



Профессор Университета Буэнос-Айреса. Член Исполнительного Комитета Международной ассоциации философии права и социальной философии (IVR) с 1987 г., 1991-1999 – вице-президент, 1999-2003 – президент IVR.

Член Международного Редакционного совета журнала «Проблемы философии права» и постоянный его автор. В предыдущем номере опубликована статья Е.Буллыгина «К проблеме объективности права»

Евгений Булыгин

Университет Буэнос-Айреса (Аргентина)

К ПРОБЛЕМЕ ОБОСНОВАНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

(Перевод с немецкого А. В. Стовбы; научное редактирование С. И. Максимова)

В наше время проблема прав человека не только превратилась в одну из важнейших тем теоретических исследований, в которых живо участвуют представители различных дисциплин (юристы, философы, политологи, социологи и др.), но и оказалась также в высшей степени актуальным вопросом относительно исходного пункта практической политики, значение которого трудно переоценить.

В этой статье я собираюсь обсудить проблему обоснования прав человека. В ходе исторического развития учения о правах человека предлагались различные способы обоснования. Почти все эти предложения исходили из того, что права человека не могут или, по крайней мере, не могут быть обоснованы *исключительно* в рамках позитивного права, так как идея прав человека особенно обретает значение тогда, когда эти права не признаются и нарушаются позитивным правопорядком. Приведем пример *Карлоса Нино*¹: когда во имя прав человека критикуется Китай за то, что там не допускаются никакие иные политические партии, кроме коммунистической, то ответ, что действующий в этой стране правопорядок запрещает иные партии, является явно неудовлетворительным. Такой ответ, если он верен, только подтверждает легитимность критики. В этом смысле кажется ясным, что права человека не могут быть редуцированы к нормативному регулированию позитивного правопорядка, ибо

они устанавливают рамки, которые делают возможной критику норм и институтов позитивного права. Это видимо приводит к следствию, что когда позитивный правопорядок устанавливает права человека, он только признает уже существующие и независимые от позитивного правопорядка права.

Что же такое эти права человека, независимые от позитивного права?

Первая историческая формулировка прав человека в конце 18-го века (Билль о правах Конституции Виржинии 1776 г., французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г.) апеллирует непосредственно к естественному праву. Права человека – суть установленные естественным правом права, и их существование не зависит от позитивного правопорядка. На долю позитивного законодателя остается лишь их признание.

На протяжении 19-го века это обоснование прав человека утратило свою убедительность, так как позитивистско-правовое мировоззрение, которое отрицает существование предшествующего позитивному праву и независимого от него права естественного, стало общепринятым. Впрочем, это положение вещей едва ли ощущалось как потеря, ибо права человека вошли в позитивное право в форме конституционных прав и гарантий. Эти конституционные права и гарантии имели также практическое признание, по меньшей мере, в «цивилизованном» мире. При этом следует отметить, что тогда под «цивилизованным» миром понимались центральная Европа

¹ *Carlos S. Nino, Etica y Derechos Humanos, Buenos Aires 1984, 24.*

и Соединенные Штаты, что же происходило в остальной части мира, интересовало мало.

Только с появлением в течение 20–30-х годов прошлого столетия в европейских странах тоталитарных режимов, которые на корню пресекли демократические и либеральные конституции с их гарантиями, стала ощущаться настоятельная необходимость дать правам человека иное, нежели позитивно-правовое обоснование, для того, чтобы было возможно защищать их от тоталитарных режимов. При этом произошло расширение границ «цивилизованного» мира, так как сегодня положение в Судане, Конго, Афганистане или Боливии не может более рассматриваться с тем безразличием, как это было в 19 веке.

Практическая проблема, которая при этом возникла, – отыскать убедительное обоснование кары за преступления Третьего рейха, – после Второй мировой войны вызвала, прежде всего в Германии, реакцию против ранее господствовавшего правового позитивизма, приведшую к своего рода возрождению естественного права.

