

## Юридический позитивизм и права человека

Автор: Н. В. ВАРЛАМОВА

### Виды юридического позитивизма и интерпретации прав человека

В европейской правовой мысли издавна различают (и противопоставляют) позитивистский и непозитивистский подходы к пониманию права. Концептуально юридический позитивизм оформился в XVIII в., его основоположниками считают Т. Гоббса, И. Бентама и Дж. Остина. К началу XX в. с утверждением позитивизма в качестве философской базы не только естественных, но и общественных наук позитивистское направление в юриспруденции заняло господствующие позиции, которые оно с большим или меньшим успехом продолжает удерживать и сегодня. Весьма показательным в этом отношении название статьи Т. Радько и Н. Медведевой "Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России" [Радько, Медведева, 2005], явно претендующей на программный характер. В лоне позитивизма, в конечном счете, остаются большинство исследователей, стремящихся синтезировать его положения с идеями естественно-правовой школы (так называемый мягкий позитивизм [McLeod, 1999, p. 18], допускающий морально-нравственную оценку позитивного права, признавая, однако, лишь его реально действующим [Ященко, 1999; Мартышин, 2003, с. 13 - 21]<sup>1</sup>). Позитивистской ориентации придерживаются авторы, развивающие, по их утверждению, нетрадиционные (неклассические, постклассические, постнеклассические, постмодернистские, постпостмодернистские, интегральные, интегративные и т.п.) подходы к пониманию права [Берман, 1999, с. 340 - 363; Овчинников, 2002; Поляков, 2004<sup>а</sup>; Честнов, 2002].

*Гносеологические основы юридического позитивизма*, как и философского позитивизма в целом, выражены в учении О. Конта [Конт, 2001]. Следуя его постулатам, юридический позитивизм ограничивает задачу правопведения "познанием и описанием правовых норм и установленных ими отношений между определенными фактами" [Чистое... 1987, с. 105] и неизменно уклоняется от субстанционально-ценностного обоснования действующего правопорядка. Для него характерно представление о праве как о системе норм (правил поведения), реализация которых обеспечивается принудительно. 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 объ-

<sup>1</sup> Справедливости ради надо отметить, что возможность моральной критики права не исключал и И. Бентам, предлагая следующий "рецепт жизни под властью закона": "соблюдать пунктуально, критиковать свободно" (цит. по [Харт, 2005, с. 108]).

*В а р л а м о в а* Наталья Владимировна - кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Института государства и права РАН.

активации, способам принудительного обеспечения [Дворкин, 2004, с. 38-45; Харт, 2005, с. 112; Zagrebelsky, 2003, p. 622].

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 (правоотношений), и в виде отражения этих правил и норм в сознании участников правоотношений (правосознания). Теоретическому мышлению всегда присуще стремление редуцировать осваиваемый эмпирический материал, свести все многообразие внешних проявлений изучаемого объекта к некоей 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" посредством обоснования различных логико-иерархических взаимосвязей между образующими его нормами [Чистое... 1987; 1988; Харт, 2007].

Сторонники *социологического позитивизма* считают первоосновой права правоотношения. С их точки зрения право - реальный порядок общественных отношений; закон с большей или меньшей адекватностью 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 социального права - правовых систем, вырабатываемых и поддерживаемых различными социальными структурами (семьей, корпорацией), то есть по сути отрицали роль права как средства конституирования единого (общеобязательного) социального порядка [Гурвич, 2004; Поляков, 2004<sup>a</sup>].

*Антропологический позитивизм*, тесно смыкающийся 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 исследовании психических переживаний человека, его чувств, представлений, эмоций, воли и т.п. Крупнейшей антрополого-позитивистской концепцией является психологическая теория права Л. Петражицкого [Петражицкий, 2000], серьезное влияние которой испытали такие видные представители социологического позитивизма, как Ж. Гурвич, П. Сорокин, Н. Тимашев.

Несмотря на 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. Таким образом, юридический позитивизм демистифицировал право (что было присуще многим метафизическим естественно-правовым концепциям), но одновременно и лишил его содержательной специфики. Кредо позитивистов четко выразил наиболее последовательный из них Г. Кельзен: "...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" [Чистое... 1988, с. 74].

