

В.А. Четвернин
к.ю.н., заведующий лабораторией теоретических
исследований права и государства ГУ-ВШЭ,
профессор ГУ-ВШЭ

ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКАЯ ИНТЕРПРЕТАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

1. Представления о правах человека определяются типом правопонимания – представлениями о соотношении права и свободы, права и силы и, в конечном счете, сущностью того объекта, социального явления, которое называют правом в соответствующем типе правопонимания. Таких типов только два – потестарный («позитивистский») и либертарный (либертарно-юридический). Правом в них называются разные объекты: в потестарном понимании это принудительный социальный порядок как таковой, существующий в любой цивилизации, а в либертарном – это тоже принудительный социальный порядок, но только в цивилизации, принципом которой является свобода. Поэтому невозможно «интегративное правопонимание».

Противоположность потестарного и либертарного типов правопонимания определяется не просто разным употреблением термина «право». Даже если либертаристы согласятся, что правом «в широком значении», в формальном смысле следует считать принудительный порядок как атрибут любой цивилизации, все равно остается научная необходимость различения двух типов цивилизации (и двух типов социокультуры), не замечать которые может только вульгарно-

феноменалистическая доктрина. И оказывается, что если в одних культурах свободная социальная деятельность оценивается как позитивная, или правомерная (в формальном смысле), то в других – как негативная, противоправная. Таким образом, с позиции содержания «правового» регулирования придется различать «право» двух типов, и если одно из них считать правовым по содержанию, то противоположное нужно признать по содержанию антиправовым. Тогда получится, что и публично-властная организация, дающая «формально-правовое» регулирование, по содержанию может быть правовой, но может быть и неправовой. Однако к такому выводу не способна доктрина, обслуживающая интересы правящих групп и поэтому всегда и везде пользующаяся поддержкой власти (поэтому позитивизм исключает содержание из своего понятия «права» и дает потестарную интерпретацию «правового» регулирования).

И не случайно речь идет именно о свободной социальной деятельности и ее оценке в разном социокультурном контексте. Ибо в рациональном дискурсе можно признать только два исходных принципа, или два начала построения социокультуры – свобода и власть, и третьего в этом ряду быть не может: либо все люди равны и сами определяют свое поведение (во всяком случае это не запрещено), и культурной нормой является такое положение, когда люди живут своей жизнью, так, как считают нужным, либо нормой является то, что одни заставляют других поступать так, как в противном случае те не поступили бы¹. Эти два начала проявляются и в двух типах социокультуры

¹ Вот как эта мысль излагается американским теоретиком современного либертаризма Д. Боузом: «В известном смысле можно утверждать, что история знает только две политические философии: свобода и власть. Либо люди свободны жить своей жизнью, так, как считают нужным, если они уважают равные права других, либо одни люди будут иметь возможность заставлять других поступать

или типах цивилизации (так называемые смешанные цивилизационные типы, в конечном счете, относятся к одному из двух базовых), и в двух типах правопонимания и употребления термина «право».

Два типа социокультуры (или цивилизации), хорошо известные, например, как «западный» и «восточный» («незападный»)², я обозначаю как *правовой* и *потестарный* типы, полагая правовой такую культуру, в которой принципом или нормой социального бытия является свобода.

Говоря о двух типах социокультуры, я понимаю их как идеальные типы: в любой реальной цивилизованной культуре существуют субкультуры обоих типов, но один из них доминирует, что и позволяет относить культуру в целом³.

Поскольку типы правопонимания суть проявления или атрибуты соответствующего типа социокультуры (соответствующей субкультуры в реальных культурах), то культурологическая картина типов правопонимания выглядит следующим образом. В реальных культурах правового типа проявляются (и конкурируют) оба типа правопонима-

так, как в противном случае те бы не поступили. Нет ничего удивительного в том, что власть имущих всегда больше привлекала философия власти. У нее было много названий: цезаризм, восточный деспотизм, теократия, социализм, фашизм, коммунизм, монархия, уджамаа, государство всеобщего благосостояния, – и аргументы в пользу каждой из этих систем были достаточно разнообразными, чтобы скрыть схожесть сути. Философия свободы также появлялась под разными названиями, но ее защитников связывала общая нить: уважение к отдельному человеку, уверенность в способности простых людей принимать мудрые решения относительно собственной жизни и неприятие тех, кто готов прибегнуть к насилию, чтобы получить желаемое» (Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика. Челябинск, 2004. С. 31).