Однако то, что апелляция к естественному праву убедительна не только психологически, но и предоставляет теоретически оправданное обоснование для упомянутой выше проблемы, весьма сомнительно¹. Во всяком случае, в оживленной полемике 50-х годов находится мало теоретически обоснованных аргументов против позитивизма; в основном нападки базировались на понятийных затруднениях. Так, например, приписывались всем позитивистам определенные тезисы, отстаивавшиеся в лучшем случае лишь отдельными незначительными последователями, которые ни в коем случае не могли быть отнесены к главным представителям позитивизма в социальных науках, таким, как Кельзен или Макс Вебер. Правовой позитивизм как таковой обвинялся в утверждении того тезиса, что всякое позитивное право и в особенности изданная государственной властью норма рассматривались как действительные, и тем самым имеющие моральную претензию на исполнение, совершенно независимо от своего содержания. Аргументы подобного рода употреблялись для того, чтобы обвинить правовой позитивизм в прокладывании пути национал-социализму, при этом, совершенно упуская из виду, что идеология нацизма сама открыто ссылалась на естественное право, чтобы оправдать преступления фюрера и его соучастников². В действитель-

ности правовой позитивизм как философское учение ничего не имеет общего с политической идеологией и, как сказал уже Юм, нет худшего аргумента против научной либо философской теории, нежели ссылка на ее предполагаемые политические или социальные следствия.

К счастью это «возрождение» естественного права длилось недолго. Такие философы, как Кельзен, Альф Росс, Харт и Боббио, снова привели в порядок положение вещей³. Разумеется, полемика послевоенного времени имела также свою позитивную сторону. Приверженцы позитивизма оказались вынуждены более четко определить понятие позитивизма, при этом в поле зрения вошли различные ранее не связанные друг с другом тезисы, которые в разное время отстаивались авторами, представляющими правовой позитивизм. Таким образом, оказалось, что необходимо различить по крайней мере три типа, или понятия, правового позитивизма: позитивизм как *подход* к правовой науке, позитивизм как теория права и позитивизм как идеология⁴.

Несмотря на это, в последнее время произошло своего рода возрождение естественного права (хотя его представители в основном избегают использовать это выражение). Наиболее ярким представителем этого движения является *Рональд Дворкин*⁵, который уже в 60-е годы начал свою, ставшую впоследствии знаменитой, атаку на правовой позитивизм Харта⁶. С тех пор число мыслителей, которые могут быть рассмотрены как представители естественно-правового учения, значительно выросло: к таковым принадлежат Нозик в Соединенных Штатах, Финнис в Англии и Нино в Аргентине. Все эти авторы занимаются правами и, в особенности, правами человека. В дальнейшем я обращу особое внимание на работу *Нино* «Этика прав человека»⁷.

Как выглядит обоснование прав человека для современных авторов, таких как *Нино*? *Нино* начинает со ссылки на нормативную отнесенность понятия субъективного права (right): тезис о пра-

¹ H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol.71, No.4, 593–629.

² Ernesto Garzón Valdés, *Derecho y «Naturaleza de las Cosas»*, Córdoba 1971, второй том.

³ Hans Kelsen, «Naturrechtslehre und Rechtspositivismus», *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1061–IV, 45; Alf Ross, «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», ibidem, 46–93, H.L.A. Hart (FN 2), и Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965.

⁴ Bobbio (сноска 4).

⁵ Ronald M. Dworkin, «Is a Law a System of Rules?» в R.M. Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford 1977, позже напечатано в *Taking Rights Seriously*, London 1978.

⁶ Hart (сноска 2).

⁷ Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1991.

вах вообще и правах человека в особенности приравнивается к тезису о содержании норм, правил или принципов определенной нормативной системы. В этом *Нино* бесспорно прав. Когда говорится о правах человека, речь идет о нормах или принципах моральной системы норм. Поэтому права человека, по меньшей мере, в их исходном смысле, являются *моральными правами*. Данные позитивным правом порядком права человека являются моральными правами, которые признаются правом порядком, но их существование не зависит от этого признания.

