которой лежат «конституционно объективированные» принципы «солидарности, справедливости, нравственности, добросовестности, социальной ответственности, достоинства, честности»[131]. Заметим, что далеко не все эти неопределенные и противоречивые принципы объективированы в тексте Конституции РФ и конкретизированы в решениях Конституционного Суда. Таким образом, за конституционное правопонимание В.И. Крусс выдает свои личные, причем противоречивые и до конца не оформленные представления о том, что есть право.

Неслучайно, к «протоконституционным» («имманентно тяготеющим» к его «конституционному правопониманию») В.И. Крусс относит весьма разные, в том числе диаметрально противоположные концепции права: естественно-правовые воззрения, историческую школу права, юриспруденцию интересов, нормативистскую теорию Кельзена, солидаризм, разнообразные варианты интегрального правопонимания и рационально-этические теории[132]. При этом «все они в ситуации перехода к реальному конституционализму теряют *самостоятельное* практическое значение, но одновременно приобретают искомую актуальность действенных

---

[129] Там же. С. 339.

[130] Там же. С. 337.

[131] *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание С. 339; *Он же.* Теория конституционного правопользования. С. 45.

[132] См.: *Крусс В.И.* Конституционное правопользование и конституционное правопонимание. С. 319–320.

доктринальных средств в той мере, в какой могут быть аутентично интегрированы (имплементированы) в пространство конституционного правопонимания»[133]. Однако, на мой взгляд, «самостоятельного значения» не имеет как раз такое «конституционное правопонимание», будучи эклектичным набором противоречивых постулатов.

В общем, любые попытки преодолеть позитивистскую или непозитивистскую парадигмы интерпретации права либо через соединение отдельных их элементов, либо посредством конструирования «принципиально новой» концепции права неизбежно оборачиваются возвращением (порой неосознаваемым) в лоно одного из этих базовых типов правопонимания. Увы, обычно позитивизма.

[133] Там же. С. 320.

6. ОТ ФИЛОСОФИИ ПРАВА К ЮРИДИЧЕСКОЙ ДОГМАТИКЕ

Различия между двумя типами правопонимания проявляются и в их, если можно так выразиться, специализации в рамках юридической науки. На протяжении всей ее многовековой истории представители естественно-правовой школы занимались вопросами философии права, а позитивисты – его догмой.

Впрочем, справедливости ради, надо отметить, что позитивизм (по крайней мере, в его легистском варианте) представляет собой достаточно целостное и непротиворечивое учение о праве, в рамках которого, однако, философия права, по сути, сводится к отрицанию ее необходимости и возможности. Основное внимание легисты уделяют юридико-логической трактовке позитивного права, процессов его установления и действия и достигли в этом значительных успехов. Большинство же теоретиков, придерживающихся естественно-правовых воззрений, интуитивно чувствуя невозможность создания последовательной и завершенной естественно-правовой теории[1], предпочитали просто «остановиться» на философском уровне и не обращаться к «прикладной» юриспруденции. Юридическая догматика всегда оставалась уделом позитивистов, как правило, легистского

[1] Вспомним, что еще Г. Кельзен наглядно продемонстрировал, как любая рациональная естественно-правовая концепция, будучи доведенной до логического конца (до уровня юридической догматики), оказывается позитивистской (см.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 90–99; Вып. 2. М., 1988. С. 166–209).

толка[2]. Те немногие сторонники юснатурализма, которые спускались с заоблачных философских высот к конкретным проблемам правового регулирования, неизбежно скатывались к позитивизму.

В постсоветский период попытка выстроить целостную естественно-правовую теорию была предпринята Р.З. Лившицем[3], который рассматривал право как нормативно закрепленную справедливость, заключающуюся в реализации общественного компромисса[4]. Его интерпретация права – одна из разновидностей этического правопонимания, отождествляющего право с моралью, обеспеченной государственным принуждением[5]: «Справедливость шире права. Специфика права как социального явления заключается в том, что оно призвано внести порядок в общественные отношения и закрепить этот порядок. Иными словами, в нормативности, обязательности правовых положений, в возможности их принудительного проведения в жизнь. Те справедливые идеи, которые обрели нормативное закрепление в законе и были проведены в жизнь, стали правом. Те, которые не обрели, остались за пределами права. Право есть нормативно закрепленная и реализованная справедливость»[6].