Позитивисты всех поколений и направлений проводят четкое различие между правом, какое оно есть, и правом, каким оно должно быть [Харт, 2005]. 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 права, не вдаваясь в рассуждения о том,

каким это самое право должно быть. Последняя проблематика составляет предмет этики и политики. Юриспруденция (позитивистская) исходит из принципиального разграничения права и морали, под которой, в свою очередь, понимаются любые стандарты оценки человеческого поведения, не являющиеся правом, то есть не получившие тем или иным образом статус обязательных и принудительно поддерживаемых правил поведения [Фулер, 2005, с. 128]. 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, наоборот, из одного того, что норма является морально желательной, не следует наделять ее правовым статусом" [Харт, 2005, с. 110].

Такие исходные установки, по мнению позитивистов, обеспечивают объективность и нейтральность производимого ими юридического знания. Так, 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 ... 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" [Чистое... 1987, с. 143 - 144].

Однако на деле декларируемая идеологическая (ценностная) нейтральность оказывается мнимой. Кельзен однажды признал, что вся система его собственных взглядов может с успехом опираться на эмоциональное предпочтение идеала порядка, возвышающегося над идеалом справедливости (цит. по [Фулер, 2005, с. 126]).

Чтобы выявить истинные эмоциональные (ценностные) предпочтения, стоящие за той или иной позитивистской трактовкой права, необходимо обратиться к предлагаемому в ее рамках истолкованию юридических категорий более частного характера. Наиболее показательны в этом отношении позитивистские концепции прав человека, точнее - надлежащего положения человека в государстве и обществе. Они раскрывают подлинный смысл и практические следствия юридического позитивизма, которые часто остаются завуалированными в теоретических построениях более абстрактного характера.

Юридический позитивизм во всех своих проявлениях восходит к "командной" теории права Остина, утверждавшего, что право - это приказ суверена своим подчиненным, то есть требование должного поведения, исходящее прямо или опосредованно от лица или группы лиц, осуществляющих высшую суверенную власть в рамках определенного политического сообщества [Austin, 1832, p. 11]. Отсюда неизбежно следует сугубо октроированный (производный от воли суверена) характер прав человека. Они рассматриваются как поведенческие возможности, предоставляемые человеку властью. Далее, обратим внимание, что вслед за Остиным в позитивистской традиции принято говорить о праве как о требовании должного поведения. Другими словами, предоставленная и гарантированная государством возможность определенного поведения выступает не только правом, но и обязанностью человека, ибо обеспечивается ему для достижения каких-либо преследуемых сувереном целей.

Наиболее отчетливо эта идея была выражена в *советском легизме*: "...создателем права является государство, оно же является и источником прав отдельных личностей. Таким образом, не личность жертвует часть своих прав государству, но само государство наделяет граждан правами, т.е. государство определяет личности сферу ее свободы в деле проявления ею своей инициативы, но и эту инициативу личность может проявлять и свою, предоставленную ей государством, свободу осуществлять не исключительно в своих личных интересах, но в интересах общих, всего коллектива, или, как неоднократно говорит нам закон: "в целях развития производительных сил"". Гражданин "получает свои права... не ради своих милых глаз, не на основании своего рождения и не для достижения своих личных целей, но от государства, из рук господствующего класса, в интересах общественных, в целях осуществления своих обязанностей, лежащих на нем как на члене общества, как на участнике в процессе производства и распределения". По-

этому "права как гражданские, так и публичные должны рассматриваться как средства для осуществления гражданином его официальных функций, его общественных обязанностей. Это значит, что право, принадлежащее личности, есть не столько свобода личности, сколько ее общественная обязанность" [Малицкий, 1925, с. 48].

Такие представления о правах человека основывались на том, что "в советском праве не существует противоположения государства и личности как равноценных величин. В советском праве, в соответствии с его коммунистическими основами, интересы личности занимают подчиненное государству положение" [Евтихийев, 1925, с. 4 - 5].

