

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ ФИЛОСОФИИ И ТЕОРИИ ПРАВА*

А. В. ПОЛЯКОВ**

Глобализация современного общества включает и глобализацию права. Но процессы, происходящие в современном праве, требуют и новой теории права, адекватной условиям, в которых оказалось мировое сообщество. Такая теория невозможна при взгляде на право с этатистских позиций. В предлагаемом автором коммуникативном варианте правопонимания право рассматривается как система институционального нормативного межсубъектного взаимодействия, которое имеет знаково-смысловую природу и осуществляется на основе специфических текстов. С этих же позиций обосновывается институциональная природа прав человека в сопоставлении с концепцией прав человека проф. Е. В. Булыгина. При этом отрицается наличие неразрывной, сущностно необходимой связи между правами человека и государством. Существование права и прав человека зависит не от государства как внешней принудительной инстанции, а от наличия таких социальных институтов, которые способны поддерживать унифицированные образцы поведения, представляющие собой определенные правила. Таким социальным институтом может являться государство, но могут существовать и над- и межгосударственные институты, в том числе непосредственно социальные институты (корпорации, конфессии, этнические группы). Попытки государств отменить какие-либо давно сложившиеся в обществе и пользующиеся поддержкой права человека, как правило, не приводили к успеху. И без поддержки государства такие права существуют или как обычное право, или как каноническое, или как международное право. Более того, принятие государством каких-либо признанных мировым сообществом прав человека расценивается именно как нарушение этих прав, независимо от того, находят ли они закрепление в законодательстве государства. Также необходимо отметить, что многие права человека (в широком смысле) в силу их социальной «естественности» невозможно у человека отобрать, сделать отчужденными.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: глобализация права, коммуникативная теория права, неэтатистская трактовка права, институциональная природа прав человека, Е. В. Булыгин.

* В основу статьи положен доклад, сделанный на международной конференции СПбГУ «Философия и современное международное право» 13 мая 2013 г.

** Поляков Андрей Васильевич — доктор юридических наук, профессор Санкт-Петербургского государственного университета.

Polyakov Andrey Vasilievich — doctor of legal sciences, professor of St. Petersburg State University.

© Поляков А. В., 2013

E-mail: polyakov2008@gmail.com

POLYAKOV A. V. RULE OF LAW, GLOBALIZATION AND THE PROBLEMS OF MODERNIZATION OF PHILOSOPHY AND THEORY OF LAW

Globalization of the modern society includes globalization of law. However, the processes occurring in the modern law require a new theory of law suitable for the conditions which the modern community faces. Such theory is impossible from the positions of statism. The communicative approach to law understanding proposed by the author views law as a system of institutional regulatory inter-subject cooperation which has a symbolic and semantic nature and which is carried out on the basis of specific texts. The same items substantiate the institutional nature of human rights in comparison with the concept of human rights of professor E.V. Bulygin. The existence of inseparable, essential connection between human rights and state is not denied. The existence of law and human rights does not depend on the state as an external coercive instance, but rather on the existence of such social institutes capable of supporting unified patterns of behaviour which constitute specific rules. The state can be such a social institute, however there may exist supranational and interstate institutes, including properly social institutes (corporations, confessions, ethnic groups). The state's attempts to abolish any human rights established in and supported by the society, as a rule, were unsuccessful. Without the state's support such rights exist either as common law or canonic law or international law. Moreover, if the state does not accept any internationally recognized human rights, it is regarded as violation of these rights, whether they are established by the state's legislation or not. It is also necessary to note that it is impossible to take away, to alienate many human rights (in a general sense) due to their social "nature".

KEYWORDS: globalization of law, communicative theory of law, non-statist interpretation of law, institutional nature of human rights, E. V. Bulygin.

Обсуждение наиболее общих вопросов права сегодня невозможно без обращения к проблемам глобализации, к идее верховенства права и связанной с этим задаче модернизации философии права и теории права.

Понятие глобализации является одним из наиболее обсуждаемых и дискуссионных понятий, но при этом «размытым» и зачастую используемым в научной литературе в качестве слогана, элемента идеологического жаргона. Это относится и к понятию глобализации права.

