

**ЛИБЕРТАРНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРАВА В.С. НЕРСЕЯНЦА  
(К 70-летию со дня рождения)**© 2008 г. В. В. Лапаева<sup>1</sup>

Наблюдающийся в последние годы заметный интерес отечественной юриспруденции к проблематике правопонимания<sup>2</sup> во многом обусловлен необходимостью приведения российской правовой системы в соответствие с потребностями осуществляемой в стране широкой социальной трансформации общественной жизни, а также с общемировыми тенденциями юридической глобализации (т.е. универсализации и унификации права в международном масштабе<sup>3</sup>). Систематизируя все обилие типов правопонимания, которое обсуждается сейчас в российской теории права, можно сказать, что главный мировоззренческий разлом в этих дискуссиях идет по линии противоборства между прежним системоцентристским подходом, трактующим право как инструмент воздействия на человека в интересах доминирующего над ним государственного начала, и формирующимся человекоцентристским типом правопонимания, рассматривающим права человека в качестве высшей ценности социально-правовой системы<sup>4</sup>. Итогом этих дискуссий, как предполагается, должен стать такой теоретический консенсус по вопросу о понятии права, который мог бы лечь в основу базовых доктринальных положений о позитивном праве, составляющих в своей совокупности догму права<sup>5</sup>. На мой взгляд, по результатам именно этих дискуссий можно будет с

большой долей вероятности судить в целом о степени и характере осуществляемых в стране преобразований. Если наша теория права (а значит, и правовая практика) останется на позициях легистского правопонимания, отождествляющего право с любым установлением государственной власти, то это будет означать поверхностный характер перемен во всех сферах общественной жизни, которые так или иначе опосредованы правовым регулированием.

Если же в своих поисках доктринального правопонимания теория права склонится в сторону заложенной в Конституции РФ человекоцентристской правовой идеологии, то перед ней встанет выбор между двумя подходами: доминирующей в западной юриспруденции естественно-правовой доктриной и либертарной концепцией права, сложившейся в российской теории права в советский и постсоветский периоды ее развития на основе творческой рационализации той версии юснатурализма, в рамках которой естественное право рассматривается не как реально действующее право, а как абстрактный этический идеал для законодателя. Между этими подходами много общего: и идейное родство (поскольку каждый из них трактует право как систему норм, базирующуюся на правах человека), и методологическое единство (оба подхода отвергают позитивистскую методологию познания права), и общие теоретические установки на различение права и закона, и соответствие концептуальным основам Конституции страны, положения которой о правах и свободах человека и гражданина поддаются правовой интерпретации с позиций обоих типов правопонимания. Однако на главный вопрос: “Что есть право?” – сторонники этих подходов отвечают по-разному.

С точки зрения естественно-правовой доктрины право – это непосредственно действующее<sup>6</sup> естественное право, конкретное содержание которого на разных этапах развития человечества определялось различно; как совокупность разумных законов природы, как отраженный в человеческом разуме божественный порядок мирозда-

<sup>1</sup> Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук.

<sup>2</sup> См.: Основные концепции права и государства в современной России. По материалам “круглого стола” в Центре теории и истории права и государства Института государства и права РАН // Гос. и право. 2003. № 5. С. 8; Концепции современного правопонимания. Материалы “круглого стола”. СПб., 2004; Проблемы понимания права // Право России. Новые подходы. Вып. 3. Саратов, 2007; Занина М.А. Материалы конференции “правопонимания” // Росс. правосудие. 2008.

<sup>3</sup> См.: Нерсесянц В.С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире // Гос. и право. 2005. № 5. С. 40.

<sup>4</sup> См.: Оболенский А.В. Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994.

<sup>5</sup> При этом имеется в виду такое согласие “по существу доктрины и ее основных положений – при всех прочих разногласиях, различиях в подходах и т.д.”, которое выражается “традиционной формулой: “*communis opinio doctorum*” (“общее мнение докторов”, т.е. учителей, профессоров, ученых-юристов)” (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 2004. С. 384).

<sup>6</sup> Отсюда и тот присущий естественно-правовому подходу правовой дуализм, который является объектом справедливой критики со стороны приверженцев легистского правопонимания.

ния; как система формирующихся в обществе представлений о справедливом и должном; как прирожденные права человека. В современных условиях доминирует подход, трактующий право как систему, основанную на общепризнанных международным сообществом принципах и нормах, за которыми по договоренности признается правовой характер, связанный с их соответствием прирожденным правам человека. Права и свободы человека, выраженные в общепризнанных принципах и нормах международного права и позитивированные на конституционном уровне, стали критерием правового начала для большинства национальных систем законодательства. Однако речь идет здесь не о теоретическом критерии, выражающем сущностный, конституирующий признак права, а об эмпирическом индикаторе, фиксирующем меру соответствия законодательства фактически признанному международным сообществом набору принципов и норм гуманистического характера, которые представляют собой сплав правового и религиозно-нравственного начал. Именно в отсутствии теоретического критерия для определения сущности права и состоит главная методологическая слабость естественно-правового правопонимания, которая не только лишает его возможности отграничить право от других социальных явлений (и прежде всего от норм нравственности и религии)<sup>7</sup>, но, что гораздо важнее, не позволяет с достаточной четкостью отличить право от произвола законодателя, оставляя решение этого вопроса, в конечном итоге, на усмотрение суда. А судебная практика, не имеющая ясных теоретических ориентиров, слишком сильно зависит от уровня правовой культуры общества, интеллектуального и нравственного потенциала судейского корпуса, степени защищенности суда от давления со стороны других ветвей власти, криминалитета, бизнеса и т.п.