В ходе дальнейшего развития, освободившись от некоторых крайностей послереволюционного периода, советская теория прав человека не отказалась от своих базовых постулатов - октроированности прав и свобод и их однопорядковости с обязанностями. "Учредителем" основных прав и свобод граждан признавалось Советское государство. И юридические права, и юридические обязанности рассматривались как заключающие в себе одновременно и возможное, и необходимое поведение, ибо в каждом основном праве и каждой основной обязанности с необходимостью наличествуют и свобода, и ответственность [Воеводин, 1972, с. 104, 31, 73]. Поэтому "содержание любого записанного в Конституции права нельзя ни правильно понять, ни оценить, если смотреть на него только как на юридическое средство выражения свободы и не видеть в нем также наличия ответственности. Ответственность в процессе реализации конституционных прав выражается в стремлении советских граждан выбрать такой вариант поведения, который наиболее полно соответствует интересам советского общества и государства" [Воеводин, 1972, с. 74]. Нераздельность свободы и ответственности в содержании прав советских граждан обуславливалась единством личных и общественных интересов при социализме, которое выступало в качестве основного юридического принципа правового статуса личности, и перспективой слияния прав и обязанностей в единые нормы коммунистического общежития [Воеводин, 1972, с. 124, 75].

Эти теоретические конструкции представляли собой вполне адекватную интерпретацию марксистско-ленинской идеологии, практики социалистического строительства и конституционных установлений. Согласно Конституции СССР 1936 г., свобода слова, печати, собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций, а также право объединения в общественные организации обеспечивались советским гражданам в соответствии с интересами трудящихся и в целях укрепления социалистического строя (ст. 125, 126). Конституция СССР 1977 г. предоставляла эти же права в соответствии с интересами народа, в целях укрепления и развития социалистического строя и коммунистического строительства (ст. 50, 51). Даже свобода научного, технического и художественного творчества гарантировалась в соответствии с целями коммунистического строительства (ст. 47).

Статья 1 Гражданского кодекса РСФСР от 31 октября 1922 г. устанавливала, что гражданские права охраняются законом за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением, а в ст. 4 сообщалось, что РСФСР предоставляет гражданам гражданскую правоспособность (способность иметь гражданские права и обязанности) "в целях развития производительных сил страны".

Сегодня такое представление о правах человека выглядит архаичным. Современные российские теоретики, придерживающиеся легистского позитивизма, сообразуясь с положениями ныне действующей Конституции РФ, не могут полностью отрицать идеологию естественных и неотчуждаемых прав человека. Однако при этом естественные права человека рассматриваются "в качестве элементов морали и правосознания", которые "приобретают юридическую силу, становятся правовыми явлениями в собственном смысле этого слова лишь после того, как получают закрепление в качестве норм действующего в государстве, то есть позитивного права". Позитивное же право "как система норм призвано направлять избирательные акты людей относительно объективно возможных и должных вариантов поведения таким образом, чтобы их реальное поведе-

ние соответствовало выраженной в праве государственной воле общества" [Байтин, 2005, с. 516, 79].

Таким образом, естественное право лишается "силы закона, характера высшего права не в моральном, а в юридическом смысле", не признаются его притязания на то, чтобы быть реально действующим правом, так как "человек не имеет прав вне общества и государства, он может их получить в государстве лишь благодаря признанию концепции прав человека, но это признание всегда останется ненадежным, ибо оно зависит от воли и гарантий государства" [Мартышин, 2003, с. 20]. Относительно действенности таких государственных гарантий еще в самом начале XX в. высказался российский юрист Г. Шершеневич: "Гипотетически государственная власть может установить законом социалистический строй или восстановить крепостное право; издать акт о национализации всей земли; взять половину всех имеющихся у граждан средств; обратить всех живущих в стране иудеев в христианство; запретить все церкви; отказаться от своих долговых обязательств; ввести всеобщее обязательное обучение или запретить всякое обучение, уничтожить брак и т.п." [Шершеневич, 1910, с. 217]. Последующие события в России и некоторых других странах показали, что эти возможности не являются для государства сугубо гипотетическими.