---

[2] Социолого-позитивистская юридическая догматика разработана А.В. Поляковым. В его фундаментальном труде «Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода» (СПб., 2004) представлена трактовка практически всех юридико-догматических категорий и конструкций, во многом отличная от традиционной легистской и соответствующая его воззрениям на природу права. Рассматривая конкретные юридические понятия, А.В. Поляков акцентирует внимание на социальном функционировании отражаемых ими явлений (что упускают из виду легисты), но не на их содержании. Ранее Л.И. Петражицким была предложена юридико-догматическая интерпретация права в целом адекватная его психологической теории права, также носящей социолого-позитивистский (антропологический) характер (*Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000).

[3] См.: *Лившиц Р.З.* Теория права. М., 2001.

[4] Там же. С. 68.

[5] Там же. С. 86–90.

[6] Там же. С. 67–68.

Совершенно верно отмечая, что в рамках таких теоретических представлений «общего и однозначного критерия отличия правового закона от неправового не существует»[7] и предлагая довольно эклектичный их набор, фактически сводимый к соответствию закона интересам большинства[8], Р.З. Лившиц возвращается к классическому легизму: «Каким бы ни был подход к праву, нужно признать, что любой закон, любой надлежащим образом принятый нормативный акт, независимо от его содержания, подлежит исполнению»[9].

Поэтому не удивительно, что, переходя от философии права к его догме, Р.З. Лившиц либо воспроизводит традиционные позитивистские конструкции, либо предлагает довольно расплывчатые построения, которые не могут претендовать на категориальный статус. Так, критикуя нормативистское (позитивистское) различение отрасли права и отрасли законодательства, он приходит к отождествлению отрасли права с отраслью законодательства, нормы права с нормой закона. И, в конце концов, система права и норма права у него просто «исчезают», уступая место системе законодательства и норме закона[10].

Интересно, что многие ученые, осознающие проблему несовместимости непозитивистской философии права и

---

[7] Там же. С. 70.

[8] «Критериев правового или неправового характера закона много: учет в нем интересов людей; применимость, реализуемость закона; отношение к нему общественного мнения; уровень общей и правовой культуры общества; научная оценка закона и др. В обществе с разноречивыми интересами однозначная оценка закона как правового или неправового невозможна (например, наши законы о приватизации, о налогах, о земле, идея гуманизации уголовного законодательства и др.)… Если право – средство общественного компромисса, то все встает на место: чем больше людей удовлетворено содержанием закона (компромисс), тем больше оснований считать такой закон правовым. Оценка закона как правового и отношение к нему в значительной степени зависят от общей и правовой культуры общества. Каково само общество, таковы и его представления о праве и справедливости» (Там же. С. 71).

[9] Там же. С. 70.

[10] Там же. С. 113–124.

юридической догматики, выбирают наиболее простой способ ее решения, заключающийся в формальном «разводе» составных частей теоретического знания о праве.

И.Ю. Козлихину, например, «выход из тупика» видится в признании того «очевидного факта», что «общая теория права и государства себя изжила. Необходимо развивать самостоятельные юридические науки, имеющие свой предмет и свои методы исследования. Это философия права, социология права и догма права. На этом пути, а не на пути "придумывания" новых общих теорий нас ждет успех»[11].

В.Н. Жуков полагает, что «философия в своем основном значении – это, конечно, не наука, а система мировоззренческих взглядов. Суть философии состоит в том, чтобы постичь предельные основания вещей на основе определенных мировоззренческих ценностей»[12]. Предмет философии права – это «государство и право, но не только на эмпирическом уровне (как в теории права), а прежде всего – ценностном, сущностном. Специфической особенностью философии права является ее методологический плюрализм. Это означает, что курсы по философии права могут быть самыми разнообразными, построенными на гегельянской, кантианской, религиозной, экзистенциалистской, фрейдистской и любой другой методологии. В таком контексте философия права есть часть философии (как философия природы, философия культуры и т.д.), философско-правовой срез какого-либо философского направления»[13]. Теория же права (в специальном значении этого слова, как поясняет автор, очевидно, юридико-догматическом) в отличие от его философии «как раз и является высшей формой научного знания, системой научных взглядов». При этом «методологическая база теории монистична: это – позитивизм»[14].

---

[11] *Козлихин И.Ю.* О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1. С. 40.

[12] *Жуков В.Н.* Философия права в научной и учебной литературе // Труды Московской государственной юридической академии. Сборник статей. № 7. М., 2001. С. 110.

[13] Там же. С. 111.

[14] Там же. С. 110.

Е.Л. Поцелуев, утверждает, что теория государства и права должна быть эмпирико-аналитической наукой сугубо прикладного характера[15].