² О различиях в социокультурных условиях жизни общества и соответствующих различиях в правопонимании на Западе и Востоке см.: Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 21–31.

³ По существу о том же рассуждал и Ю.М. Лотман, говоря о типологическом принципе (см.: Лотман Ю.М. «Договор» и «вручение себя» как архетипические модели культуры // Лотман Ю.М. Избранные статьи: В 3 т. Т. 3. Таллинн, 1993. С. 345–355).

ния – либертарно-юридический, поскольку здесь доминирует правовая субкультура, и потестарный, поскольку он так или иначе культивируется властью. В культурах же потестарного типа однозначно доминирует потестарное правопонимание, а либертарное, подавляемое средствами «идеологической борьбы» (вплоть до уничтожения носителей соответствующей субкультуры), либо находится в зачаточном состоянии, либо является маргинальным, как в современной России.

2. *Либертаризм* представляет собой культуру (и теоретическое выражение этой культуры), в которой свобода является высшей ценностью. Этим либертаризм отличается от эгалитаризма (атрибута потестарной культуры), требующего равенства в ущерб свободе, в частности, от эгалитаристского требования равных фактических возможностей использования равных прав⁴.

Юридический *либертаризм* определяет право как необходимую форму *свободы* (равенство в *свободе*, или *формальное* равенство) и в таком качестве объясняет его как специфический, не универсальный соционормативный регулятор. Это фундаментальное теоретическое положение объединяет сегодня ученых российской либертарно-юридической школы, созданной В.С. Нерсисянцем. Однако в рамках этой школы существуют и различия в понимании формального равенства.

Формальное равенство означает признание людей равными, не взирая на фактические различия между ними, в частности, *имущественные или социобиологические различия*⁵. При правовом регулирова-

⁴ Например, такое требование есть даже в Конституции России: «Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации» (ч. 3 ст. 19 Конституции РФ).

⁵ Противоположную позицию по этому вопросу см.: *Лапаева В.В.* Правовой принцип формального равенства // Журнал российского права. 2008. № 2.

нии люди имеют формально равные возможности свободной самореализации в обществе и государстве, хотя фактически возможности у всех разные. Люди уравниваются как свободные индивиды, а не как носители каких-то социальных ролей или качеств – все последние признаются вторичными по отношению к первичной роли свободного индивида и являются у всех людей разными в силу фактически разных возможностей, способностей, намерений и т.д.

Понятно, что социальная система, которая была бы построена исключительно по принципу формального равенства, невозможна логически и никогда не существовала исторически. Правовое регулирование (там, где оно есть) всегда дополняется неправовым – уравнительно-перераспределительным. В частности, в условиях западного социал-капитализма, с одной стороны, люди признаются равными в свободе самореализации, с другой – доминирующая идеология провозглашает каждого человека достойным иметь некий минимум социальных благ – даже в том случае, когда человек не в состоянии получить его собственными усилиями в условиях равной для всех свободы; его размер является величиной неопределенной и неопределяемой – любое его определение произвольно. Это идеология уравнительно-перераспределительная: неимущие получают минимум социальных благ за счет имущих, т.е. имеют потребительские привилегии; но поскольку эта идеология возникла в контексте правовой культуры, ее риторика маскируется под правовую: «*право* на социальное обеспечение (бесплатное или социальное жилье, образование, здравоохранение)», «*право* на защиту от безработицы» и т.п. Причем, поскольку логически и технически невозможно выделить группу «объективно неспособных полноценно пользоваться свободой», то некоторые из этих социальных благ (особенно образование и здравоохранение) га-

рантируются всем, и соответствующие «права» провозглашаются принадлежащими «каждому». В итоге перераспределение становится функцией публичной власти, наряду с функцией обеспечения правовой свободы, с правовыми институтами государства конкурируют институты перераспределительные, т.е. силовые.