Когда, согласно *Нино*, речь идет о моральной системе, мы ни в коем случае не имеем дела с позитивной моралью (то есть, с моралью, которая в определенном обществе, в данный отрезок времени действует де-факто), но с идеальной, или критической, моралью.

Под идеальной моралью *Нино* понимает систему принципов и ценностных суждений, которые имеют объективную значимость, т.е. действуют *semper et ubique*, независимо от их случайного фактического признания, и которые доступны человеческому разуму. Из данной характеристики уже ясно следует, что такая моральная система, по сути, не может отличаться от системы естественного права, что *Нино* прямо и признает. Обоснование прав человека покоится тем самым на допущении объективно значимой и познаваемой моральной системы. Я не буду детально рассматривать те обширные основания, которые приводят *Нино* к этому допущению (хотя я не могу скрыть, что его аргументы меня не убеждают). Но *Нино* верит, что гипотеза объективной моральной системы была бы также приемлемой для правовых позитивистов, по меньшей мере, для «концептуального» в противоположность «идеологическому» позитивизму. Для того чтобы иметь возможность проанализировать это утверждение *Нино*, мы в связи с этим должны уточнить различные понятия естественно-правового учения и правового позитивизма.

Естественно-правовое учение может быть охарактеризовано посредством двух основных тезисов (которые также определяет *Нино*):

А) Первый тезис отстаивает существование естественного права, т.е. системы всеобщих действенных и познаваемых норм, которые задают критерии для справедливости социальных институтов.

Б) Второй тезис утверждает, что нормативная система, которая не соответствует естественному праву (т.е. пребывает в противоречии с ней), не может быть рассмотрена как система права.

Первый тезис является онтологическим; второй в связи с этим может быть рассмотрен как семантический, поскольку он ограничивает объем понятия права, и также служит определению значения слова «право».

Нино характеризует понятийный, или концептуальный, позитивизм как точку зрения, которая отвергает второй тезис, но не первый. Этот вид правового позитивизма сводится, подчеркивает *Нино*, к семантическому предложению: а именно слово «право» употребляется в более широком смысле, так что даже нормативные системы, противоречащие естественному праву как несправедливые, рассматриваются как правовые системы.

Не удивительно, что посредством данной дефиниции вся дискуссия между правовыми позитивистами и сторонниками естественного права обозначается *Нино* как тривиальная псевдодискуссия о значениях слов¹.

Однако целесообразность его дефиниции понятийного правового позитивизма ставится под вопрос посредством того, что основные философско-правовые позитивистские формулировки рассматриваются как несовместимые с естественно-правовыми, как, например, у Кельзена, Альфа Росса или Харта. Альф Росс рассматривает отрицание тезиса (А) как определяющий признак правового позитивизма. Напротив, понятийный правовой позитивизм, как он определяется *Нино*, вполне уживается с естественно-правовым учением. *Нино* считает, что отрицание тезиса (А) характеризует не правовой позитивизм, но *этический скептицизм*. Этические скептики, согласно *Нино* не верят в возможность познания универсально значимой и справедливой системы норм (будь это естественное право либо идеальная мораль), так как подобной системы норм либо вообще не имеется (онтологический скептицизм), либо она недоступна человеческому разуму (гносеологический скептицизм).

Я бы, во всяком случае, предпочел рассматривать этический скептицизм как определяющую черту правового позитивизма. В этом смысле такой чуждый правовому позитивизму философ, как Г. Х. фон Вригт, определяет правовой позитивизм посредством следующих трех тезисов²:

(1) Все право является позитивным (т.е. созданным людьми) правом;

¹ C.S. Nino, «Dworkin and Legal Positivism», *Mind* 89 (1980).

² Georg Henrik von Wright, «Is and Ought» в E. Bulygin, J.L. Gardies, I. Niiniluoto (Hrsg.), *Man, Law, and Modern Forms of Life*, Dordrecht–Boston–Lancaster 1985, 263–281.