Наметившаяся тенденция к отказу от предметно-методологического единства теории права и обособлению отдельных юридико-теоретических дисциплин лишь подтверждает неспособность современной правовой мысли к законченным и непротиворечивым построениям, способным функционировать на разных уровнях абстракции. Представляется, что самостоятельное развитие философии права, социологии права и догмы права, имеющих «свой предмет и свои методы исследования», приведет к тому, что под правом каждая из этих наук будет понимать что-то свое особенное, не заботясь о том (в зависимости от избранного предмета и метода), может ли это их «право» быть определено содержательно и отличимо от иных социальных явлений, воплотиться в согласованную систему взаимосвязанных правил поведения, соотнесено с социальной реальностью.

Раскрытие содержания любого понятия может быть полным, только если его интерпретация осуществлена в двух направлениях: теоретическом и эмпирическом. Простейший способ выявления теоретического содержания понятия – сопоставление его с другими. В нашем случае – это сравнение различных понятий права (разных типов правопонимания), выявление соотношения права с государством, обществом, иными системами социальной регуляции, т.е. традиционные проблемы философии права.

Эмпирическая интерпретация понятия предполагает его операционализацию, т.е. раскрытие его значения через указание определенной экспериментальной процедуры, результат которой, доступный эмпирическому наблюдению или измерению, свидетельствует о наличии или отсутствии явления, выраженного в понятии. По меньшей мере, операционализация – поиск эмпирических индикаторов явления,

---

[15] *Поцелуев Е.Л.* Современное состояние теории государства и права: кризис или поиск собственной идентичности? // Правоведение. 2004. № 2. С. 157.

отраженного в понятии, что, в свою очередь, предполагает декомпозицию понятия, разложение его на составляющие, которые могут быть соотнесены с эмпирически данными объектами[16]. Применительно к праву – это проблематика юридической догмы.

Как уже справедливо подчеркивалось в литературе, любое философствование в области права «должно иметь исключительно *прикладной характер*». Это не нужно понимать буквально «как требование непременной утилитарной пользы; прикладной характер философских размышлений юриста заключается в том, что результат этих размышлений всегда ориентирован если не на конкретную область (отрасль) права, то в любом случае на право»[17]. Только «развернутая» до уровня догматики философия права приобретает качество законченной теории.

Пока какая-либо непозитивистская философия права не выработает свою догматику, принципиально (содержательно) отличную от ныне господствующей легистской, ее претензии на адекватность социальной и правовой реальности будут неосновательны. Сегодня же непозитивистские теории права предлагают лишь то или иное (обычно религиозно-этическое) оправдание государственно- или социально-властного произвола (в нейтральном значении данного термина), формализованного легистской догматикой. Их наработки в лучшем случае представляют собой набор благих пожеланий, адресованных законодателю и не имеющих никакого собственно юридического значения. Порой философы права вообще считают себя свободными от решения каких-либо прикладных задач, например, связанных с выработкой общих понятий, ибо «социальная жизнь и правовое мышление в своих основах иррациональны»[18].

---

[16] Подробнее см., например: Рабочая книга социолога. М., 1983. С. 118–122.

[17] *Хохлов Е.Б.* Юридические химеры как проблема современной российской правовой науки // Правоведение. 2004. № 1. С. 6.

[18] *Овчинников А.И.* Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. 2004. № 4. С. 167.

Одновременно правовая доктрина (учение о позитивном праве) всех стран Запада выдвигает определенные (и, что интересно, весьма схожие) содержательные требования к позитивному праву, раскрывающие смысл и назначение того или иного правового (государственно-правового) института. Однако все эти содержательные моменты юридической догматики, как правило, не получают должного обобщения и философского осмысления, не рассматриваются как последовательное раскрытие единой сущности права. Представляется, что задача сопряжения непозитивистской философии права и юридической догматики должна решаться двояким образом: с одной стороны, – поиск общего философского обоснования всех этих содержательных юридико-догматических требований, а с другой – юридико-догматическая конкретизация философской непозитивистской концепции права. Когда эти два направления научных изысканий сойдутся, можно будет говорить о формировании целостной непозитивистской теории права.

Такой точкой пресечения на пути от особенного к всеобщему и от всеобщего к особенному видится либертарная концепция права.

Либертарная философия права не может «просто» заимствовать позитивистскую догматику. Утверждение С.С. Алексеева, что догма права «сама по себе является идеологически нейтральной», «допускает различные идеологические интерпретации и может включаться в правовую идеологию самой различной направленности»[19], представляется глубоко ошибочным. Ведь юридическая догматика всегда есть эмпирическая интерпретация определенного понимания права. Даже в тех случаях, когда догматика является результатом обобщения позитивного правового регулирования, это понимание права имплицитно выражено, точнее заключено, в том типе правовой (социальной) культуры, в рамках которой установлено и действует данное позитивное регулирование.