В первую очередь феномен глобализации связывают с развитием рыночной экономики, превращением ее в экономику сетевую, сопровождаемым трансформацией представлений о национальном государственном суверенитете. Понятно, что эти процессы непосредственно затрагивают национальные правовые системы, предполагая, в частности, их стандартизацию и унификацию. Нам представляется удачным общее определение понятия глобализации, подчеркивающее его коммуникативную составляющую, а именно как идущего поверх установленных государственных границ сложного и всеобъемлющего процесса человеческого взаимодействия, определяющего существование совокупности политических, экономических, культурных и общественных связей, приоритетность которых по отношению к местным, региональным, национальным ограничениям обеспечивает условия для создания новой транснациональной цивилизации.¹

¹ Лапорта Ф. Глобализация и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца // Philosophy of Law Issues. An International Journal. Vol. IV–V. Kyiv, 2008. С. 35.

Следует согласиться с утвердившейся в юридической науке позицией, согласно которой глобализацию права некорректно понимать как выстраивание простой иерархии правопорядков, внизу которой находятся внутригосударственные правопорядки, над ними — правопорядки региональные, а на вершине — глобальный правопорядок.

Реальная картина оказывается более сложной. Она демонстрирует нам сеть интерактивных правовых взаимодействий, не укладывающихся в схему линейного глобального правопорядка. Это объясняется тем, что локальное, местное, региональное, национальное не только не встраивается в глобальную систему, но и активно ей противостоит. Иногда в литературе подобное взаимодействие локального и глобального именуют процессом «глокализации» (например, В. Кравиц).² Чаще всего глокализацию определяют как процесс экономического, социального, культурного развития, характеризующийся сосуществованием разнонаправленных тенденций: в ходе глобализации вместо ожидаемого исчезновения региональных отличий происходит их сохранение и усиление. Вместо слияния и унификации возникают и набирают силу явления иного направления: сепаратизм, обострение интереса к локальным отличиям, рост интереса к традициям глубокой древности и возрождению диалектов.³ Все это объясняет то обстоятельство, что ряд ученых вообще ставят под сомнение саму возможность существования глобального права.⁴ Но если эту возможность и признавать, то очевидно, что формирование глобального правопорядка будет включать в себя идеологию и практику правового плюрализма.

Фундаментальной проблемой философии и теории права в этих условиях является обоснование возможности совместимости правовой глобализации с идеей верховенства права как необходимой предпосылкой нормального существования глобального сообщества.

Под верховенством права в данном случае следует понимать установление такого правопорядка, который действует на основе общих норм, обеспечивает основные права человека и их гарантированную судебную защиту, направлен на реализацию в праве идеи справедливости. Проблематичность соединения процесса глобализации с идеей верховенства права имеет несколько аспектов. Один из них заключается в том, что, как уже было отмечено, участники этого процесса зачастую ориентируются на различные цивилизационные и культурные ценности, что ставит под сомнение как саму возможность признания универсальности прав человека, так и возможность достичь согласия относительно понимания справедливости права. Более того, значительная часть участников глобального правового взаимодействия заинтересованы не в общем правовом порядке,

² *Krawietz W.* Glokalisierung der Rechtskommunikation? Zum Globalisierungsdiskurs in der modernen Rechts- und Gesellschaftstheorie // *Rechtstheorie*. 2004. № 35. S. XVII–XXI.

³ В основе глокализации лежит идея децентрализованного и «справедливого» мира. Модели глокализации разрабатываются с опорой на сетевые формы самоорганизации и межкультурную коммуникацию. Считается, что первая глокальная организация — *Glocal Forum* — была образована в 2001 г. Провозглашаемая ею цель — ускорение мирового развития через развитие местностей и повышение внимания к локальным проблемам. В свете обострения борьбы между транснациональными компаниями и движением антиглобализма со смещением в сторону отстаивания прав национальных производителей и потребителей глокализацию рассматривают как компромиссный вариант формирования планетарного рынка производства и потребления универсальных товаров (<http://ru.wikipedia.org/wiki/>).

⁴ См., напр.: *Лапорта Ф.* Глобализация и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца. С. 41–42.

справедливом для всех, а в экономических выгодах, которые они получают в результате «экономического туризма» — свободного перехода от одной юрисдикции к другой в поисках экономических предпочтений.