Поэтому для России с ее неразвитой правовой культурой нужна правовая доктрина, предлагающая четкий и понятный для практики теоретический критерий оценки правового качества законодательства и деятельности по его применению. Формирование такой доктрины и соответствующей ей догмы позитивного права стало бы важным вкладом юридической науки в совершенствование правотворческой и правоприменительной практики. Требованиям теоретической ясности и простоты, возможности редуцировать абстрактные теоретические положения до уровня практиче-

ских рекомендаций, в полной мере отвечает концепция **либертарного правопонимания**, трактующая право как форму и меру свободы, реализуемую по принципу формального равенства. Автор этой концепции, акад. **В.С. Нерсесянц**, под сущностью права понимал **формальное равенство**, раскрываемое как единство трех составляющих: всеобщей равной меры регуляции общественных отношений, свободы и справедливости. Право как равная мера, говорил он, означает “не только всеобщий масштаб свободы и единую для всех норму правовой регуляции, но также и соблюдение эквивалента, соразмерности и равномерности в отношениях между самими субъектами права”<sup>8</sup>. Право – это равная мера *свободы* (“своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет... именно свободу... в человеческих взаимоотношениях”<sup>9</sup>) и *справедливости* (право взвешивает на единых весах и оценивает фактическое многообразие партикулярных отношений “формально равным, а потому и одинаково справедливым для всех правовым мерилom”<sup>10</sup>). Принцип формального равенства включает в себя все многогранные проявления равенства в отношениях между субъектами права: и надлежащую координацию прав и обязанностей, и соразмерность вины и ответственности, и равенство перед законом и судом (имея в виду, что это правовой закон и справедливый суд) и т.д.

Разработанная В.С. Нерсесянцем либертарная концепция права, трактующая право как нормативное выражение сущностного правового принципа формального равенства, представляет собой оригинальную авторскую теорию, которая, хотя и опирается на традиции рационалистической версии юснатурализма, но принципиально отличается от естественно-правового подхода. Сам автор считал, что “вся прошлая и современная философия права, кроме либертарно-юридической концепции..., представляет собой те или иные варианты и версии естественно-правовой философии права”<sup>11</sup>. То обстоятельство, что либертарная концепция правопонимания сформировалась именно в России, не случайно. Ее появление было обусловлено длительным опытом бесправия и порожденной им острой потребностью в теоретически ясном и эмпирически верифицируемом критерии различения права от властного произвола.

Эта концепция начала формироваться в отечественной юриспруденции с середины 70-х годов прошлого века в жесткой полемике с легизмом советского образца. Первым шагом в данном на-

<sup>7</sup> Так, с точки зрения данного подхода не ясно, является ли отмена смертной казни правовым, а следовательно, общезначимым и общеобязательным требованием для всего международного сообщества, или это мера нравственного порядка, применение которой оправдано в условиях соответствующего уровня культурно-нравственного развития той или иной нации.

<sup>8</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 30.

<sup>9</sup> Там же. С. 37–38.

<sup>10</sup> Там же. С. 48.

<sup>11</sup> Там же. С. 50.

правлении стало обоснование принципиальной для либертарного правопонимания идеи различения права и закона<sup>12</sup>, основанной на разграничении права как “принципа, правила и нормы должного порядка действительности”<sup>13</sup>, отвечающих требованиям определенного сущностного критерия, и закона как властного веления, которое может соответствовать праву (правовой закон) и не соответствовать праву (неправовой закон). Однако автору долго не удавалось опубликовать статью по этой теме в журнале “Советское государство и право”. На представленную им в начале 1977 г. статью “Право и закон: их различие и соотношение” были получены такие отзывы внешних рецензентов, которые не оставляли шансов для публикации. Правда, уже в июле 1979 г. журнал подробно опубликовал основные положения позиции В.С. Нерсесянца в материалах “круглого стола” журнала “Советское государство и право”, посвященного различным подходам к пониманию права.

Основная дискуссия на “круглом столе” шла между приверженцами официального легистского определения права в варианте, предложенном Я. Вышинским (суть которого в трактовке права как совокупности норм, установленных государством и снабженных мерами государственного принуждения), и сторонниками так называемого широкого понимания права, предлагавшими включить в понятие права, помимо норм, также правоотношения, правосознание или субъективные права. Позиция В.С. Нерсесянца, которого нередко причисляют к сторонникам “широкого правопонимания”, существенно отличалась от обоих подходов. В своем выступлении на “круг-

лом столе он так сформулировал следующие принципиальные положения своей концепции<sup>14</sup>:

“Понятие “свобода” диаметрально противоположно понятиям “произвол”, “своеволие”, “насилие”... В условиях государственно-организованного общества свобода возможна и действительна лишь как право, имеющее законную силу”.