Либертаризм открыто заявляет, что права инструментальны по отношению к удовлетворению потребностей, что правовая свобода — необходимое, но не достаточное условие приобретения социальных благ и что правовая свобода есть ценность более высокая, чем потребительское благополучие каждого человека. Напротив, эгалитаризм, использующий юридическую риторику, не заявляет открыто о приоритете потребительского благополучия для всех, но предпочитает говорить о социальной справедливости, например, о том, что «общество» должно компенсировать неконкурентным их неконкурентоспособность или что социально сильные должны компенсировать «обществу» то, что они присвоили не за счет собственных усилий и способностей, а благодаря уже накопленному богатству, «монополизму». Либертаризм указывает, что перераспределительная функция предполагает целый класс перераспределяющей бюрократии (начинается с малого, а заканчивается господством этой бюрократии) и «большое правительство», обладающее такими силовыми ресурсами, что сохранение свободы оказывается под угрозой. Либертаризм предупреждает, что нигде и никогда правящие группы не заботились о социально слабых вопреки интересам социально сильных. Напротив, эгалитаризм уповает на мудрого и справедливого законодателя, который «должен» подтягивать социально слабых и ограничивать, сдерживать социально сильных, и в этом аспекте эгалитаризм выступает как утопическая идеология. Ибо перераспределительная функция выгодна только пра-

вящему классу – тем, кто имеет доступ к перераспределительным рычагам.

Либертаризм не отрицает, что правовая свобода (и, прежде всего, свободная конкуренция) имеет разную ценность для разных социальных групп – конкурентных и неконкурентных, имущих и неимущих, собственников и несобственников средств производства (ресурсов жизнедеятельности). Свобода и собственность – в сущности одно и то же. Свобода человека возможна только в обществе, в котором сложился институт собственности, т.е. такой порядок отношений, при котором ресурсы жизнедеятельности присваиваются. Правовые нормы и правовой способ общения складываются в отношениях обмена между субъектами, которые признают друг друга собственниками обмениваемых благ. Поскольку право, абстрагируясь от фактических различий, абстрагируется и от имущественных различий, исторически постепенно субъектами права и субъектами равноправными становятся все – собственники и несобственники. Но господство права, доминирование социальных институтов правового типа возможно только там, где примерно 2/3 членов общества способны обеспечивать себе благополучие (по стандартам данного общества) по правилам правовой свободы и примерно половина из них владеет объектами собственности, доходы от которых позволяют не работать по найму.

3. Если под «правом» понимать принудительный порядок независимо от его содержания, то права человека оказываются мерой дозволенного поведения, производной от закона, от «воли господствующего класса» или иной правящей группы, от некоего «государства» – субъекта таинственного и всемогущего, источника социальных благ и носителя высшей силы. В этой, потестарной, парадигме социум мыслится, прежде всего, как система властеотношений, как господство

одних людей над другими, и человек как таковой представляется как существо изначально, онтологически бесправное, права которого могут быть только октроированными⁶. При такой интерпретации не может быть *естественных* (дозаконных) прав человека «в юридическом смысле»⁷. То, что здесь называется естественными правами, считается моральными притязаниями, духовными или общекультурными предпосылками, а «юридические» основные права и свободы интерпретируются в этом их «юридическом» качестве исключительно как результат властного признания моральных и подобных требований. Содержание и объем прав человека полагаются в потестарной парадигме случайными: здесь допускается, что «право» в какой-то культуре может и не признавать никаких прав человека, что в разных странах, культурах, у разных народов могут быть в сущности противоположные представления об основных правах, включая отрицание индивидуальной свободы и признание только групповых, коллективных прав, и что даже в одном и том же государстве может быть одновременно право собственности и «право» правительства отнимать у имущих столько, сколько требуется для того, чтобы безвозмездно предоставлять материальные блага тем, кто не может за них заплатить.

Если же понимать право как необходимую форму свободы и правовое принуждение – исключительно как средство против агрессивного насилия, против посягательств на свободу, то права человека выглядят совсем иным образом.

⁶ По существу здесь имеется в виду, что одни люди, организованные так, что они подчиняют себе всех остальных и контролируют ресурсы жизнедеятельности, могут дать подвластным в рамках принудительного порядка большую или меньшую свободу, могут произвольно наделять слабейших и наименее обеспеченных необходимыми социальными благами.

⁷ В потестарной (силовой) парадигме «право» есть разновидность властвования, а «юридическое» означает нечто властно-принудительное.