Признание обусловленности прав человека его обязанностями (социальными функциями, ответственностью перед обществом и т.п.) характерно и для целого ряда социолого-позитивистских концепций. Так, *французские солидаристы* стремились "постоянно ставить на место прав обязанности и тем сильнее подчинить личность общественной ответственности" (цит. по [Дюги, 1908, с. 23]). Конт полагал, что "позитивное состояние, не признающее небесных титулов, безусловно отвергает идею права. Каждый имеет обязанности и притом по отношению ко всем, но никто не имеет никакого права в собственном смысле слова. Никто не имеет другого права, - кроме права всегда исполнять свой долг" (цит. по [Дюги, 1909, с. 9]). Солидаристы исходили из того, что "всякий человек является, являлся и всегда будет являться лишь частью какой-либо человеческой группы". В рамках этой группы люди соединены "узлами *социальной солидарности*". Эта солидарность и есть "истинное основание права" [Дюги, 1908, с. 12, 13, 18].

Солидаристы отвергают идею юридического равенства: "Отношение к людям должно быть различно, так как люди различны; их юридическое состояние, будучи лишь выражением их отношения к себе подобным, должно быть различным для каждого из них, так как глубоко различна роль каждого по отношению ко всем" [Дюги, 1908, с. 9]. Несмотря на то, что "правовая норма одна и та же для всех людей, так как она на всех возлагает сотрудничество в социальной солидарности, она, тем не менее, на всех возлагает различные обязанности, так как способности и условия людей различны и, следовательно, они должны различно сотрудничать в социальной солидарности" [Дюги, 1908, с. 19].

Реализация солидаристских принципов на деле приводит к установлению хорошо нам известного социального порядка. Проговариваются об этом (о положении человека в условиях обосновываемой социальной организации) и сами солидаристы: "...в нормальном состоянии человечества каждый гражданин является государственным чиновником, атрибуты которого определяют его обязанности и права" (цит. по [Дюги, 1909, с. 9]). Выдающееся место в таком обществе будущего отводится юристам: "на них будет лежать распределение функций и обязанностей между отдельными индивидами и классами" [Дюги, 1909, с. 80].

Воззрениям солидаристов созвучны представления отечественных *евразийцев* о наиболее совершенном типе общественных отношений ("общественном идеале"), который предполагает "внутреннее, органическое сочетание прав и обязанностей", когда право "пропитывается обязанностью, а обязанность правом", образуя то, что они называют "правообязанностью" [Алексеев, 1998, с. 158 - 159]. В государстве, основанном на таком общественном идеале, "признается право свободы или самоопределения, однако оно обязывает: 1) государство не только к тому, чтобы признавать это право и защищать от правонарушений, но и к тому, чтобы активно бороться с антисоциальными последствиями этой свободы, которые отнимают у нее всякий смысл и приводят к ее отрицанию...

2) самих носителей этих прав не только к тому, чтобы воздерживаться от правонарушений, но и к пользованию своими правами в соответствии с интересами социального целого; 3) всех третьих лиц не только к тому, чтобы воздерживаться от вторжения в чужую свободу, но и к тому, чтобы оказывать влияние на проявление последней в целях общественной солидарности и общего блага". Таким образом, свобода в государстве оказывается "идеально соединена с повиновением"; при этом сама свобода понимается как "свобода органической принадлежности к целому" [Алексеев, 1998, с. 511, 160].

Современные идеологи евразийства считают концепцию правообязанности Н. Алексеева, признаваемого ими в качестве главного теоретика "евразийской юриспруденции", излишне мягкой. По их мнению, надо говорить только об обязанностях, которые есть у человека в так называемом тягловом государстве [Дугин, 1998, с. 13 - 14]. Это следует из "философской установки традиционного общества, которая рассматривает индивидуума как часть целого, как несамостоятельную и несамодостаточную проекцию на единичное всеобщего. Отсюда индивидуум представляется лишь частичкой единого целого - церкви, государства, народа, нации, общины, это - общинный принцип, принцип предшествования общего в формировании целого... "Коммуна", "Gemeinschaft", "община" предполагают, что целое предшествует частному, предопределяет его, и поэтому у частного перед целым есть только обязанности" [Дугин, 1998, с. 12]. Личность в таком "тягловом", или "обязательном", государстве означает "функцию" и "роль", "маску", "а не самостоятельную и суверенную, автономную единицу. Эти личности-маски являются дискретными формами выражения единого - общины, народа, государства. Они выполняют "тягловую функцию", "тянут" лямку общественного бытия, которая так тяжела именно потому, что речь идет об операции со всеобщим, с целостным, с единым". "В наиболее чистой форме такая "тягловая система" вообще не знает и не признает никаких прав, но повсюду утверждает только обязанности" [Дугин, 1998, с. 13, 12].