“В условиях взаимосоответствия свободы, права и закона законной силой обладает лишь норма, представляющая собой меру свободы. Ценность права как раз и состоит в том, что право обозначает сферу, границы и структуру свободы, выступает как форма, норма и мера свободы, получившая благодаря законодательному признанию официальную государственную защиту”.

“Творческая роль закона и в то же время его социальная ценность, регулятивная значимость состоят в адекватном... формулировании в виде норм законодательства уже сложившихся или явно складывающихся (здесь уместен и учет тенденций дальнейшего развития) форм и норм права (мер свободы)”

“Взаимосвязь свободы, права и закона недостаточно исследована в нашей литературе... Более полный учет взаимосвязей свободы, права и закона будет содействовать преодолению волюнтаристских представлений о праве, обогащению трактовки права как социальной ценности дальнейшего углублению понимания права как системы норм (мер) свободы ...”.

По поводу концепции “широкого правопонимания” В.С. Нерсесянец отметил, что с точки зрения соотношения права и закона полемика сторонников этого подхода против распространенной на тот момент трактовки права “носит непринципиальный характер.” ... «Те элементы, которые наряду с нормой права сторонники “широкой” концепции предлагают включить в понятие права (правоотношение, правосознание и субъективное право), являются в их конструкциях производными от нормы права, под которой имеется в виду норма законодательства. Кроме того, очевидна логическая несостоятельность перечисления в определении права наряду с нормой производных от нее явлений и признаков»<sup>15</sup>. В отличие от этого, трактовка права как меры свободы позволяет оценивать правовое качество законодательства, поскольку предлагает критерий различения правового закона от произвольного законодательства, продиктованного партийными директивами.

Концепция различения права и закона и основанная на ней трактовка В.С. Нерсесянцем права

<sup>12</sup> См.: Нерсесянец В.С. Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема // Вопросы философии права / Под ред. Д.А. Керимова. М., 1973; *Его же*. Из истории правовых учений: два типа правопонимания // Политические и правовые учения: проблемы исследования и преподавания. М., 1978; // *Его же*. О понимании советского права // Сов. гос. и право. 1979. № 7; *Его же*. Свобода, право, закон // Конституция СССР и дальнейшее развитие государственного управления и теории права. М., 1979; *Его же*. Современные концепции права // Общественные науки. 1980. № 1; *Его же*. Основные направления современной буржуазной философии права // Право и современная идеологическая борьба. М., 1980; *Его же*. О соотношении права и закона в социологических исследованиях // Социальные вопросы правотворчества. М., 1980; *Его же*. Методологические проблемы соотношения правопорядка и законности // Правопорядок и законность. М., 1980; Развитие права и проблема правопонимания // XXI съезд КПСС и проблемы теории государства и права. М., 1982; *Его же*. Право и закон // Из истории политических и правовых учений. М., 1983 и др.

<sup>13</sup> См.: Нерсесянец В.С. Общая теория права и государства. С. 12.

<sup>14</sup> См.: “Круглый стол” журнала “Советское государство и право” по теме “О понимании советского права” // Сов. гос. и право. 1979. № 7. С. 70–71.

<sup>15</sup> Там же. С. 72.

как меры свободы были подвергнуты жесткой и массовой критике. Об уровне и накале дискуссий в 70–80-е годы советского периода можно достаточно наглядно судить по гораздо более поздней (а главное, относящейся уже к эпохе новой российской Конституции) статье В.Н. Кудрявцева “О правопонимании и законности”<sup>16</sup>. Отмечая стремление сторонников различения права и закона “отстоять гуманное и демократическое право”, академик оспаривает концепцию, ссылаясь на то, что она не соответствует социальной практике. “Выраженный здесь идеал, вероятно, расходится с действительностью, с фактами. Что ж, – иронизирует он, – как говорится, тем хуже для фактов”. Далее автор отмечает, что с позиций такого подхода нельзя признать правовыми многие советские законы, которые “были явно несправедливыми, антигуманными”. И самое главное, продолжает он, – “довольно шаткими и неопределенными становятся оценки и ныне действующих законов: разве все они справедливы и демократичны?”. По смыслу этих высказываний получается, что недостатком концепции различения права и закона является то, что она позволяет с правовых (а не с морально-нравственных) позиций критически оценивать социальную практику, т.е. недостатком объявляется именно то, что и составляет главную ценность правовой науки, которая, как верно замечено, начинается там, где она говорит “нет” законодателю. Основное же направление критики концепции В.С. Нерсисянца было и вовсе основано на недоразумении (в буквальном смысле этого слова), когда автора обвиняли в том, что он призывает граждан не исполнять неправовые законы, подрывая таким образом социалистическую законность, уважение граждан к закону и т.п. Показательно, что отголоски этих абсурдных претензий слышны до сих пор<sup>17</sup>.