---

[19] *Алексеев С.С.* Философия права. М., 1999. С. 52.

Сказанное, однако, не означает пренебрежения несомненными достижениями позитивизма в области догматики. Надо только помнить, что это догма «просто нормы», любого принудительного нормативного порядка, игнорирующая его содержательную сторону (специфическое правовое качество).

Формирование юридической догматики, адекватной либертарному правопониманию, уже началось[20], но в целом уровень ее разработанности заметно уступает философской части учения. Ведь «свобода, при всей кажущейся ее простоте, – предмет сложный и для понимания, и тем более для практического воплощения в формах, нормах, институтах, процедурах и отношениях общественной жизни»[21].

В наиболее полном, комплексном виде либертарная теория права представлена в учебнике В.С. Нерсесянца «Общая теория права и государства» (М., 1999), где при «изложении проблем доктрины и догмы позитивного права предполагается правовой смысл, правовой характер закона (позитивного права в целом, включая все его системно-структурные элементы и т.д.), всех способов, форм, процедур и приемов его установления, изменения, действия, толкования и применения»[22].

Но правовое качество закона (позитивного права) – это не сущее, а должное. Причем должно, к которому как некоему идеалу необходимо постоянно стремиться, но которое, тем не менее, никогда окончательно не воплотится в сущее, хотя бы в силу несовершенства человеческой природы и деятельности, продуктом коей и является позитивное право. В противном случае теряет смысл сама идея различения права и закона, лежащая в основе либертарного правопонимания. Поэтому выведение неправовых законов (позитивного пра-

---

[20] См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 1999; *Четвернин В.А.* Лекции по теории права. Вып. 1. М., 2000; *Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства: Учебное пособие. М., 2003.

[21] *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 60.

[22] Там же. С. 387.

ва) из сферы внимания юридической науки (в духе кельзеновского «чистого учения о праве»), чревато ее отрывом от реальности. Тогда право в его либертарном понимании не обретет действенность, что, согласно все тому же Г. Кельзену, является условием его действительности[23].

Чтобы этого не произошло, либертарная юридическая догматика в отличие от позитивистской должна быть не дескриптивной, а прескриптивной. Необходим переход от обобщения и систематизации нормативного материала, эмпирически данного в позитивном праве, к формулированию требований, обеспечивающих его правовой характер. Традиционные юридические категории, хорошо разработанные позитивизмом, должны получить содержательное истолкование, быть представлены как декомпозиция либертарного понятия права.

А для этого нужна юридическая теория среднего уровня, своего рода «промежуточное звено», «мостик» между философией права и его догмой, позволяющая адекватно «перевести» общее требование свободы и формального равенства участников социального общения в конкретные правила их взаимодействия. В непозитивистских концепциях права на это давно обращали внимание. Так, по мнению И. Канта, «чистое учение о праве и статутарное учение о праве отличаются друг от друга как рациональное от эмпирического. Но, поскольку последнее без первого представляет собой лишь механическую работу и имеет дело с чисто субъективным (идущим от произвола высшей власти) правом, а не с собственно объективным (происходящим из законов разума) правом, то – в качестве перехода от чистого учения о праве к статутарному учению о праве – между этими двумя

[23] «Правовая норма считается объективно действительной лишь в том случае, если поведение, которое она регулирует, хотя бы в некоторой степени фактически соответствует ей. Норма, которая никем и никогда не применяется и не соблюдается, т.е., как принято говорить, не действенна ни в какой, даже в самой малой степени, не считается действительной правовой нормой. Некий минимум так называемой действенности есть условие ее действительности» (Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 21).

учениями вообще необходима еще особая часть учения о праве для состыковки обоих учений и опосредования их связи»[24]. По И. Канту такая особая часть учения о праве «как переход от рационального к эмпирическому» необходима для «инструктирования будущего законодателя», с тем чтобы обеспечить разумность и правовой характер статутарного (позитивного) права и постоянное его совершенствование[25].

В дальнейшем эту идею подхватили и развивали многие теоретики права (Г. Кельзен, Г.Ф. Шершеневич, Л.И. Петражицкий), обосновывавшие с разных позиций необходимость политики права (правовой политики, юридической политики) как самостоятельной части теории права или даже отдельной юридической дисциплины. Но, в конечном счете, утвердилось сугубо легистское (этатистское) понимание правовой политики, которая сводится к определению государственных задач в сфере правового (законодательного) регулирования и наиболее эффективных подходов к их решению юридическими (законодательными) средствами[26].