По мнению А. Полякова, адекватная современности постнеклассическая теория прав человека должна базироваться на **антрополого-коммуникативном правопонимании** (в основе своей - социолого-позитивистском), согласно которому права человека "существуют не сами по себе, а оказываются связанными и с правовыми обязанностями, и с правовыми нормами, и с правовыми текстами государства в рамках рекурсивной системы правовых коммуникаций". Права человека здесь рассматриваются как притязания субъекта "на определенную меру свободного социального поведения, обеспеченного обязанным поведением других субъектов". Но при этом ""оправданность" данных притязаний выводится из правовых норм, объективированных в различных первичных и вторичных правовых текстах и легитимированных в рамках жизненного мира социума" [Поляков, 2004<sup>6</sup>, с. 317 - 318]. "Легитимация является процедурой, подтверждающей справедливость соответствующих правопритязаний". Права человека "не могут существовать вне коммуникации, а, следовательно, и вне правовых обязанностей и морально-правовой ответственности. Права человека как мера его социальной свободы оказываются неразрывно связанными с ответственностью". Поскольку в каждом обществе социальные интересы, обуславливающее положение человека в социальной организации, "определяются многими социокультурными обстоятельствами, конкретный "каталог" прав и обязанностей человека и гражданина исторически изменчив и соответствует закономерностям развития правовой культуры в рамках конкретного жизненного мира" [Поляков, 2004<sup>6</sup>, с. 319 - 320].

Таким образом, и эта в целом более либеральная концепция утверждает производность прав человека (гарантируемой ему свободы поведения) от объективного права (норм, принятых в социуме) и их обусловленность его обязанностями и ответственностью перед социумом, в том числе и неправового, морального характера.

**Позитивистско-утилитаристские концепции** права, восходящие к учению Бентама, в целом являются индивидуалистически ориентированными. Бентам полагал основным принципом права принцип полезности, понимаемый как обеспечение "наибольшего счастья наибольшего числа людей", которое достигается посредством воздействия законодателя на человека через страдания и удовольствия в качестве стимулов к надле-

жащему поведению [Бентам, 1998]. Современные утилитаристы исходят из того, что цель права - обеспечение максимального среднего уровня благосостояния в обществе, причем общее благосостояние определяется как функция от благополучия отдельных индивидов. Утилитаристы неизменно отвергают представления об обществе как о самостоятельной сущности, имеющей свои собственные интересы и права. Но одновременно, следуя Бентаму и позитивистской традиции в целом, они утверждают, что право создается в результате решений законодателей, которые выбирают оптимальные пути достижения этой цели. Все права, которыми обладает индивид, производны от таких решений, то есть существуют, лишь поскольку они признаны объективным правом, и могут быть им признаны, только если удовлетворяют требованию полезности. Идея естественных прав человека, которые не производны от государства и могут быть противопоставлены его власти, для утилитаристов неприемлема [Дворкин, 2004]<sup>2</sup>.

Социально нейтральные *неопозитивистские концепции* права не уделяют специального внимания проблематике прав человека, ограничиваясь исключительно юридико-догматическим анализом прав и обязанностей субъектов права. Кельзен, например, обосновывает их тождественность без привлечения социально-исторических или идеологических аргументов, а сугубо логически как неизбежное следствие последовательно позитивистского понимания права. Определяя право как систему норм, то есть правил должного поведения, имеющих общее основание действительности, он усматривает основную и первичную функцию права в создании обязанностей [Чистое... 1987].

Конечно, нормы могут не только предписывать или запрещать определенное поведение (обязывать), но и дозволять (уполномочивать, предоставлять право). Но это дозволение (незапрещение определенного поведения) приобретает юридический смысл и значение, только если другой индивид или другие индивиды юридически обязаны вести себя по отношению к управомоченному лицу определенным образом (совершить определенные действия или воздержаться от них). В таком контексте ""право" или "притязание" одного индивида есть не что иное, как обязанность другого или других... Это право есть лишь отражение этой обязанности" [Чистое... 1987, с. 160, 170 - 172].