В 1983 г. В.С. Нерсисянец опубликовал большую (21 п.л.) монографию “Право и закон” (М., “Наука”), в которой на базе огромного исторического материала, охватывающего правовые учения древности (на Востоке, в Греции и Риме), творчество средневековых юристов, раннебуржуазные и последующие западные концепции права,

а также труды основоположников марксизма и работы советских авторов, прослеживается соотношение права и закона в истории политико-правовой мысли. В заключении монографии автор подчеркивал, что “различение права и закона как теоретическая конструкция выполняет две основные функции: оценочную и объяснительную. ... В своем оценочном отношении к закону право предстает как концентрированное выражение всех тех требований, без соответствия которым закон дисквалифицируется: закон, не соответствующий праву, – это произвол... Объяснительная функция концепций различения права и закона состоит прежде всего в том, что право и закон рассматриваются в них как два взаимосвязанных и вместе с тем различных реальных явления... Рассмотрение того, что есть право в его соотношении с законом, по сути представляет собой анализ как объективной природы и специфических качеств самого права, так и той совокупности факторов (природного, социально-политического, общественно-исторического, этического, духовного, психологического характера и т.д.), которые определяют и обуславливают правовые свойства закона, его место и значение в человеческой жизни”<sup>18</sup>.

Лишь после выхода этой монографии В.С. Нерсисянец смог опубликовать в журнале “Советское государство и право” свою программную статью “Право: многообразие определений и единство понятия”. Здесь он выделил и рассмотрел три подхода к пониманию права, сложившиеся к тому времени в советской юридической литературе: 1) легистский подход, трактующий право как совокупность норм, установленных или санкционированных государством; 2) “широкое понимание права”; 3) различные варианты подхода, “представители которого обосновывают такое понимание (и понятие) права, которое исходит из концепции различения права и закона”<sup>19</sup>. Значительная часть статьи посвящена полемике с Л.С. Явичем (выделявшим разнопорядковые сущности права) и С.С. Алексеевым (различавшим “юридическое право” как совокупность норм позитивного права и “неюридическое право” как “непосредственно социальное право”).

<sup>16</sup> Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Гос. и право. 1994. № 3. С. 5.

<sup>17</sup> Так, в одном из недавно вышедших учебников по теории права мы читаем: “Попытки искусственного противопоставления позитивного закона и правового закона, законности и правозаконности на практике ведут лишь к дестабилизации общественной обстановки, поскольку: ослабляют регулятивную роль закона, устанавливая “множественные” стандарты реализации юридических предписаний; создают определенные препятствия государству и его институтам в выполнении правоохранительной функции; формируют нигилистическое отношение к закону и праву” (Проблемы теории государства и права. Учебник для вузов / Под ред. В.М. Сырых. М., 2008. С. 510).

<sup>18</sup> Нерсисянец В.С. Право и закон. С. 362.

<sup>19</sup> Нерсисянец В.С. Право: многообразие определений и единство понятия // Сов. гос. и право. 1983. № 10. С. 27. В числе работ, в которых в той или иной мере получила развитие идея различения права и закона, В.С. Нерсисянец обратил внимание на следующие: Нерсисянец В.С. Вопросы философии права / Под ред. Д.А. Керимова. С. 39–43; Керимов Д.А. Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. М., 1974. С. 23 и сл.; Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 182 и сл.; Мамут Л.С. Марксистско-ленинское учение о государстве и праве. История развития и современность. М., 1977. С. 28 и сл.; Керимов Д.А. Советское государственное строительство и право. Курс лекций. М., 1982. С. 93 и сл.

Возражая С.С. Алексею, ставившему под сомнение необходимость формирования единого многоаспектного понятия права, В.С. Нерсисянц подчеркивал, что “отрицание реального и понятийного единства права является ярким выражением теоретической слабости соответствующей концепции правопонимания... Согласно позиции С.С. Алексея, получается, что “неюридическое право” словесно; терминологически – это “право”, а понятийно – не “право”, поскольку нет общего понятия “права”... Заслуживает внимания и то обстоятельство, что поскольку “юридическое право” как “общесоциальная категория” относится С.С.Алексеевым к общей социологии, предмет юридической науки ограничивается им лишь “юридическим правом” (т.е. законом, позитивным правом)”<sup>20</sup>. Завершая статью, автор сослался на “старую истину, хорошо известную из многовековой истории правовой мысли: там, где право сводится к закону, там юридическая наука оказывается законоведением”<sup>21</sup>. Надо заметить, что в своих последующих работах В.С. Нерсисянц уже почти не уделял внимания научной полемике, сконцентрировавшись на позитивном изложении своей позиции.

Если в своем первом выступлении с самостоятельной концепцией правопонимания (на “круглом столе” журнала “Советское государство и право”) В.С. Нерсисянц сделал акцент на отличии права как меры свободы от произвола, то в упомянутой статье автор существенно обогатил свои представления о праве, дополнив понятие права такими характеристиками, как равенство и справедливость. “Право – пишет он, – как форма (и мера) свободы и равенства, объективно обусловленная данным способом производства и соответствующим ему уровнем социального, политического, духовного и культурного развития, в его соотношении с законом ... выступает как источник, олицетворение и критерий справедливости...”<sup>22</sup>. В своих последующих работах он сформулировал и обосновал **понимание права как триединства равенства, свободы и справедливости**.