В контексте либертарной концепции права юридическая политика приобретает совершенно иное содержание. Оно заключается в формулировании непреложных правовых императивов (требований и ограничений), которым должно следовать государство при реализации своих задач и функций[27]. Юридическая политика – это правовое ограничение государственной политики. Правовые императивы, адресуемые государству, могут быть представлены в виде принци-

---

[24] *Kant I.* Rechtslehre. Berlin, 1988. S. 419 (цит. по: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 119–120).

[25] Ibid. S. 419–420.

[26] См. подробнее: *Муромцев Г.И.* Правовая политика: специфика понятия и ее преломление в постсоветской России // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. М., 2006. С. 7–68.

[27] В.С. Нерсесянц подчеркивает, что правовая политика заключается в признании, осуществлении и развитии начал и требований господства права в общественной и государственной жизни (см.: *Нерсесянц В.С.* Правовая политика Российской Федерации: основные направления и задачи // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. С. 71).

пов права, которые должны определять содержание позитивного права и практики его реализации. При этом речь идет не о традиционно приводимом в литературе под названием принципов права наборе благих пожеланий типа гуманизм, демократизм, справедливость, юридическое равенство, законность, единство прав и обязанностей, разделение властей, федерализм, политический, экономический и идеологический плюрализм, гласность, ответственность за виновные деяния, сочетание убеждения и принуждения и т.п.[28] Большинство данных идеологем объективно обладают небольшим регулятивным потенциалом и выступают как преимущественно этические установки[29].

В либертарной концепции права его принципы производны от общего принципа правовой регуляции – формального равенства и являются его конкретизацией на различных уровнях абстракции и применительно к разным социальным отношениям. Таким образом, либертарная система принципов права иерархиезирована и аксиоматична. В ее основе лежит принцип верховенства права, предполагающий правовой характер официально-властной регуляции, обеспечиваемый верховенством и непосредственным действием прав и свобод человека. К числу принципов более низкого уровня (ограниченной сферы действия), выводимых из принципа верховенства права и формального равенства, в частности относятся:

---

[28] См., например: Общая теория государства и права. В 3-х т. Т. 2. М., 2002. С. 83–86; Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М., 2002. С. 231–234; *Черданцев А.Ф.* Теория государства и права. М., 2003. С. 169–170; *Вопленко Н.Н.* Сущность, принципы и функции права. Волгоград, 1998. С. 35–44; *Байтин М.И.* О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 4–12; *Ведяхин В.М., Ведяхина К.В.* Понятие и классификация принципов права // Право и политика. 2002. № 4. С. 19–28.

[29] Попытки обоснования собственно правовых принципов и их верховенства в правовом регулировании весьма редки (см., например: *Гаджиев Г.А.* Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2002; *Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства. С. 164–182).

принципы, определяющие положение человека в государстве и обществе (принцип «все, что не запрещено, разрешено» применительно к частным лицам и принцип «все, что не разрешено, запрещено» применительно к лицам, наделенным публично-властными полномочиями; принцип гуманизма, понимаемый как запрет бесчеловечного и унижающего достоинства обращения и наказания; принцип уважения собственности; принцип свободы договора в сфере частного права; презумпция добросовестности участников гражданского оборота и налогоплательщиков; презумпция невиновности в уголовном процессе и при привлечении к административной ответственности; принцип равноправия (недискриминации); принцип соразмерности (пропорциональности), понимаемый как эквивалентность социального обмена (субъективному праву всегда соответствует юридическая обязанность, всякое правонарушение предполагает юридическую ответственность, соразмерность ограничения прав и свобод преследуемой правомерной цели и соразмерность правонарушения и наказания, недопустимость повторного наказания за одно и то же правонарушение);

принципы надлежащей правовой процедуры (никто не может быть лишен жизни, свободы или имущества иначе как по решению суда; никто не может быть судьей в своем деле; состязательность процесса и равноправие сторон);

принципы институциональной организации публичной политической власти (демократия как формально равный доступ к участию во власти и разделение властей как модификация принципа состязательности при осуществлении публично-властных полномочий);

принцип правовой определенности, предполагающий стабильность правоотношений, правового положения и приобретенных прав (нет преступления и нет наказания, не предусмотренного законом; закон обратной силы не имеет; неопубликованные законы не применяются; незнание закона не освобождает от ответственности; последующее отменяет предыдущее; договоры должны соблюдаться; презумпция виновности надлежащего ответчика в гражданском процессе; презумпция конституционности закона, законности подзаконного акта и правомерности судебного решения;

уважение окончательного судебного решения (*res judicata*); уважение законных ожиданий).