Таким образом, юридический позитивизм (в его и легистской, и социологической разновидностях) утверждает приоритет социального целого (государства, общества) над личностью. Человек немислим вне социальной общности, поглощается ею и не может иметь по отношению к ней никаких безусловных притязаний. При этом не имеет значения, отождествляет ли это социальное целое с государством (классический легизм), с совокупностью образующих его индивидов (солидаризм, утилитаризм), с самостоятельной и самодовлеющей органической сущностью (евразийство) или с самим правопорядком (позитивным правом) как единственной юридической реальностью в отличие от реальности социальной и политической (Кельзен). В конечном счете все позитивистские трактовки прав человека обосновывают в качестве принципа общественного устройства власть и подчинение в рамках установленной системы социальной стратификации. Им чуждо представление о субъекте права как о "некоей независимой от правопорядка правовой сущности, т.е. о некоей правовой субъективности, которую право, так сказать, обнаруживает уже готовой - будь то в индивиде или в некоторой общности - и которую ему лишь остается признать, причем ему с необходимостью следует признать ее, если оно не хочет утратить своего характера "права"" [Чистое... 1988, с. 38]. Правовой субъект не воспринимается как "категория трансцендентная по отношению к объективному, а именно созданному и изменяемому людьми праву", а субъективное право - как "институт, полагающий непреодолимый предел содержательному формированию правопорядка". Идея "независимого в своем существовании от объективного права правового субъекта как носителя субъективного права, которое есть не меньше (а, может

<sup>2</sup> Исключением является так называемый рациональный утилитаризм Г. Спенсера, основанный на признании естественного характера индивидуальных прав, обеспечение которых создает условия правильного существования общества [Спенсер, 2007].

быть, даже и больше) "право", чем право объективное... опирается на этические ценности индивидуальной свободы и автономии личности", с точки зрения которых "порядок, не признающий человека свободной личностью... вообще не должен считаться правопорядком" [Чистое... 1988, с. 39 - 40].

Исключение составляет *социолого-позитивистская интерпретация права и прав человека, развиваемая* в рамках англосаксонской правовой традиции. Характерные для нее установки типа *ubi jus, ibi remedium* (право там, где есть защита) и понимание верховенства права как подчинение каждого обычному закону, применяемому обычными судами [Дайси, 1907, с. 220], носят вполне позитивистский характер. Однако закон здесь мыслится не как произвольное установление власти, а как признание и подтверждение ею "древних прав и вольностей английского народа", а значит - и средство ее ограничения. Через всю историю Англии проходит понимание закона как договорной двухсторонне обязывающей нормы, предусматривающей право короля на законное повиновение подданных и право народа требовать соблюдения законных пределов власти (как раз и определяемых его исконными вольностями) [Еллинек, 1905, с. 40]. При этом сам закон (воплощенные в нем принципы и нормы) воспринимается результатом (обобщением) "судебных решений, определяющих права частных лиц в отдельных случаях, представленных на решение судов". Отсюда и английская "конституция не была учреждена, но выросла", то есть явилась "результатом не законодательства в обычном смысле слова, а тех состязаний, которые велись в судах из-за прав отдельных лиц" [Дайси, 1907, с. 222 - 223]. Таким образом, английское конституционное право "является не источником, но следствием прав частных лиц, которые определяются и защищаются судами", ибо "принципы гражданского права были настолько развиты судами и парламентом, что ими определяется даже положение короны и ее слуг, так что конституция является результатом обыкновенного права страны" [Дайси, 1907, с. 231].

Другими словами, не корона (власть) определяет права подданных, а права подданных определяют положение короны (пределы ее власти). Не случайно именно в контексте такого юридического мировоззрения сформировались и в теории, и в социально-политическом плане представления о неоктроированном характере прав человека, которые сегодня доминируют в западной правовой культуре даже при декларируемой приверженности позитивистской традиции.

### **Юридический позитивизм в современной России**

В России на протяжении веков формировался принципиально иной тип правовой культуры: "Не индивидуалистические права человека выдвигались на первый план, а права в единстве с обязанностями и ответственностью. Права, *соединяющие* людей в общество, а не противопоставляющие субъектов друг другу и не разъединяющие их, права, предполагающие приоритет моральной обязанности и чувство социального долга - таков "архитипичный" идеал русской правовой культуры" [Поляков, 2006, с. 88]. Поэтому начавшееся в XIX в. приобщение российской юриспруденции к западной правовой традиции вылилось в восприятие прежде всего позитивистских концепций, которые и сегодня доминируют в отечественной теории права.