В настоящее время либертарная теория права (благодаря усилиям автора, изложившего ее в многочисленных статьях, в монографиях, а также в разошедшихся большим тиражом учебниках по теории и философии права, по истории политических и правовых учений) стала фактом отечественной научной жизни, с которым нельзя не считаться. Однако, как верно замечено, этой концепции больше “везет на упоминание, чем на по-

нимание”<sup>23</sup>. Да и упоминание либертарной концепции и имени ее автора встречается гораздо реже, чем следовало бы по соображениям этики обращения с чужими идеями и текстами. Пока что признание либертарной концепции права заключается главным образом в “растаскивании” ее положений, которые без ссылок на авторство В.С. Нерсисянца, “гуляют” по страницам работ, написанных зачастую с совершенно иных позиций. Причем, нередко опорные положения либертарной теории приписываются кому-то из классиков. Так, формула В.С. Нерсисянца “Право – это мера свободы” часто цитируется как гегелевское высказывание, а авторство тезиса “Право – математика свободы” отдается Спинозе.

Что касается критики либертарного правопонимания, то она заметно поутихла, а главное, поменяла свою направленность. Сейчас уже мало кто говорит, что такой подход к пониманию права подрывает законность, отрицает роль государства, очерняет социальную практику и т.п. Основная критика ведется по двум направлениям.

Первое связано с отрицанием самостоятельности и оригинальности предложенной В.С. Нерсисянцем концепции права. Так, О.В. Мартышин пишет, что вся разница между естественно-правовым подходом и либертарной концепцией состоит лишь “в критериях или в понимании права: для “юснатуралистов” это набор конкретных принципов, отождествляемых со справедливостью, для “либертаристов” – один единственный принцип формального юридического равенства”<sup>24</sup>. С этим утверждением вполне можно согласиться, неясно только, почему автор считает такую разницу в понимании права несущественной. Ведь, с одной стороны, право отождествляется со справедливостью, трактуемой как принцип нравственности (т.е. право смешивается с нравственностью), а с другой – вводится четкий сущностный критерий права как специфического социального явления, в соответствии с которым выстраивается понятие права и вся основанная на нем (т.е. конкретизирующая это понятие) либертарная теория. Далее он пишет, что понимание В.С. Нерсисянцем права как равной меры свободы не вносит ничего нового в концепции права, разработанные Кантом и Гегелем (при этом автор ссылается на кантовский категорический императив и гегелевские положения о том, что “идея права есть свобода”, а система права – “царство осуществленной свободы”). Однако тут же признает, что “ни для Канта, ни для Гегеля утверждение “право есть свобода”

<sup>20</sup> Нерсисянц В.С. Право: многообразие определений и единство понятия. С. 33–35.

<sup>21</sup> Там же. С. 35.

<sup>22</sup> Там же. С. 29.

<sup>23</sup> Графский В.Г. Интегральная (общая синтезированная) юриспруденция как теоретическое и практическое знание // Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца “Наш трудный путь к праву”. М., 2006. С. 159.

<sup>24</sup> Мартышин О.В. О “либертарно-юридической теории права и государства” // Гос. и право. 2002. № 10. С. 9.

не представляет ни единственное, ни всеобъемлющее определение права»<sup>25</sup>. Перечень подобных нестыковок можно было бы продолжить<sup>26</sup>.

Не вдаваясь в философско-правовые тонкости теоретических расхождений между либертарной концепцией права и естественно-правовой доктриной (которой придерживались Кант<sup>27</sup> и Гегель<sup>28</sup> и которая к настоящему времени заняла доминирующие позиции в западноевропейской юриспруденции), разницу между этими двумя типами правопонимания можно продемонстрировать на практике, а именно: на примере практического преломления такой ключевой проблемы правовой теории, как критерии ограничения прав человека. В Конституции РФ, которую принято хвалить за современный каталог прав человека, очень нечетко сформулирован ключевой вопрос о критериях ограничения этих прав. Из текста ч. 3 ст. 55 Конституции вытекает, что конституционные права человека можно ограничить федеральным законом в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, обеспечения обороны страны, безопасности государства и т.п. Эта норма восходит к п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, где говорится, что «при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе» (впоследствии в ряде других международно-правовых документов к числу оснований для ограничения прав и свобод

человека была добавлена также необходимость охраны государственного порядка, национальной безопасности, нравственности и здоровья населения, общественного спокойствия и т.п.).

При интерпретации этих положений с позиций естественно-правовой доктрины вполне можно ограничиться буквальным прочтением текста, поскольку эта доктрина не исключает подобное смешение правового и морально-нравственного начал, допускающее подчинение индивидуальных интересов требованиям общего блага. Правда, в западноевропейской философско-правовой традиции в целом доминирует такая трактовка соотношения индивидуального и общего блага, согласно которой общее благо не подавляет благо отдельного человека, а служит необходимым условием его реализации<sup>29</sup>. Согласно данному подходу, носителями общего блага «являются сами члены данного сообщества (каждый в отдельности и все вместе), а не те или иные институты (общество, государство, союзы и т.д.) в качестве неких автономных и независимых субъектов, отчужденных от членов этого сообщества и господствующих над ними»<sup>30</sup>. Однако естественно-правовая доктрина в принципе не исключает возможность ограничения прав человека для защиты ценностей общего блага, рассматривая это как уступку со стороны права в пользу нравственности<sup>31</sup>. Тем не менее развитая правовая (и прежде всего судебная) практика демократических государств в целом позволяет преодолевать подобные теоретические дефекты естественно-правового подхода. Но совсем иная ситуация в России,

<sup>25</sup> Там же.