С позиции либертаризма права человека в сущности и в их генезисе – это безусловные притязания индивидов на свободную самореализацию в обществе и государстве. Они возникают и развиваются по мере исторического прогресса свободы, независимо от их официального признания, провозглашения и формулирования (разумеется, ради их всеобщего соблюдения они нуждаются в таком признании и формулировании). Они существуют не в силу их установления неким властным субъектом, а в силу объективного процесса правообразования. Законодатели лишь фиксируют этот процесс. Отсюда – характеристика прав человека как неотъемлемых и неотчуждаемых: человек не может быть лишен этих прав (человек может быть ограничен в пользовании этими правами в рамках юридической ответственности) и заявление человека об отказе от этих прав не порождает юридических последствий.

Исторически право возникает с появлением индивидуальной свободы. Свободные индивиды – носители, суть и смысл права. Причем в исторически неразвитой правовой культуре (греко-римская античность, западный феодализм) существуют не только свободные или частично свободные (субъекты права, хотя и неполноправные), но и несвободные (объекты права). В этой ситуации правовой принцип уже проявляется, но здесь еще нет всеобщего правового равенства. Лишь при капитализме правовая свобода становится равной для всех.

Всеобщее равноправие является высшим историческим проявлением правового равенства. Его нормативным выражением служит положение, сформулированное в ч.2 ст.19 Конституции РФ: «Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, от-

ношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности».

Равноправие не тождественно равенству перед законом. Равенство перед законом означает применение закона в равной мере ко всем его адресатам без исключения. Равенство перед правовым, справедливым законом есть одно из проявлений равноправия. Но если закон – правонарушающий, противоречащий принципу права, нарушающий равноправие, то и равенство перед таким законом есть нарушение равноправия. Равенство перед судом можно рассматривать как одно из проявлений формального равенства, равноправия, но, опять же, только в том случае, если суд правовой, справедливый, беспристрастный. Перед таким судом все формально равны.

Правовая свобода индивидов (частных лиц) означает возможность действовать по принципу «разрешено все, что не запрещено правом». На властных субъектов этот принцип не распространяется. При правовом регулировании властеотношений законы дозволяют властные полномочия и запрещают употреблять власть за пределами дозволенного. Государственно-властные субъекты (государственные органы и должностные лица государства) законодательно наделяются властными *правомочиями*, т.е. только такой компетенцией, которая необходима для обеспечения правовой свободы. Поэтому государственно-властным субъектам запрещено все, что им не разрешено.

Конечно, в самих отношениях повеления-подчинения никакого равенства нет. Формальное равенство остается за пределами этих отношений. Если подчиняющийся обязан подчиняться лишь в пределах того, что право дозволяет повелевающему субъекту, то во всем ос-

тальном обычные члены общества и люди, выступающие от имени государства, формально равны.

Правовая свобода существует лишь в таком социуме, в котором достигнута, признается и властно обеспечивается хотя бы необходимый, неотъемлемый минимум исходных прав индивида. Без этих прав люди не могут быть субъектами права. Это то, без чего нет «материи» права. Следовательно, критерий, позволяющий различать правовую и неправовую культуры и в рамках первой – правовые и правонарушающие законы, – это *минимальная неотъемлемая свобода*. Правовой закон не может запрещать то, что относится к минимальной неотъемлемой свободе. Точно так же правовой закон не может позволять властным субъектам вторгаться в сферу минимальной неотъемлемой свободы.

Но в каждой реальной правовой культуре есть свои представления о минимальной неотъемлемой свободе. Права человека – разные в разных правовых культурах, и они развиваются по мере исторического прогресса свободы. Минимальная неотъемлемая свобода, права человека – это понятия с культурно-исторически изменяющимся содержанием.

Объем и содержание свободы, которая признается минимальной и неотъемлемой в конкретной культуре, определяются развитостью ее правовой субкультуры. В неразвитой правовой ситуации не может быть всех тех прав человека, которые в развитой признаются неотъемлемыми правами. Например, в неразвитой правовой культуре может не быть свободы передвижения и поселения в ее современном понимании, свободы вероисповедания, избирательных и других политических прав и свобод.