На решение этих задач, по-видимому, и должны быть нацелены современные теория и философия права. Исследование правовых взаимодействий на национальном уровне и на уровне международных отношений позволяет сделать вывод, что в условиях глобализации право уже не может пониматься как исключительно внутригосударственное явление, а общая теория права испытывает серьезные затруднения, когда строится как теория внутригосударственного права. Несоответствие между фактическим плюрализмом социально-правовых отношений — с одной стороны, и внутренне-государственной природой правовых норм в правовой теории и философии права — с другой, требует разрешения. Российской науке, как представляется, необходимо продолжить усилия по разработке модернизированной теории права, которая могла бы объяснить усложнившуюся правовую реальность и связать этот поиск с решением задачи, доставшейся в наследство от теории естественного права, — задачи подчинения права идее справедливости.

Этим обусловлена необходимость решения и других важнейших задач философии и теории права. Среди них — разработка постклассической и постпозитивистской теории права (способной уйти от дихотомии «юснатурализм — юспозитивизм»), проблемы правосубъектности, теоретического обоснования прав человека, адекватного эпохе глобализации, и множество других проблем, рассмотрение которых требует особого обсуждения.

Конечно, необходимо считаться с тем, что сосредоточенность общей теории права на внутреннем праве государств относится к давно сложившейся западной традиции.⁵ При трансляции этого подхода на международное публичное право оно трактуется как право, регулирующее отношения между государствами. Однако в последнее время под воздействием идей глобализации появились сторонники более широких подходов к пониманию права, включающих в него и право негосударственное (У. Твайнинг, Г. Гленн, Дж. Гриффитс, Б. Таманайя, М. Ван Хук, В. Кравиц, Г. Тойбнер).⁶ Эти ученые не без оснований настаивают на том, что представление о праве только с западной точки зрения непродуктивно. По мнению У. Твайнинга, общая теория права в условиях глобализации должна включать и право надгосударственное (международное и региональное), и право негосударственное (каноническое, транснациональное, автохтонное), а также различные формы «мягкого» права. Ученый обобщил возражения, которые наиболее часто выдвигают как аргументы против включения негосударственного права и незападных правовых традиций в общую теорию права. Считается, что такое включение влечет за собой: а) угрозу либеральной демократии; б) распад общей теории права как единой научной дисциплины; в) концептуальные трудности в виде проблемы определения права; г) концептуальные трудности в связи с особенностями государственно-организованного права.⁷

Анализ этих и других сделанных в научной литературе возражений против неэтикетской трактовки права показывает лишь их относительную правоту и необходимость дальнейшего поиска адекватной для решения указанной проблемы общей теории права. Представляется, что сложности,

⁵ См., напр.: Твайнинг У. Общая теория права // *Российский ежегодник теории права*. № 3. 2010. СПб., 2011. С. 232–238.

⁶ Там же. С. 256.

⁷ Там же. С. 261–272.

вызванные попытками обосновать право как явление, не ограниченное рамками государства, в значительной мере снимаются при обращении к коммуникативному подходу. В рамках такого подхода право рассматривается как система институционального нормативного межсубъектного взаимодействия, которое имеет знаково-смысловую природу и осуществляется на основе специфических текстов.

Право при этом выходит за границы только логико-нормативной системы и неизбежно включает в себя антропологическую, психосоциально-культурную составляющую. В рамках такого подхода, восходящего не к идеям современных немецких правоведов или к учению различных школ правового реализма, а к психологической теории права петербургского ученого Л. Петражицкого, формулируются критерии отличия права от неправа, правовых норм от норм морали, нормативного правового порядка от произвола.

С этих же позиций можно рассматривать и теорию прав человека, что позволяет представить ее как интегральную по своему внутреннему смыслу и поэтому не сводимую ни к позитивистской трактовке прав человека (представляемой, в частности, Е. Булыгиным), ни к естественно-правовым концепциям (разновидность которых демонстрирует рационально-дискурсивный вариант прав человека Р. Алекси). Идея заключается в том, чтобы показать зависимость существования прав человека не от нормативной системы государства (как это имеет место у Е. Булыгина) и не от обоснованности этих прав (концепция Р. Алекси), а от их «встроенности» в существующие социальные институты.