<sup>26</sup> Показательно, что сам О.В. Мартышин, вопреки всякой логике, считает, что философское понимание права, раскрывающее сущность права, «предназначено только для философов и тех, кто творит законы, давая им критерий для различения правового и неправового», а «для каждого грамотного юриста и для каждого гражданина, обращающегося к защите своих интересов, суть права в возможности прибегнуть к его принудительному осуществлению» (там же. С. 10–11).

<sup>27</sup> Свой знаменитый категорический императив Кант рассматривал как моральный закон, соответствие которому обуславливает моральность права, т.е. его адекватность нравственному началу. Однако, по мнению В.С. Нерсисянца, категорический императив является не нравственным, а правовым по своей природе требованием, поскольку представляет собой модификацию принципа формально-правового равенства. «...Кантовская концепция моральности права, – пишет он, – имеет правовой смысл ... именно потому и постольку, поскольку сама эта моральность по сути своей юридична, а под принципом индивидуальной по своей сути морали имеется в виду абстрактно-всеобщий принцип права» (Нерсисянец В.С. Философия права. С. 623).

<sup>28</sup> Кстати, полное наименование знаменитой гегелевской работы «Философия права» звучит так: «Естественное право и наука о государстве в очерках. Основы философии права».

<sup>29</sup> В концентрированном виде такая позиция европейского сообщества нашла свое выражение в проекте Договора, учреждающего Конституцию для Европы. «Ограничения области действия прав и свобод, – отмечается в ст. П-112 этого документа, – ... могут быть установлены только в том случае, если их применение необходимо в соответствии с общими интересами, признанными Союзом для защиты прав и свобод» // Европа без России. Договор, учреждающий Конституцию для Европы от 20 октября 2004 г. М., 2005. С. 85.

<sup>30</sup> Нерсисянец В.С. Проблема общего блага в постсоциалистической России // Росс. правосудие. 2006. № 4. С. 7.

<sup>31</sup> Показательно в этом плане одно из решений Европейского Суда по правам человека, в котором Суд, рассмотрев претензии князя Лихтенштейна к ФРГ по поводу неправомерного изъятия у его семьи собственности в годы Второй мировой войны, решил, что «интерес Заявителя в обращении к судам ФРГ не может преобладать над общим основополагающим интересом ФРГ в восстановлении суверенитета и в воссоединении Германии». И хотя такой подход Суда к проблеме соотношения индивидуального и общего блага не является для него типичным, тем не менее естественно-правовая доктрина, на которую ориентируется Суд в своих решениях, допускает возможность ситуации, когда на разные чаши весов кладутся такие несоизмеримые по своей сути величины, как «национальные интересы ФРГ и права Заявителя на суд и собственность» (Рачков И.В. Справедливость как цель международного права (На примере решений по заявлениям князя Лихтенштейна против ФРГ) // Гос. и право. 2006. № 2. С. 24, 27).

где отсутствие демократических и правовых традиций чревато такой трактовкой рассматриваемых положений, при которой права человека можно ограничить как угодно, лишь бы это было сделано в соответствии с законом и имело целью защиту тех ценностей общего блага, по поводу которых у нас традиционно принято считать, что “мы за цену не постоим”.

Позиция либертарной концепции в вопросе ограничения прав человека состоит в следующем: *право человека может быть ограничено законом только с целью защиты других прав человека и только в той мере, в какой это не нарушает принцип формального равенства при осуществлении данного права*. В своей трактовке положений ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, а также ряда иных международно-правовых актов либертарная концепция исходит не из буквального прочтения соответствующих норм, вырванных из общего контекста, а из системного толкования этих правовых документов. При этом во Всеобщей декларации обращает на себя внимание прежде всего первое предложение ее Преамбулы, которое гласит, что признание равных и неотъемлемых прав человека “является основой свободы, справедливости и всеобщего мира”, а в Конституции РФ – положение ст. 2, согласно которому “человек, его права и свободы являются высшей ценностью”. Особое значение в рамках нашего анализа имеет также норма, содержащаяся в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, согласно которой “осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц”. Здесь, как подчеркивает В.С. Нерсисянц, по сути дела сформулирован принцип формально-юридического равенства<sup>32</sup>, означающий отсутствие привилегий и дискриминации в сфере реализации прав человека.

Чтобы понять, каковы практические последствия этих теоретических различий, рассмотрим два решения Конституционного Суда РФ от 2005 г. и 2007 г., подтвердившие конституционность повышения законодательных требований к численности политической партии сначала до 10 тыс., а затем до 50 тыс. членов. Дело о численности общероссийской политической партии представляет особый интерес, поскольку поставленный здесь, на первый взгляд, количественный вопрос – это по сути дела вопрос о качественных характеристиках российской партийно-политической системы, а значит, и отечественной демократии в целом.