Но в любой реальной правовой культуре есть хотя бы *minimum*

minimorum – абсолютный минимум правовой свободы. Сюда входят три компонента: личная свобода, собственность и безопасность, обеспеченная публично-властными органами (государством). Личная свобода включает в себя свободу распоряжаться собой и своими способностями, неприкосновенность, право на частную жизнь. Собственность означает право быть собственником и право собственника свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом (собственность как социальный институт означает такой порядок отношений в обществе, при котором ресурсы жизнедеятельности присваиваются). Безопасность подразумевает право на публично-властную защиту от противоправных посягательств, особенно, судебную защиту (безопасность возможна лишь постольку, поскольку публично-властные институты выполняют функцию обеспечения правовой свободы). Без этих прав (взаимосвязанных компонентов правовой свободы) нет свободы вообще.

То, что сегодня признается минимальной неотъемлемой свободой в наиболее развитых правовых культурах, по объему и содержанию существенно шире, чем названный *minimum minimorum*. В западноевропейской культуре сегодня признается даже неотъемлемое право на жизнь, что исключает смертную казнь.

По традиции права человека называются естественными, но это не значит, что они естественные в прямом смысле – природные, прирожденные или принадлежащие каждому от рождения. Права человека, как и право вообще – это социокультурное, а не природное явление, и те или иные права принадлежат человеку не «от рождения человеком», а от рождения в таком социуме (в силу нахождения в таком социуме), в котором эти права признаются за каждым человеком.

4. Государство как объект юриспруденции (в либертарном ее

понимании) представляет собой публично-властные институты правового типа (публично-правовые институты), т.е. институты, обеспечивающие равенство в свободе и, в конечном счете, удовлетворение потребностей посредством свободного эквивалентного обмена. (Это утверждение не отрицает, что реальные государства демонстрируют как правовые, так и перераспределительные институты, и если при капитализме правовые доминируют, то при социал-капитализме современного западного образца они конкурируют). В рамках правовых публично-властных институтов положение человека (члена общества или гражданина государства) описывается двумя его фундаментальными правоотношениями с аппаратом государственной власти («государством», людьми, выполняющими публично-властные социальные роли).

В первом правоотношении у человека есть безусловные права, а у государства – безусловная обязанность признавать, соблюдать и защищать эти права. В этом правоотношении у государства нет прав по отношению к человеку, и у последнего нет обязанностей по отношению к государству, т.е. нет каких-либо обязанностей человека, исполнением которых обусловлена реализация его прав и свобод.

Во втором правоотношении у государства есть право устанавливать законы, необходимые для обеспечения правовой свободы, и принуждать к их соблюдению, к законопослушности, а у человека – обязанность соблюдать законы, быть законопослушным. Каждый обязан соблюдать права и свободы других, и государство, с его законами, способно принуждать к выполнению этой обязанности. Эта абстрактная обязанность конкретизируется множеством законов, устанавливающих пределы правомерного поведения, определяющих, что именно обязан делать человек и что он обязан не делать, чтобы не нарушать права других.

Права человека по своему задержанию – это одновременно и обязанности (любому субъективному праву соответствует юридическая обязанность): например, утверждение «каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность» равносильно утверждению «каждый обязан не посягать на свободу и личную неприкосновенность других».

На этот счет бытует заблуждение: якобы, помимо обязанности не нарушать права других, есть иные основные обязанности человека, перечисляемые в конституции. Однако, во-первых, конкретные обязанности охватываются обязанностью соблюдать законы, во-вторых, не может быть иных *юридических* обязанностей, кроме обязанности соблюдать права и свободы других.

Таким образом, есть только одна обязанность человека по отношению к государству. Это абстрактная обязанность выполнять конкретные обязанности, установленные законами. Причем нельзя говорить об обязанности соблюдать *правовые* законы, хотя в правовом государстве предполагается именно *правовой* характер законов. Человек-субъект права должен быть законопослушным постольку, поскольку государственно-властная организация и законы *в общем и целом* обеспечивают его права, и вне государства правовой свободы быть не может.

Иначе говоря, в правовом государстве, где в общем и целом соблюдаются права человека, действует *презумпция правового характера законов*, в частности, презумпция их *конституционности*.

Эта презумпция не исключает возможности отдельных правонарушающих законов и других противоправных властных актов. Но пока закон не отменен, его придется соблюдать. Если человек считает, что закон или основанный на законе административный приказ нару-

шает его права, он, тем не менее, обязан выполнять предписания закона (законные требования административных органов), и государство в лице административных органов вправе принуждать его к законопослушности. Противное означало бы анархию.