Для нас одной из отправных точек будет являться небольшая работа Е. Булыгина «К проблеме обоснования прав человека», перевод которой на русский язык был опубликован в украинском журнале «Вопросы философии права» в 2008 г.⁸ Как справедливо утверждает Е. Булыгин в этой статье, для сторонников естественного права сами права человека имеют основание в нормах морали, это моральные права. Но поскольку, констатирует Булыгин, нет никаких абсолютных, объективно значимых или истинных моральных норм, не может быть никаких абсолютных моральных прав человека.⁹ Примечательно то, что на вопрос, означает ли это, что вообще не имеется никаких прав человека или что они могут быть обоснованы лишь в позитивном праве, Е. Булыгин, по крайней мере в цитируемой работе, не дает окончательного ответа. Более того, ученый полагает, что «сам вопрос не ясен» и тем самым «однозначный ответ “да” или “нет” дан быть не может».¹⁰

По мнению Е. Булыгина, моральные права могут означать требование или призыв с точки зрения определенной морали к позитивному правопорядку признать их. Поэтому моральные права человека являются не данностями, но лишь притязаниями или требованиями. Государство никак этими требованиями ни к чему не обязано. Только посредством их позитивирования через законотворчество или создание конституции либо посредством

⁸ Булыгин Е. К проблеме обоснования прав человека // *Philosophy of Law Issues. An International Journal*. Vol. IV–V. Kyiv; Chernivtsi: Ruta, 2008.

⁹ Среди сторонников естественного права, занимающих по этому вопросу противоположную позитивизму позицию, видное место принадлежит Дж. Финнису, вывод которого не менее категоричен, чем вывод Е. В. Булыгина: «...Мы должны без колебаний сказать, — констатирует Финнис, — что, несмотря на твердое убеждение многих людей в обратном, существуют абсолютные права человека» (*Финнис Дж. Естественное право и естественные права*. М., 2012. С. 283).

¹⁰ Булыгин Е. К проблеме обоснования прав человека. С. 152.

международного права «права человека становятся осязаемыми, и лишь тогда речь уже может идти о юридических, а не только моральных правах человека».¹¹

В этих рассуждениях необходимо выделить следующие тезисы: права человека представляют собой данность/реальность; права человека есть притязания, требования, обязывающие государство; права человека существуют благодаря их позитивации через законодательство, конституцию, международное право, т. е. через те источники, которые придают им «осязаемый» характер.

С этими тезисами нельзя не считаться. Они, действительно, подчеркивают очень важные моменты, относящиеся к правам человека. Но, отталкиваясь от признания Е. Булыгина в том, что вопрос с онтологическим статусом прав человека до конца не ясен, попытаемся рассмотреть эти тезисы сквозь призму феноменолого-коммуникативного подхода к праву и дать им несколько иную интерпретацию. При этом права человека мы будем рассматривать не просто как основные фундаментальные права, но в контексте более широкой проблематики субъективного права как такового и его онтологического статуса.¹²

Следует согласиться с мыслью о том, что право (как и права человека) должно иметь объективную, а не субъективную значимость. Значимость права отличается от его действительности. Существуют различные подходы к установлению соотношения между этими понятиями. Нам представляется важным показать не просто различия, но и имеющуюся между ними связь. Действительность права определяется формальной объективацией нормы в правовых текстах с приданием этим текстам общеобязательного значения путем наделения их определенным (императивным) модальным статусом. Значимость же — это приписывание интерпретируемым текстам такой убеждающей силы, которая заставляет индивидов следовать выводимому правилу в реальной жизни. Моральная значимость как будто имеет такую же природу, что и значимость правовая, но отличается субъективным характером, т. е. невозможностью распространения такого признания на всех.

Важным тезисом является признание за правом и правами человека характера данности, т. е. реальности. Данность или реальность прав человека, исходя из смысла цитированного выше текста Е. Булыгина, будет означать, что государство обязывается существующими правами, т. е. правам, как определенным притязаниям к государству, соответствуют определенные обязанности по отношению к управомоченному (носителю прав) самого государства. Наконец, «позитивация» прав человека означает их закрепленность в каких-либо правовых текстах, придающих этим правам все то же значение общеобязательности/действительности.