В своих решениях по делам, связанным с проверкой конституционности вводимых законом ограничений основных прав и свобод человека,

Конституционный Суд РФ исходит из того, что “достаточно общие формулировки Конституции об условиях ограничения прав и свобод таят опасность их неоправданно широкого толкования и установления чрезмерных ограничений”<sup>33</sup>. Поэтому, Суд выработал правовую позицию, согласно которой критериями ограничения законом основных прав являются: соразмерность ограничений конституционно признаваемым ценностям общего блага и сохранение существа и реального содержания права<sup>34</sup>. Отдавая должное усилиям Суда в данном направлении, следует тем не менее отметить, что Суд оставил без ответа два ключевых вопроса: каким образом можно соразмерять права человека и ценности общего блага и в чем состоит то существо права, в которое не может вторгаться федеральный законодатель? Естественнo-правовая концепция, на которую в основном ориентируется Конституционный Суд, не дает ответа на эти вопросы.

Поэтому в своем Постановлении 2005 г. (п. 4) Суд весьма произвольно связал существо права на политическое объединение с сохранением в стране своеобразно трактуемой им многопартийности. “Количественные критерии, – отмечает Суд, – могут приобрести неконституционный характер в том случае, если результатом их применения окажется невозможность реального осуществления конституционного права граждан на объединение в политические партии, в том числе, если ... на их основании будет создана лишь одна политическая партия”<sup>35</sup>. Очевидно, что, следуя этой логике, можно оправдать практически любое законодательное повышение численности политической партии. По сути дела, Суд подменил вопрос о неправомерном ограничении права на политическое объединение вопросом о полной ликвидации этого права (что соответствует условиям однопартийной системы). В Постановлении 2007 г.<sup>36</sup> (п. 3) повторяется процитированная выше формулировка и далее отмечается, что требования к созданию политической партии обусловлены “становлением устойчивой многопартийности как одной из основ конституционного строя Российской Федерации”. По-видимому, Суд полагает, что ограничение права на политическое объединение, вводимое путем установления численности партии на уровне 50 тыс. членов, является соразмерным такой ценности, как защита основ конституционного строя. Между тем, с еще большим основанием можно было бы сказать, что защита демократических основ конституционного строя

<sup>33</sup> Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 311.

<sup>34</sup> Там же. С. 311–312.

<sup>35</sup> Собрание законодательства РФ. 2005. № 6. Ст. 491; 2007. № 30. Ст. 3989.

<sup>36</sup> См.: Собрание законодательства РФ. 2007. № 30. Ст. 3989.

<sup>32</sup> См.: Нерсисянц В.С. Философия права. С. 462–465.

предполагает обеспечение реальной политической конкуренции, означающее возможность создания политической партии без использования административного ресурса (что в наших условиях нереально при столь завышенных требованиях к численности партии).

Рассмотрим эту ситуацию с позиций либертарной концепции, согласно которой право человека может быть ограничено законом только с целью защиты других прав и только в той мере, в какой это не нарушает принцип равенства при осуществлении данного права. Применительно к нашему случаю это означает следующее. Если законодатель считает, что без указания в законе требований к численности партии осуществление данного права может быть связано с нарушением других прав человека (например, права участвовать в управлении делами государства), то он может ввести соответствующее ограничение права на объединение. Такое ограничение будет правомерным, поскольку участие в выборах под видом политических партий различного рода клановых организаций, обслуживающих частные интересы, может дезориентировать избирателей и привести к искажению их воли. Но при этом законодатель не должен вторгаться в существо права на объединение, т.е. не должен нарушать принцип равенства в сфере его реализации. Численность общероссийской политической партии должна быть такова, чтобы гарантировать отсутствие привилегий и дискриминации при реализации конституционного права на политическое объединение. Это означает, что закон о партиях должен предоставить политически активным гражданам реальную возможность создать общенациональную партию, опираясь лишь на свой энтузиазм, свои организационные ресурсы и политический потенциал своей идеологии. При решении этого вопроса Суд должен был бы путем юридико-политологической экспертизы (т.е. с учетом всего законодательного и социально-политического контекста) выяснить, с какого порога законодательные требования к минимальной численности партии становятся препятствием для создания партии “снизу” путем политической самоорганизации рядовых граждан. Думаю, что в этом случае Конституционный Суд РФ вряд ли признал бы правомерными рассмотренные им требования к численности политической партии.

Таким образом, мы видим, что научно-практический потенциал либертарной концепции права позволяет ей служить более эффективным, чем естественно-правовая доктрина, теоретическим инструментом решения актуальных задач отечественной правовой практики. При этом для практического применения этого подхода вовсе не надо быть философом права. Каждый человек (законодатель, правоприменитель или рядовой гражданин), зная социально-правовой контекст действия нормы, может с достаточной, а в идеале –

с математической (потому что “право – это математика свободы”) четкостью определить, есть ли в сфере реализации данной нормы дискриминация одних субъектов правового общения и привилегии для других. С позиций такого подхода вопрос о мере ограничения права – это вопрос не субъективного усмотрения по поводу соотношения права человека с ценностями общего блага, а научного знания.