Именно эти принципы должны предопределять содержание позитивного права, в том числе и непосредственно действовать вопреки предписаниям неправового закона[30]. Именно эти принципы должны лежать в основе либертарного истолкования традиционных юридико-догматических категорий и конструкций.

Принцип верховенства прав и свобод человека обусловливает возможность квалифицировать в качестве противоправного лишь поведение, нарушающее права и свободы других лиц, и защищающего их публичного порядка, что связывает законодателя при установлении наказуемости деяний. Принцип соразмерности определяет допустимость тех или иных ограничений прав и свобод, а также тех или иных мер наказания в их соотношении с правонарушениями.

---

[30] Данные принципы признаются во всех странах, принадлежащих к западной правовой культуре, в частности, Европейский Суд по правам человека придает им непосредственно регулятивное значение и требует неукоснительного соответствия им внутреннего права и практики государств – членов Совета Европы (см., например: *Варламова Н.В.* Верховенство права – базовый принцип европейской системы защиты прав человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 3 (40). С. 151–178; *Она же.* Принцип правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 4 (41). С. 94–110; *Она же.* Практика Европейского Суда по правам человека как выражение современных теоретических представлений о праве // Возможности адаптации зарубежного опыта. Саратов, 2005. С. 13–35; *Она же.* Принцип недискриминации в практике Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие. 2006. № 3. С. 77–90; *Она же.* Принцип *res judicata* в практике Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации // Современный конституционализм. 2007. № 1. С. 52–63; № 2. С. 2–14; *Она же*. Принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* в интерпретации Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. № 6. С. 17–30; *Она же.* Принцип правовой определенности и требования к позитивному праву (по материалам практики Европейского Суда по правам человека) // Российский ежегодник сравнительного права. № 1. 2007. СПб., 2008. С. 46–86; *Заковряшина Е.* Принцип недискриминации в праве Совета Европы // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 2 (39). С. 113–134).

Принципы надлежащей правой процедуры выступают критерием правомерности любых процессуальных действий и регламентирующих их законов.

Совместимость в рамках либертарной теории философского и юридико-догматического истолкования права предполагает, что она преодолевает дуализм естественного и позитивного права: право не мыслимо вне позитивного права в виде неких фактически не реализуемых идей или трансцендентальных сущностей, но вместе с тем отнюдь не любой закон и принудительный порядок воплощают в себе право[31]. Либертарно-правовая интерпретация источников права призвана объяснить, почему право объективируется именно в таких формах. При этом каждая из них – обычай, доктрина, прецедент, нормативный акт и нормативный договор – представляет собой единство процесса и результата позитивации права, осуществляемого определенными субъектами в рамках надлежащих правоустановительных процедур, в которых в определенных модификациях реализуется принцип формального равенства, что обеспечивает гарантии позитивации собственно права, а не произвола правоустановителя[32].

Необходимость и роль собственно юридической догматики, представляющей собой не просто обобщение эмпирических знаний о позитивном праве и государстве, а учение о том, какими они должны быть, особенно велика в условиях в целом свойственной России романо-германской правовой традиции, где в системе источников права доминируют доктрина и нормативный акт, являющийся наименее удачной (в смысле процессуальных гарантий от властного произвола) формой позитивации права[33].

---

[31] См. подробнее: *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2006. С. 60–62.

[32] О требованиях, вытекающих из принципа формального равенства в отношении правотворческой деятельности см. подробнее: *Варламова Н.В.* Правотворчество как процесс позитивации права: содержание, формы, процедуры // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. С. 368–412.

[33] См.: *Леони Б.* Свобода и закон. М., 2008.

Вообще требования к содержанию и процедурам установления позитивного права во многом складываются спонтанно в ходе взаимодействия членов гражданского общества (свободных собственников) между собой и с государством и лишь затем получают теоретическое обоснование. У нас же при крайней неразвитости гражданского общества неизбежен обратный процесс или, по меньшей мере, «встречное движение» правовой теории и практики.

Либертарная теория права преодолевает дуализм права и государства. Последнее рассматривается как правовая форма организации публичной власти, институциональная форма признания и защиты свободы[34]. Понятия права и государства, утверждаемые либертарной теорией, принципиально едины, поэтому неприемлемым представляется выведение изучения государства за рамки теории права.