Другое дело, что обязанность быть законопослушным не исключает право оспаривать законы в компетентном суде. В правовом государстве человек, считающий, что его права нарушены решениями или действиями государственной власти, конечно же, не вправе препятствовать ее осуществлению, например, административным действиям, особенно, если это законные действия. Но после их совершения, он вправе использовать юридические механизмы и процедуры для защиты своих прав. При этом он вступает в спор о нарушенном праве с государственно-властными субъектами (включая законодателя) – обращается с иском (жалобой) в компетентный суд, который вправе признать государственно-властный акт, включая закон, противоправным и не имеющим юридической силы и, таким образом, восстановить нарушенное право.

Итак, есть два фундаментальных правоотношения: в первом у человека – права, а у государства – обязанность их признавать, соблюдать и защищать; во втором у государства – право принуждать, а у человека – обязанность быть законопослушным. Эти два правоотношения неверно объединять в одно правоотношение, в котором человек и государство связаны *взаимными* правами или *взаимными* обязанностями. Нельзя представлять их как некое договорное правоотношение, в котором государство обязуется обеспечивать права индивидов, а индивиды обязуются быть законопослушными.

Юридическая конструкция *взаимных* прав и обязанностей применима только в сфере частного права – к отношениям обмена. Толь-

ко в обменных правоотношениях стороны связаны взаимными правами и взаимными обязанностями. Например, обязанность продавца передать товар обусловлена обязанностью покупателя заплатить цену; и если покупатель не выполняет свою обязанность, то и продавец не обязан передавать товар покупателю. Но в сфере публичного права нет никакого обмена и поэтому не может быть *взаимных* прав и обязанностей. Индивид и государство ни чем не обмениваются и не принимают на себя взаимные обязательства.

Правовая свобода возможна лишь при условии подчинения каждого общим для всех законам. Каждый обязан быть законопослушным независимо от того, как, в его представлении, обеспечиваются его права. Если человек считает, что его права нарушаются, недостаточно обеспечиваются, не соблюдаются государственно-властными субъектами, он должен искать законные способы защиты прав.

Государство обязано признавать, соблюдать и защищать права человека независимо от того, как конкретный человек выполняет обязанность быть законопослушным. Иная точка зрения по этому вопросу означает, что человек, нарушающий обязанность быть законопослушным, может быть лишен прав. Но эти права не «даются» в обмен или в награду за законопослушность, они не дарованные и неотъемлемые. Правомерно лишь ограничить осуществление индивидом своих прав – в качестве наказания за совершение преступления (по существу, то, что называется лишением свободы, – это временное или пожизненное ограничение возможности использовать некоторые права и свободы).

5. Совокупность основных прав человека составляет его *общий правовой статус*, который складывается из трех составляющих: *status negativus*, *status activus*, *status positivus*. Ниже приводится «логический

ряд» прав человека, отдельные из которых могут и не признаваться в реальных неразвитых правовых культурах.

Status negativus – это права, которые очерчивают сферу свободной жизнедеятельности, в которую не вправе вмешиваться ни частные лица, ни государство. Сюда входят: право на уважение достоинства личности (включая запрет подвергать человека унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию); право на личную свободу и неприкосновенность (включая запрет силового принуждения к труду); право частной собственности (право каждого быть собственником и право собственника свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом) и право наследования; неприкосновенность собственности, включая запрет конфискации в виде наказания; если имущество нажито преступным путем, то потерпевшие, включая государство, вправе требовать возмещения вреда, но не конфискации; неприкосновенность частной жизни; право на защиту своей чести и доброго имени; этим полагается предел свободе выражения и распространения мнений и убеждений; тайна коммуникаций; неприкосновенность жилища; право на этническую и культурную самоидентификацию (право каждого определять свою этническую принадлежность, пользоваться родным языком и свободно выбирать язык общения); свобода передвижения и выбора места пребывания и жительства (при условии, что человек законно находится на территории государства); свобода совести и вероисповедания; свобода предпринимательства (экономической деятельности); право на свободный доступ к образованию и культурным ценностям, находящимся в публичной собственности; свобода творчества и преподавания.

