

# IN MEMORIAM

© 2005 В.А. Четвернин  
Институт государства и права РАН,  
Государственный университет – Высшая школа экономики

## ЛИБЕРТАРНО-ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ В. С. НЕРСЕЯНЦА



Великий российский ученый Владик Сумбатович Нерсеянц (1938–2005) остался в истории правовой мысли, прежде всего, как создатель современной либертарно-юридической теории\*. Либертаризм (иначе – “либертарианство”) как наука существует уже 300 лет, со времен Локка и Юма, но специальная юридическая теория либертаризма впервые создана именно В.С. Нерсеянцем.

Смысл либертарно-юридической теории заключается в том, что понятие права объясняется через понятие свободы, точнее, через это понятие дается общее понятие права и государства. Право и государство суть необходимые формы свободы, а именно: право – нормативная форма свободы, государство – институциональная форма свободы. В этом концептуальном соединении права и государства состоит одно из важных отличий теории В.С. Нерсеянца от иных версий либертаризма. Далеко не все сторонники либертарных представлений о праве усматривают феномен свободы в государстве. Очень часто раз-

рывают сущность права и сущность государства, причем совершенно безосновательно.

В соответствии с либертарно-юридической теорией то, что мы называем государством в смысле западноевропейского феномена публичной политической власти, который имеет свои истоки в античности, государство в смысле этого феномена и право – это, в сущности, одно и то же. Когда в некоторых либертарных версиях говорится о том, что государство есть необходимое зло, это – ошибка. Право и государство не могут существовать друг без друга. По происхождению они одинаковы, – когда возникает право, тогда возникает и государство.

Право – это специфический соционормативный регулятор, т.е. особые, не универсальные, не везде существующие социальные нормы. Но это общеобязательные социальные нормы. А везде, где есть общеобязательные социальные нормы, с необходимостью существуют властные социальные институты, которые призваны эти нормы формулировать и поддерживать, обеспечивать принудительной силой. Иначе говоря, без некоего властного института право как общеобязательная норма существовать не может.

Либертарно-юридическая теория рассматривает государство именно в контексте современной западноевропейской культуры, как организацию публичной политической власти правового типа, – в отличие от силового типа, деспотии. В связи с этим существует терминологическая трудность: в русском языке (и в большинстве славянских языков) нет термина, адекватного термину *state*. Очевидно, что то, что по-английски обозначается термином *state*, это совсем не “государство” в славянской традиции\*\*.

\* Либертарно-юридическая теория и связанная с ней концепция цивилизма отражены в следующих публикациях: В. С. Нерсеянца: Личность и государство в политико-правовой мысли. М., 1980; Право и закон. М., 1983; Право в системе социальной регуляции. М., 1986; Наш путь к праву: От социализма к цивилизму. М., 1992; История идей правовой государственности. М., 1993; Право – математика свободы. М., 1996; Юриспруденция. М., 1998; Философия права Гегеля. М., 1998; Манифест о цивилизме. Национальная идея России во всемирно-историческом прогрессе равенства, свободы и справедливости. М., 2000; Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости // Социологические исследования. 2001. № 10; Философия права. М., 2002; Общая теория права и государства. М., 2002.

\*\* Например: “*State* есть определенный тип властвования – властвование, при котором суверенитет ограничен конституцией, писаной или неписаной” (*Siedentop L. Democracy in Europe. London; New York; Ringwood (Victoria), 2000. P. 81*).

Право и государство – это феномен западного мира, а не восточного. В Азии, Африке общество, культура традиционно развивались и демонстрировали иные способы социально-политической организации и соционормативной регуляции, но не право и не государство. Россия и подобные страны в этом смысле оказываются в некотором промежуточном положении.

Либертарно-юридическая теория различает культуры правового типа, то есть такие, где свобода является высшей социальной ценностью, и культуры неправового типа, где свобода таковой не является, где высшей ценностью представляется, например, стабильный порядок. Россия занимает промежуточное, “полуправовое” положение. То есть, какие-то проявления правовой свободы в России известны с давних времен, но Россия не развивается однозначно по пути правовой культуры. Каждый раз в исторически переломные моменты, когда Россия поворачивается в сторону культурно-правового развития, происходит откат назад, антилибертарная реакция. Во всяком случае, правовая свобода, права человека в либертарно-юридическом понимании отнюдь не являются высшей ценностью для большинства субкультур в современной России.

Итак, либертарно-юридическая теория утверждает, что свобода не может существовать в неправовой и в негосударственной форме, что отношения свободных регулируются общеобязательными нормами, и эти общеобязательные нормы называются правом, и что есть публично-властные институты, которые эти нормы формулируют, выражают, обеспечивают своей принудительной силой, и только таким образом возможна свобода.

Причем свобода в любом сообществе, свобода членов этого сообщества, возможна лишь как равная свобода. Иначе говоря, если в некоем сообществе у одних больше свободы, чем у других, то те, у которых ее меньше, по существу не-свободны по отношению к тем, у кого этой свободы больше, и т.д.