Такую позицию в последнее время отстаивают некоторые ученые. По их мнению, теория государства и права – это произвольное соединение двух самостоятельных наук[35] и теоретическое изучение государства с институциональной точки зрения должно осуществляться в рамках теории политических систем[36] или политологии[37], а правовая сторона государства в достаточной мере изучается наукой конституционного (государственного) права[38]. Иногда допускается формирование самостоятельной науки (учебной дисциплины) – теории государства (учения о государстве)[39]. Но в любом случае, утверждается, что «у науки и учебной дисци-

[34] См. подробнее: *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998. С. 58–63.

[35] См.: *Страшун Б.А.* Существует ли наука «теория государства и права»? // Труды Московской государственной юридической академии. Сборник статей. № 7. М., 2001. С. 99.

[36] См.: Там же.

[37] См.: *Пиголкин А.С.* Проблемы совершенствования преподавания теории государства и права // Труды Московской государственной юридической академии. Сборник. статей. № 7. М., 2001. С. 86.

[38] См.: *Страшун Б.А.* Указ. соч. С. 99.

[39] *Поцелуев Е.Л.* Указ. соч. С. 164.

плины должен быть один предмет – право, а не два»[40]. Предмет науки здесь явно перепутан с ее объектом[41]. Относительная самостоятельность права и государства как социальных явлений не должна вводить в заблуждение; связь между ними носит существенный характер (они выступают проявление единой правовой сущности социальной организации) и вряд ли может быть уподоблена связи права с социальной психологией[42]. Несостоятельны и попытки представить теорию государства и права в качестве единой науки и учебной дисциплины исключительно «советским изобретением»[43]. Это абсолютно не верно. Многие дореволюционные курсы (независимо от их названия) включали вопросы как теории права, так и теории государства[44].

Предметная совместимость теории права и государства (как учения о социальных формах организации и защиты свободы) предполагает правовое осмысление государства не только на философском (сущностном, общепонятийном), но и на институциональном уровне. Сегодня же институционально государство, как правило, изучается строго по Г. Кельзену, в рамках его легистского понимания, исходя из того, что написано о нем в конституции и законах[45]. Правовая интерпретация государства предполагает рассмотрение его как системы институциональных и процессуальных гарантий прав и свобод человека, что, в свою очередь, требует различения правовых и неправовых (правонарушающих) организационных структур и процедур деятельности не толь-

---

[40] Там же.

[41] Интересно, что сам автор в этой же статье обосновывает их различие (см.: Там же. С. 161–162).

[42] См.: *Страшун. Б.А.* Указ. соч. С. 100.

[43] Там же. С. 164.

[44] См., например: *Ильин И.А.* Теория права и государства. М., 2003; *Кокошкин Ф.Ф.* Лекции по общему государственному праву. М., 2004; *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003; *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000; *Тарановский Ф.В.* Энциклопедия права. СПб., 2001.

[45] Едва ли не единственным исключением является: *Четвернин В.А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993.

ко всего государственного аппарата (допустимых модификаций принципа разделения властей), но и отдельных органов (законодательных, исполнительных, судебных), схем территориального управления.

Либертарное понимание права, выявляя его содержательную специфику, вносит определенность и в предмет социологии права, интегрируя ее с философской и юридико-догматической составляющими теории. Социология права, рассматривающая его как элемент социальной реальности и концентрирующая свои усилия на выявлении социальной обусловленности права (социальных аспектах правообразования), социальном механизме действия права (социальных аспектах правореализации) и его эффективности, получает надежный содержательный критерий (принцип формального равенства) для отграничения изучаемого объекта от иных социальных явлений, благодаря чему становится собственно социологией права, а не социологией закона или социологией нормативного регулирования в целом, не выделенной до конца из общей социологии[46].

При этом одна из ключевых проблем социологии права – эффективность правового регулирования, традиционно рассматриваемая в сугубо социальном аспекте как соотношение между социальными (экономическими, политическими, культурными, демографическими, экологическими и т.п.) целями, для достижения которых оно осуществляется, и фактическим результатом[47], должна получить и специфически юридическую интерпретацию. С либертарно-юридических позиций правовое регулирование эффективно, если посредством него удается достичь максимально возможной в данных социальных условиях меры свободы че-

[46] Социология права с точки зрения либертарного правопонимания развивается в работах В.В. Лапаевой (см., например: *Лапаева. В.В.* Социология права в системе обществоведения // Государство и право. 2000. С. 81–90; *Она же.* Социология права. М., 2000. *Она же.* Российская социология права: Курс лекций. М., 2005.