Между тем действующая Конституция РФ провозглашает и обосновывает другой тип правопонимания - идеологию естественных и неотчуждаемых прав человека, которые признаются существующими объективно, имеющими дозаконотворческий и незаконотворческий характер (неоктроированными), очерчивающими сферу индивидуальной свободы и тем самым ограничивающими государственную власть. Основные права и свободы человека непосредственно входят в правовую систему страны, независимо от их закрепления в позитивном праве (законах и иных официальных актах), более того, имеют в ней приоритетное значение. Таким образом, право перестает быть продуктом властного произвола. Его источник кроется не в государственной воле или социальной практике, а в естественных и неотчуждаемых правах и свободах человека, конкретизацией которых оно является. Причем именно права человека выступают целью и оправ-

данием существования государства, призванного обеспечивать надлежащие гарантии их осуществления и защиты.

Именно такое понимание права - основа современной западной юридической науки и практики. Представляется, что именно из него должна исходить и отечественная теория права. Однако на деле соответствующие положения Конституции РФ (ст. 2, 17, 18, 55 и др.) так и не получили должного теоретического осмысления.

Большинство российских теоретиков права и государства игнорируют принципы идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека, зафиксированные в Конституции. Одновременно предпринимаются и откровенные попытки выхолостить, дезавуировать содержание конституционных норм. Так, в научно-практическом комментарии к Конституции РФ для обоснования приоритета внутренних правовых актов по отношению к общепризнанным принципам и нормам международного права отмечается, что положение ч. 1 ст. 17 Конституции<sup>3</sup> "имеет характер общей политической декларации" и "не определяет иерархическое положение соответствующих принципов и норм в российской правовой системе" [Конституция РФ... 1997, с. 161].

Н. Колдаева утверждает, что ст. 2 Конституции ("Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства") "несет лишь идеологическую нагрузку и не является правовой нормой" [Колдаева, 1995, с. 40]. По мнению академика В. Кудрявцева, принципы правовой государственности, закрепленные в Конституции, предполагают лишь связанность государства им же самим созданными юридическими нормами (то есть интерпретируются в смысле позитивистской концепции государства законности) [Кудрявцев, 1994, с. 3 - 8]. Н. Марченко ориентирует студентов на то, "что в правотворческой и правоприменительной деятельности государственных органов России и других стран доминирующими являются идеи единства, неделимости права и закона; между правом и законом не проводится никакого различия" [Марченко, 1996, с. 59].

О. Мартышин считает едва ли не самым негативным явлением в юридической науке за последнее десятилетие утверждение приоритета прав личности, которые, по его мнению, на самом деле находятся в одном ряду с благом народа, интересами государства и т.п. ценностями. Обосновывать обратное (ставить права человека выше прав всего общества или его части), считает он, значит оправдывать необузданный эгоизм и индивидуализм. При этом ст. 2 Конституции, из которой сторонники данного "общественно опасного тезиса" выводят признание приоритета прав человека, Мартышин определяет как имеющую лишь "лозунговый характер", "неудачный текст, лишенный юридической определенности" [Мартышин, 2000, с. 9]<sup>4</sup>.

Примеры можно продолжить. Большинство работ по теории права и государства представляют собой скрытый или явный отказ от идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека и демонстрируют возврат к прежнему советскому (по крайней мере, времен "социалистического общенародного государства") типу правопонимания, характерной чертой которого, в частности, являлось и восприятие Конституции как набора ни к чему не обязывающих деклараций.

<sup>3</sup> "В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией".

<sup>4</sup> Показательно, что более двух столетий назад в Европе подобным образом оценивали принятие французской Декларации прав человека и гражданина: "Политики и историки тщательно взвешивали его значение и нередко приходили к выводу, что именно оно содействовало наступлению той анархии, которая водворилась во Франции после взятия Бастилии. Доказывали, что отвлеченные формулы "Декларации" допускают самое разнообразное толкование, и что поэтому они опасны. Утверждали, что она лишена реального политического содержания и живого понимания деятельности государства. Говорили, что бессодержательный пафос ее смутил умы, затуманил спокойное суждение, разжег страсти, убил чувство долга - ведь об обязанностях в ней не говорится" [Еллинек, 1905, с. 1].