В современной юридической риторике используется и словосочетание «право на жизнь» (включая право не быть подвергнутым

смертной казни). Оно провозглашено в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантируется Конституцией РФ 1993 г. (правда, Конституция одновременно признает право на жизнь и допускает смертную казнь), однако такого права не существует. Жизнь не есть такое благо, на которое можно *иметь право* или *не иметь* права. Жизнь, как и смерть, есть судьба, фатальность, счастливая или несчастная, но отнюдь не право. Любое право можно нарушить, а потом восстановить, а «право на жизнь» нельзя нарушить в том же смысле. Из запрета смертной казни, введенного по соображениям гуманизма, ее неэффективности и т.п., вовсе не вытекает вербальная конструкция «право на жизнь».

Status activus образуют права на участие в формировании и осуществлении государственной власти и местного самоуправления, на участие в публичной жизни как индивидуально, так и совместно с другими, а также право на самозащиту: свобода выражения мнений и убеждений; свобода информации и средств массовой информации; право на объединение, включая право создавать профессиональные и конфессиональные союзы; право граждан на проведение публичных мероприятий, свобода собраний и манифестаций; избирательные права граждан; право на референдум; право петиций; право на местное самоуправление; право на самозащиту и пресечение правонарушений; необходимая оборона.

Status positivus образуют права на государственную защиту правовой свободы (полицейскую и судебную), права на публично-властное обеспечение *безопасности*. Эти права можно рассматривать и как гарантии прав и свобод, названных выше. К ним относятся права на защиту от правонарушений, особенно преступлений, на защиту прав, нарушенных преступлением или иным правонарушением; право

на государственно-властное обеспечение компенсации ущерба, причиненного правонарушением, включая право на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями органов государственной власти или их должностных лиц; права, обеспечивающие доступ к правосудию (на обжалование в суд решений и действий государственных органов и должностных лиц, право на защиту прав и свобод судом административной или конституционной юрисдикции); право лица на решение судом вопроса о правомерности его задержания (правило *habeas corpus*); основные процессуальные права; права на справедливое судебное разбирательство, на беспристрастный суд (включая запрет возлагать доказывание невиновности на обвиняемого, толкование неустранимых сомнений в виновности в пользу обвиняемого, право не давать показания против себя и своих близких, недопустимость повторного осуждения за одно и то же преступление), права на «своего судью» и на рассмотрение дела судом присяжных; право на пересмотр приговора вышестоящим судом; право на квалифицированную юридическую помощь – не только в виде государственного обвинителя, прокурора, но и государственного защитника, адвоката.

Во второй половине XX века понятие безопасности, обеспечиваемой государством, расширилось вследствие глобального экологического кризиса; сегодня признается право на экологическую безопасность, которому соответствует обязанность государства осуществлять специфическими государственно-властными средствами защиту окружающей среды и обеспечивать граждан достоверной информацией о ее состоянии.

Однако нет и не может быть «права на благоприятную окружающую среду» (это нечто аналогичное «праву на жизнь»), как не

может быть «права на дождь», «на хорошую погоду», «на урожайный год» и т.п. Хотя экологический кризис – результат человеческой деятельности, государственно-правовое регулирование этой деятельности не может создать «благоприятную окружающую среду». Государственно-правовыми средствами можно лишь препятствовать дальнейшему уничтожению человеком экосистем и природы в целом, но нельзя препятствовать природным явлениям – ураганам и засухам, землетрясениям и «озоновым дырам», влиянию космоса и периодическим глобальным изменениям климата.

Права на безопасность следует отличать от притязаний социально слабых на так называемую социальную защищенность – потребительские привилегии.

6. Права человека в реальных правовых культурах не зависят от усмотрения властных субъектов, законодателей не только в негативном, но и в позитивном смысле. Законы в национальной правовой культуре не могут отменять или запрещать права человека, которые уже достигнуты этой культурой (законы могут их лишь нарушать). Но точно так же законы не могут порождать или учреждать права и свободы, которые еще не достигнуты в национальной правовой культуре. Объем и содержание прав человека в неразвитой правовой культуре не могут быть такими же, как и в развитой, пусть даже эти культуры существуют одновременно. И когда в стране с отсталой правовой культурой принимается конституция, в которой воспроизводятся формулировки о правах человека, достигнутых в наиболее развитых культурах, то отсталая культура от этого не становится развитой, и права человека не становятся реальностью. Можно перечислить в конституции все права и свободы, известные на сегодняшний день; но если подавляющее большинство населения не осознает их смысл, то

конституционные положения о правах человека фиктивны. Конституционный каталог прав и свобод делает человека свободным не более, чем поваренная книга – сытым.