В процессе исторического прогресса свободы право, с его содержанием, меняется: первоначально правовая свобода распространяется лишь на малые, хотя и социально значимые группы, но к Новому времени в наиболее развитых с точки зрения права странах свобода в равной мере распространяется на всех, т.е. достигается всеобщая и равная свобода.

По мере исторического прогресса развитие права проходит три стадии. В условиях исторически неразвитой правовой культуры население

делится на субъектов права и не-субъектов права, т.е. на свободных и несвободных. Далее, подавляющее большинство населения становится субъектами права, но делится на группы, свободные в разной мере, причем группы (сословия) с большей свободой, обладают ею как привилегией в сравнении с другими. И наконец, достигается равенство в свободе всех, или всеобщее формальное равенство.

Формальное равенство – один из ключевых терминов в либертарно-юридической теории, означает равенство в свободе. Существует множество определений формального равенства, например, справедливость, равное обращение с фактически разными субъектами, применение одинакового масштаба к фактически неодинаковым людям, причем речь идет именно о свободных. Это – принцип права, принцип правового регулирования, принцип, которым право отличается от иных способов соционормативной регуляции.

Правовое, формальное равенство не совпадает с тем, что известно как равенство перед законом. Последнее означает лишь то, что закон в равной мере применяется ко всем. Но законы могут быть как правовыми, так и неправовыми. Равенство перед неправовым законом, устанавливающим разные требования для разных лиц, не есть формальное равенство.

В целях адекватного описания и анализа истории и теории правовой мысли, юриспруденции В. С. Нерсисянц ввел в научный оборот термин “тип правопонимания”. Определенный тип правопонимания означает решение основного вопроса философии права – о соотношении права и закона, права и власти, права и силы. Логически таких типов может быть только два. Либо право отождествляется с законом (властно-приказным актом, официально-властным выражением социальных норм), т.е. правом считаются законы независимо от их содержания. Либо право объясняется как самостоятельный соционормативный регулятор, требования которого не обязательно совпадают с законом по содержанию. А именно, закон может иметь как правовое, так и неправовое содержание. Право, с точки зрения второго типа правопонимания, существует, выражается, формулируется в форме закона. Но законы могут выражать и содержать не только правовые, но и иные, неправовые установления – например, уравнивательные (от “уравниловка”). Именно либертарно-юридическая теория В.С. Нерсисянца является современным вариантом теоретического осмысления второго типа правопонимания.

Эти два типа можно обозначать как (1) потестарный, позитивистский или легистский (в терминологии В.С. Нерсесянца) и (2) юридический.

В позитивизме сущность правового регулирования усматривается в том, что право – это принудительные нормы, и они устанавливаются социальными субъектами, достаточно сильными для того, чтобы предписать все что угодно и заставить выполнять эти предписания. Здесь строится силовая парадигма, в которой объясняются право и государство. Сущность права – сила, насилие и принуждение, а государство – властная организация, самая сильная на данной территории у данного населения, организованная группа людей, которые фактически могут предписывать, приказывать, устанавливать правила, обязательные для других, и заставлять их выполнять.

В любой концепции, которая относится к юридическому типу правопонимания, ведутся поиски самостоятельной правовой сущности, попытки, не объясняя право через сущность других, неправовых, хотя и связанных с правом явлений, обозначить сущность права как явления самостоятельного.

Соответственно с точки зрения либертарно-юридической теории у права есть своя самостоятельная сущность, которая не сводится к сущностям других социальных явлений. Иначе говоря, право можно объяснить только через право, у права есть своя сущность – правовая, а не силовая, не моральная и т.д. Сущность права – это равная свобода, и право – необходимая форма свободы. Не сила, не мораль, а свобода. К этому выводу приходит не только либертарно-юридическая теория, и, конечно, В.С. Нерсесянц “стоял на плечах” своих великих предшественников. Несомненно существует преемственность между теорией Нерсесянца и учениями, концепциями Аристотеля, Августина, Цицерона, Фомы Аквинского, Марсилия Падуанского, Локка, Юма, Монтескье, Канта, Гегеля, Джефферсона, Мэдисона, Пейна, Токвиля, Бастиа, Кистьяковского, Чичерина, Новгородцева и другими, вплоть до Мизеса и Хайека.

Свобода в юридическом либертаризме определяется как возможность выбора внешне выраженного поведения. Существовая в обществе, люди могут быть свободными, иметь возможность выбора внешне выраженного поведения, быть относительно независимыми от других членов общества лишь в той мере, в какой у них есть им принадлежащие, т.е. собственные ресурсы жизнедеятельности. Следовательно, свобода возможна только в том обществе, где существует собствен-

ность, и только в таком обществе возникают и развиваются право и государство. Собственность есть такой порядок отношений в обществе, при котором ресурсы жизнедеятельности принадлежат не всем вместе и никому в отдельности, а отдельным индивидам, присваиваются отдельными членами общества. В этом смысле свобода и собственность в сущности – одно и то же. Реально свободными могут быть только реальные собственники – в той мере, в которой они реально обладают ресурсами жизнедеятельности.