[47] См.: Эффективность правовых норм. М., 1980. Интересно, что в данной работе специально подчеркивалось, что «цели, которым служит право, не являются правовыми» (С. 37).

ловека, т.е. наиболее прочных гарантий его свободы, безопасности и собственности при минимальных ограничениях прав и свобод. Эффективность правового регулирования обеспечивает формальная рациональность государственно-властной деятельности в области правоустановления и правоприменения[48], когда государство функционирует по принципу «запрещено все, что прямо не разрешено» (при этом разрешено может быть только то, что объективно необходимо для защиты свободы) и уважает естественные и неотчуждаемые права человека, допустимые ограничения которых должны быть соразмерны «насущной социальной потребности»[49] в защите прав других лиц и публичного порядка и не могут затрагивать саму сущность данных прав и вести к их отмене[50].

Таким образом, формальное равенство как базовый принцип правового регулирования, обоснованный в рамках либертарной концепции, удачно сочетает в себе содержательность, всеобщность и операциональность. Только он позволяет выявить специфику права как социального регулятора, его принципиальное своеобразие, несводимость ни к морали (в основе которой лежит принцип добра, солидарности, а, в конечном счете, – любви, являющейся своеобразным отрицанием свободы), ни к насилию[51].

Принцип формального равенства обеспечивает предметно-методологическое единство теории права (философии права, социологии права и юридической догматики как ее составных частей), определяя и ее специфический пред-

---

[48] См. подробнее: *Четвернин В.А.* Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 80–83.

[49] Eur. Court H.R. *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para 48; *The Sunday Times v. The United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. No. 30. Para. 59.

[50] См. подробнее: *Варламова Н.В.* Эффективность правового регулирования: переосмысление концепции // Правоведение. 2009. № 1. С. 212–232.

[51] См. подробнее: *Варламова Н.В.* Специфика правовой регуляции в соционормативной системе // Право и общество: от конфликта к консенсусу. СПб., 2004. С. 81–106.

мет – общественные отношения, участники которых выступают как свободные и формально-равные лица, и опосредующие их институциональные структуры, т.е. способы и формы обеспечения свободы в человеческих отношениях, и ее метод – формализация (а потому и юридизация) фактических отношений на основе равного признания и защиты свободы их участников[52].

❖

Получается, что либертарной теории права также не чужды некоторые интегративные моменты[53]. Она следует установкам естественно-правовой школы на выявление сущностных, содержательных характеристик права, не сводимых к внешним формам его проявления (исходит из различения права и закона). Но вместе с тем, согласуясь с позитивистской традицией, либертаризм не признает дуализм бытия права, отрицает наличие некоего подлинного, настоящего (естественного) права вне и помимо права позитивного. Либертарная теория рассматривает закон и иные источники права в формальном смысле в качестве надлежащих форм внешней объективации и бытия права. Право не может существовать вне этих форм, а данные формы должны опосредовать (воплощать) именно правовое содержание. Объективно присущая праву всеобщность требует придания ему официально-властной обязательности и надлежащей инстанцией для этого выступает государство как правовая форма институционализации политической власти, являющейся в силу этого (ее правового характера) универсальной и обладающей монополией на легитимное применение насилия.

---

[52] См. подробнее: *Нерсесянц В.С.* Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. С. 63–67.

[53] Об интегративности либертарной концепции см. также: *Лазарев В.В.* В.С. Нерсесянц – представитель интеграционной (синтетической) общей теории права // Философия права в России: история и современность: Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2009. С. 262–270.

Наконец, либертарная теория восприняла некоторые положения социологических учений о праве. Она рассматривает право как реально существующий социальный порядок, формирующийся в результате исторического процесса развития человеческой социальности[54] в рамках культуры определенного типа («либерально-индивидуалистического миропонимания» по И.Ю. Козлихину[55]), причем складывание такого порядка (типа культуры) первично и предопределяет правовой характер позитивного (официально-властного) регулирования[56].

Однако в либертарной концепции синтез отдельных элементов различных типов правопонимания происходит на базе вполне определенного и единого представления о сущности права; либертаризм как бы «снимает» те их аспекты, которые обеспечивают ее раскрытие, потому и не страдает эклектичностью.

---

[54] См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учебник для вузов. М., 2006. С. 62–67.

[55] *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. №. 3. С. 11.

[56] См.: *Четвернин В.А.* Либертарно-юридическая интерпретация прав человека // Философия права в России: история и современность. С. 173–175.