Другое направление критики либертарной концепции права более серьезно. Оно связано с недостаточной проясненностью в рамках данной концепции вопроса о социальном содержании правового принципа формального равенства. Неслучайно, именно в этом вопросе наметились расхождения между автором концепции и целым рядом (если не большинством) его сторонников, которые исходят из того, что правовое равенство есть чистое равенство людей перед единой для всех нормой (т.е. равенство между деянием и воздаянием), никак не откорректированное с учетом их социальных и биологических различий. Отсюда следует отрицание правовой природы социального государства и, соответственно, социального законодательства. “Сущность социального законодательства, – отмечает, в частности, В.А. Четвернин, – это привилегии, льготы и преимущества, или так называемая позитивная дискриминация”<sup>37</sup>. Такую позицию О.В. Мартышин называет “типичной для либертаристов”. Но встречается, говорит он, и “нетипичная позиция. Она представлена создателем теории, акад. В.С. Нерсисяцем”<sup>38</sup>. На самом деле нет нескольких (типичных и нетипичных) либертарных концепций права. Есть цельная и последовательная либертарная концепция права В.С. Нерсисянца, в которой принцип формального правового равенства не только не исключает правовую природу социального государства, но и допускает в исторической перспективе возможность дополнения и обогащения этого принципа “качественно новым моментом – уже приобретенным реальным субъективным правом каждого на одинаковый для всех минимум собственности”<sup>39</sup>. И есть авторы, которые, соглашаясь с отдельными положениями либертарной теории, в своей трактовке содержания принципа формального правового равенства склоняются к иной позиции, развиваемой в русле идей либерального фундаментализма Ф. Хайека, М. Фридмана и т.д.

Хотя проблема правовой природы социального государства В.С. Нерсисяцем специально не рассматривалась, тем не менее он в достаточной

<sup>37</sup> Четвернин В.А. Лекции по теории права. Вып. 1. М., 2000. С. 48.

<sup>38</sup> Там же. С. 14.

<sup>39</sup> Нерсисянец В.С. Философия права. С. 424.

мере прояснил свою позицию по этому вопросу в связи с анализом справедливости как сущностного свойства права. Обосновывая внутреннее единство справедливости и правового равенства, он писал: “Те или иные требования так называемой социальной справедливости с правовой точки зрения имеют рациональный смысл и могут быть признаны и удовлетворены лишь постольку, поскольку они согласуемы с правовой всеобщностью и равенством, и их, следовательно, можно выразить в виде абстрактно-всеобщих требований самой *правовой справедливости* (курсив мой. – В.Л.) в соответствующих областях социальной жизни. И то, что обычно именуется социальной справедливостью, может как соответствовать праву, так и отрицать его”<sup>40</sup>.

Правда, В.С. Нерсисянц не уделил достаточного внимания этой проблеме, отчасти, по-видимому, не желая полемизировать с немногочисленными союзниками по пониманию права как формы свободы, а главное, потому, что в свете его **концепции цивилизма**<sup>41</sup> (которая в этом вопросе пошла гораздо дальше, обогатив принцип формального равенства “качественно новым моментом – уже приобретенным реальным субъективным правом каждого на одинаковый для всех минимум

собственности”)<sup>42</sup> проблема правовой природы социального государства утратила для него свою актуальность. Цивилизм как новый общественный строй, в основе которого лежит признание за каждым гражданином страны личного, прирожденного и неотчуждаемого права на равную долю от десоциализации некогда “общенародной собственности” – это, по мнению автора концепции, единственно правовой (а следовательно, приемлемый для всего общества) путь от социалистической собственности “всех вместе и никого в отдельности” к индивидуализированной (но не частной по своей экономической сути) форме собственности. В противном случае, считал он, страна надолго погрязнет в ситуации неофеодального симбиоза власти и собственности.

Проблема философско-правового осмысления концепции цивилизма как логического продолжения и теоретического развития либертарного правопонимания еще ждет своих исследователей. В конечном итоге речь идет о раскрытии социально обусловленного характера формального правового равенства, которое в трактовке В.С. Нерсисянца предстает не как заданное раз и навсегда “чистое” равенство между деянием и воздаянием, а как гораздо более сложная, исторически изменчивая модель равенства, содержание которого уточняется по мере правового развития человечества<sup>43</sup>. И одна из задач юридической науки состоит в том, чтобы на каждом новом историческом этапе наполнить правовой принцип формального равенства адекватным данному историческому контексту социальным содержанием.

<sup>40</sup> Там же. С. 48.

<sup>41</sup> См.: Нерсисянц В.С. Закономерности становления и развития социалистической собственности // Вестник АН СССР. 1989. № 9; *Его же*. Концепция гражданской собственности // Сов. гос. и право. 1989. № 10; *Его же*. Прогресс равенства и будущее социализма // Вопросы философии. 1990. № 3; *Его же*. Продолжение истории: от социализма к цивилизму // Вопросы философии. 1993. № 4; *Его же*. Цивилизм как национальная идея // Нез. газ. 1995. 1 нояб.; *Его же*. Манифест о цивилизме. М., 2000 и др.

<sup>42</sup> Нерсисянц В.С. Философия права. С. 424.

<sup>43</sup> См.: Лапаева В.В. Правовой принцип формального равенства // Журнал рос. права. 2008. № 3. С. 72–80.