Но право в смысле юридического либертаризма – это формальная свобода. Право гарантирует лишь формальную возможность быть реальным собственником, лишь возможность реально приобретать права собственности на разнообразные ресурсы жизнедеятельности. Право и государство защищают собственность как такой порядок отношений, при котором отдельные, конкретные члены общества могут реально иметь, но могут и не иметь собственные ресурсы жизнедеятельности. Сама по себе правовая свобода ничего не дает людям, кроме равенства в свободе. “Свобода приходит нагая” (В. Хлебников). Следовательно, право, правовой способ соционормативной регуляции имеет разную ценность для разных социальных групп – конкурентоспособных и неконкурентоспособных индивидов. Это противоречие побудило В.С. Нерсесянца выдвинуть концепцию цивилизма – такого строя (посткапиталистического и постсоциалистического), при котором часть ресурсов сообщества находится в общей, “цивилитарной” собственности, а доходы от использования этих ресурсов распределяются в равной мере между всеми членами сообщества. Тем самым может быть достигнута не только формальная, но и реальная свобода всех.

Поскольку юридический либертаризм утверждает, что законы могут быть правовыми и неправовыми, должны быть критерии, которые позволяют различать такие законы. Это права человека, которые рассматриваются в либертаризме как безусловные притязания индивида на свободную самореализацию в обществе и государстве. Или: это такие социально значимые притязания индивидов на определенную меру свободы, которые могут стать всеобщей нормой. Право вообще и права человека – это, в сущности, одно и то же.

В каждой национальной правовой культуре, в национальной правовой системе действует огромная совокупность норм, которые трактуют, описывают, регламентируют, регулируют пове-

дение, устанавливая меру свободы. Объем этой свободы можно наиболее общим образом выразить, используя категорию основных прав и свобод, или прав человека. Права и свободы человека и гражданина – это абстракция всей совокупности правовых норм.

В реальности закон может нарушать права человека, которые достигнуты в данной правовой культуре (причем достигнуты – значит не то, что они просто зафиксированы в конституции и законе, а то, что члены сообщества субъектов права признают друг за другом эти права). И если властные субъекты, устанавливая законы, почему-либо нарушают права, которые существуют в этой культуре, если законы противоречат тем представлениям о правах человека, которые есть в этой культуре, то это законы правонарушающие.

Права человека в современном понимании, тот объем правовой свободы, который мы вкладываем в понятие “права человека” сегодня, и тот объем правовой свободы, который мы можем обнаружить в исторически неразвитых правовых культурах, весьма различны. Вообще права человека – это культурно-исторический феномен, они меняются по объему и содержанию, в разных культурах в разное историческое время они разные, и не нужно думать, что права, перечисленные в декларации ООН – это некий абсолютный, раз и навсегда данный содержательный материальный критерий.

Но тогда, казалось бы, юридический либертаризм приходит к релятивизму. Если в разных правовых культурах представления о правах человека – разные, то нет объективного критерия, который позволял бы различать культуры правовые и неправовые, законы правовые и правонарушающие.

Но это не так. Существует классическая триада: (1) личная свобода и неприкосновенность, (2) собственность и (3) безопасность, обеспечиваемая государством. Только там, где есть этот *minimum minimorum*, есть правовая свобода. Логически из этой триады удалить ничего нельзя.

юююю

Помимо этих трех компонентов возможны иные права и свободы, и эта триада развивается по мере исторического прогресса правовой свободы, но свобода начинается тогда, когда достигается эта триада.

Юридический либертаризм различает два типа публичной политической власти: правовой и неправовой, силовой. Правовой тип, или государство (другого термина в русском языке нет) – это то, что на языках западноевропейской культуры производно от *stato*. Силовой тип – это деспотия. В частности, тоталитаризм – это современная разновидность деспотизма.

Поскольку государство – это организация публично-политической власти правового типа, то любое государство является правовым в меру связанности власти правом, правовой свободой. Тогда получается, что правовое государство – плеоназм. Поэтому в юридическом либертаризме правовое государство рассматривается как конвенциональное понятие. Правовой тип публично-политической власти объединяет в себе множество разновидностей, которые, в свою очередь, можно разделить на два идеальных типа: авторитарное, или полицейское, государство и правовое государство. Государство, в котором власть минимально связана правовой свободой, – авторитарное государство, и государство, в котором власть максимально связана правовой свободой, – правовое государство. Что такое “власть максимально связана правовой свободой” – это понятие с исторически изменяющимся содержанием, отражающим исторический прогресс правовой свободы. Наши представления о том, как власть может быть связана правовой свободой, мы черпаем из реальной истории. И поэтому то, что называли правовым государством в Германии в первой половине XIX в., с нашей сегодняшней позиции уже считается государством авторитарным, или полицейским.

В представлении В. С. Нерсисянца, правовое государство будущего – это цивилитарное государство.