Устойчивость позитивистского правопонимания в современной России закономерна. При нормальном развитии общественных процессов представления о естественном и неотчуждаемом характере прав человека обосновываются мыслителями и признаются государством лишь после того, как приобретают характер социально-политических притязаний. Именно так было в Западной Европе в эпоху Реформации [Еллинек, 1905]. Современная же Россия заимствовала идеологию естественных неотчуждаемых прав человека в отсутствие адекватной социальной практики - гражданского общества, представленного свободными собственниками, заинтересованными в государственном признании, уважении и защите свободы, безопасности и собственности.

Любое заимствование чревато поверхностностью и формальностью восприятия, а также существенными искажениями. Воспроизведение в Конституции идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека - лишь первый шаг к ее интериоризации, которая предполагает теоретическое освоение конституционных положений (надлежащее осмысление и конкретизацию, позволяющие имплементировать их в законодательство и правоприменительную практику) и формирование соответствующей социально-экономической базы (гражданского общества). Другими словами, обществу (а вместе с ним и науке) еще предстоит "дорастить" до своей Конституции и позитивированной в ней доктрины.

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Алексеев Н. Н.* Русский народ и государство. М., 1998.
- Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005.
- Бентам И.* Введение в основание нравственности и законодательства. М., 1998.
- Берман Г. Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999.
- Воеводин Л. Д.* Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972.
- Гурвич Г. Д.* Философия и социология права. Избр. соч. СПб., 2004.
- Дэйси А. В.* Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции. М., 1907.
- Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004.
- Дугин А.* Предисловие. Теория Евразийского государства // *Алексеев Н. Н.* Русский народ и государство. М., 1998.
- Дьюи Д.* Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908.
- Дьюи Л.* Социальное право. Индивидуальное право. Преобразование государства. СПб., 1909.
- Евтихийев А. Ф.* Основы советского административного права. Харьков, 1925.
- Еллинек Г.* Декларация прав человека и гражданина. М., 1905.
- Колдаева Н. П.* К вопросу о роли идеологических факторов в правообразовании // Теория права: новые идеи. Вып. 4. М., 1995.
- Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий / Под ред. Б. Топорнина. М., 1997.
- Конт О.* Дух позитивной философии. СПб., 2001.
- Кудрявцев В. Н.* О правопонимании и законности // Государство и право. 1994. N 3.
- Малицкий А.* Советская конституция. Харьков, 1925.
- Мартышин О. В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. N 6.
- Мартышин О. В.* Теория государства и права в постсоветское десятилетие. Некоторые итоги // Право и политика. 2000. N 7.
- Марченко М. Н.* Теория государства и права. Учебник для вузов. М., 1996.
- Овчинников А. И.* Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов-на-Дону, 2002.
- Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.
- Поляков А. В.* Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004<sup>a</sup>.

- Поляков А. В.* Антрополого-коммуникативное обоснование прав человека // *Право и общество: от конфликта к консенсусу.* СПб., 2004<sup>б</sup>.
- 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.
- Радько Т. Н., Медведева Н. Т.* Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России // *Государство и право.* 2005. N 3.
- Спенсер Г.* Личность и государство. Челябинск, 2007.
- Фулер Л. Л.* Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // *Правоведение.* 2005. N 6.
- Харт Г. Л. А.* Позитивизм и разграничение права и морали // *Правоведение.* 2005. N 5.
- Харт Г. Л. А.* Понятие права. СПб., 2007.
- Честное И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002.
- Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 1. М., 1987.
- Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988.
- Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1910.
- Яценко А. С.* Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. СПб., 1999.
- Austin J.* The Province of Jurisprudence Determined and the Study of Jurisprudence. London, 1832.
- McLeod I.* Legal Theory. London, 1999.
- Zagrebelsky G.* Ronald Dworkin's Doctrine on Legal Principles: An Italian Point of View // *International Journal of Constitution Law (I.CON).* 2003. Vol. 1. N 4.