(2) Строгое различие между бытием и должным (т.е. дескриптивными и прескриптивными предложениями);

(3) Анти-когнитивная точка зрения на норму, состоящая в том, что норма не может быть ни истинной, ни ложной.

Из этих трех тезисов следует, что для правового позитивиста не может быть дано никакой истинной нормы, поскольку нормы морали, как и все нормы, не могут быть ни истинными, ни ложными. Если рассматривать это как этический скептицизм, то он является необходимой (т.е. определяющей) характерной чертой правового позитивизма.

Действительно, мало смысла в том, чтобы спорить о значениях слов, и поэтому не является существенным, характеризовать ли правовой (понятийный) позитивизм, как у *Нино*, посредством семантических тезисов, либо рассматривать этический скептицизм как его определяющую характеристику. Интересный вопрос в связи с этим звучит так: чем являются права человека для этического скептика, или для правового позитивиста, который одновременно является этическим скептиком?

Ясно, что если не имеется никаких абсолютных, объективно значимых, или истинных, моральных норм, не может быть также дано никаких абсолютных моральных прав человека. Означает ли это, что вообще не имеется никаких прав человека, и что они могут быть обоснованы лишь в позитивном праве? Вопрос не ясен, и тем самым однозначный ответ «да» или «нет» дан быть не может.

С одной стороны, ничто не мешает говорить о моральных правах человека, однако следует отметить, что эти моральные права не могут иметь претензий на абсолютную значимость. Они могут лишь означать *требование или призыв* к позитивному правопорядку, с точки зрения определенной (позитивной или критической) морали. Отвечает ли позитивный правопорядок этим требованиям фактически – уже иной вопрос, на ко-

торый можно ответить лишь касательно какого-либо конкретного правопорядка и определенной моральной системы.

Поэтому моральные права человека не являются данностями, но лишь притязаниями или требованиями. Только лишь посредством их позитивированию через законотворчество, или создание конституции, или посредством международного права, права человека становятся осязаемыми, и лишь тогда речь уже может идти о юридических, а не только моральных правах человека.

Эта точка зрения ни в коем случае не исключает критики позитивного правопорядка вследствие нарушения прав человека: отправной точкой для подобной критики является определенная (принятая критиком либо каким-то обществом) мораль; но она может также основываться на признанных международным правом или конституцией соответствующего государства правах человека. Сегодня права человека получили правовую защиту международного уголовного суда (который создан международным Римским соглашением).

На это можно возразить, что с этой точки зрения права человека лишены твердой почвы. Это совершенно верно; но бесполезно постулировать твердую почву, когда фактически подобной не имеется; и даже опасно делать то, из-за чего возникает иллюзия, что права человека гарантированы, и далее можно о них не заботиться. Но в действительности они не обеспечены никакой абсолютной моралью; они являются весьма хрупкими и следует – если желать иметь права человека – заботиться о том, чтобы позитивный законодатель или творец конституции фактически институировал их. Это не только теоретически адекватно, но и политически важно, добиться понимания того, что права человека не являются данностями, защищенными естественным правом или абсолютной моралью, а представляют собой хрупкое и поэтому особенно ценное достижение человечества.

Є. Булігін

ДО ПРОБЛЕМИ ОБГРУНТУВАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

Ця стаття присвячена обґрунтуванню прав людини. Згідно авторської позиції одного лише позитивного права для цього недостатньо. Що ж таке права людини, незалежні від позитивного права? На це питання важко дати єдино вірної відповіді. Вдаватися до природного права не достатньо. Права людини є моральними вимогами до позитивного права. Лише дякуючи їх позитивуванню за допомогою законодавства, конституційного або міжнародного права вони набувають реальність.

E. Bulygin

ON THE PROBLEM OF THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS

This article deals with the foundation of human rights. According to the author's point of view positive law is not enough to explain this phenomenon. What are these human rights that are independent from the positive law? There is no single true answer to this question. Resorting to natural law is not sufficient. Human rights are moral requirements directed to human legislator. And they become a «reality» when such requirements are satisfied.