В связи с этим нужно пояснить различие теоретических представлений о праве и правах человека в рамках формально-догматического и в рамках современного институционального («социологического») подходов.

Для этого нужно определить, что представляет собой право как объект, изучаемый социальной наукой юриспруденцией, в частности, теоретической юриспруденцией (наукой, объясняющей право) в ее либертарной версии. В отличие от легистики (науки об официально-властных текстах, законах⁸), объектом юриспруденции, как и любой социальной науки, является социум – социальная жизнь, социальное поведение людей, социальные отношения, точнее – тот аспект социальной деятельности, который демонстрирует наличие особых, правовых норм.

Право как реальный объект представляет собой социальные нормы, или социальные институты, т.е. определенный порядок социальных отношений. О наличии или отсутствии той или иной социальной нормы в конкретном обществе (и вообще о нормах и институтах этого общества) свидетельствует поведение людей, деятельность: норма есть тогда, когда есть некий порядок социальной деятельности, когда поведение людей, их отношения демонстрируют наличие некоего правила.

По существу этим и определяется то, что называют современ-

⁸ Мамут Л.С. Юриспруденция и легалистика // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. СПб., 2006. С. 7–23.

ным институциональным подходом к праву⁹, и этот институциональный подход может использоваться как в потестарном, так и в либертарном правопонимании.

Следует различать реально существующие социальные нормы и модели социальной деятельности, которые узакониваются по инициативе и под давлением заинтересованных групп, объявляются обязательными. Их отождествление характерно для потестарной парадигмы легистского позитивизма: здесь считается, что если законодатель-носитель верховной власти описал некую модель социальной деятельности (и приказал следовать ей), то возникла особая социальная норма – «правовая» норма; верховно-властное веление признается социальной нормой, поскольку считается, что правители имеют достаточные силовые ресурсы, для того чтобы регулировать социальную жизнь.

Независимо от этой потестарной парадигмы широко распространено формально-догматическое понимание правовых норм: «нормой» права называется законоположение, официальный текст, а реальный порядок социальных отношений рассматривается как самостоятельное явление, которое по своему содержанию должно соответствовать «нормам» права (и тогда получается «правопорядок»), но может и не соответствовать (когда «нормы» права якобы есть, но они «нарушаются» или просто не соблюдаются).

Таким образом, при формалистическом понимании нормы, если социальная жизнь не соответствует тому, что смоделировано в официальном тексте о социальной жизни, все равно этот текст считается содержащим «нормы». В результате формалистическая юриспруденция

⁹ См.: *MacCormick N.* Institutions of law: An essay in legal theory (law, state and practical reason). Oxford, 2007; *MacCormick N., Weinberger O.* An institutional theory of law: new approaches to legal positivism. Dordrecht, 1986; *Morton P.* An institutional theory of law: keeping law in its place. Oxford, 1998.

занимается изучением текстов, иногда (в России – это обычное дело) не имеющих отношения к действительности (и называет эти тексты правом), а в ответ на вопрос, что делать, чтобы реальность соответствовала содержанию текстов, предлагает заменить имеющееся описание репрессивного механизма (существующего, главным образом, именно в виде его описания в официальном тексте) описанием более жесткого репрессивного механизма. Такое положение известно как «юридический кретинизм», хотя правильно говорить о кретинизме леги́стском, законническом.

Итак, если признать, что право – это социальные нормы (институты), то следует учитывать, что социальные нормы могут и не совпадать с властно декларированными законами. Даже если некий закон (официальный текст) содержит правовые положения, это еще не значит, что он описывает правовые *нормы*.

То, что сегодня в России описывается в официальных текстах в качестве прав человека, «списано» с текстов, отражающих реальность в наиболее развитых правовых культурах. По объему и содержанию этот каталог прав человека существенно шире, чем *minimum minimumum* свободы. В то же время в России еще не сложились социальные институты, свидетельствующие о том, что хотя бы *minimum minimumum* правовой свободы уже достигнут.