Основная идея подобного (позитивистского) подхода заключается в том, чтобы представить права человека как некую реальную силу (реальные притязания), способную воздействовать на поведение других

¹¹ Там же.

¹² Ср.: «...Права человека, или естественные права, — это основные и общие моральные права; о частных, или конкретных, моральных правах — например, о праве Джеймса на то, чтобы его личная переписка не была прочитана Джоном во время его сегодняшнего отсутствия в учреждении, — можно говорить как о «правах человека» или «естественных правах», но обычно о них говорят как о «моральных» правах, производных, конечно же, от общих видов моральных прав, т. е. прав человека: такое различие, проведенное в практике словоупотребления, не является, однако, достаточно твердым и ясным...» (Финнис Дж. Естественное право и естественные права. С. 252).

субъектов, включая представителей государства, определяя это поведение в интересах управомоченного лица. Здесь возникает давнишняя проблема соотношения должного и сущего в праве. Однако понимание права как норм должного и запрет на выведение должного из сущего не означает, что нормы права не имеют и не могут иметь отношения к сущему, к реальности человеческого существования. Нахождение права исключительно в мире должного означало бы, что реальное поведение человека вообще не относится к праву. Но Г. Кельзен ведь не случайно подчеркивал, что норма, ни в какой степени не реализующаяся на практике, не может считаться правовой нормой.¹³ А реализоваться норма права может только через поведение человека. Именно в поведении человека проявляется сила права.

Если бы такого рода силу права человека получали только вследствие их установления в законах государства, то позиция Е. Булыгина была бы полностью защищена. Необходимость объективации прав человека в законах государства имеет под собой, по меньшей мере, два серьезных основания: 1) возможность формализации таким образом самих прав вследствие их текстуального закрепления и единообразного использования; 2) возможность через государственное принуждение защищать права человека от нарушений, гарантируя тем самым их «реальное» существование.

Вопрос заключается в том, действительно ли реальность прав человека в установленном выше смысле зависит от государства. Нам представляется, что наличие неразрывной сущностной/необходимой связи между правами человека и государством может быть подвергнуто сомнению и оспорено.

Начнем с вопроса о защите прав человека государством. Если бы само существование прав человека зависело от их защиты со стороны государства, тогда отказ государства от защиты таких прав автоматически привел бы к уничтожению всех прав человека. Однако, как показывает практика, этого не происходит. Реальность прав человека как силы, способной на основе общезначимых нормативных представлений воздействовать на поведение других лиц, соответственно с приписываемыми им правовыми обязанностями, не зависит напрямую от государства. Поэтому попытки государств отменить какие-либо давно сложившиеся в обществе и пользующиеся поддержкой права человека, как правило, не приводили к успеху. И без поддержки государства такие права существуют или как обычное право, или в составе права канонического, или как право международное. Более того, непринятие государством каких-либо признанных мировым сообществом прав человека расценивается именно как нарушение этих прав, независимо от того, находят ли они закрепление в законодательстве государства. Также необходимо отметить, что многие права человека (в широком смысле) в силу их социальной «естественности» невозможно у человека отобрать, сделать отчужденными.

Не происходит «автоматического» уничтожения прав человека по воле государства, прежде всего, потому, что права человека (впрочем, как и право вообще) существуют не столько в форме рациональных идей или субъективных моральных прав, сколько в виде социально-правовых институтов, природа которых коммуникативна, но не связана напрямую с государством. Коммуникацию я рассматриваю как естественную и необходимую форму существования любых социальных явлений, в том числе

¹³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. С. 21–22.

права. Именно коммуникация выступает реальной силой, создающей социальные институты.

Отправной точкой для релевантной аргументации по этому вопросу является констатация того, что право (объективное и субъективное) не только воздействует на человеческое поведение, т. е. изменяет социальную действительность, но и невозможно вне поведения. Человеческое поведение, рассмотренное в значимых для права аспектах, представляет собой осмысленную (т. е. соотносенную с нормой права) реакцию на воздействие внешней информации. Такая реакция для других участников взаимодействия всегда предстает как правовой текст, т. е. знаковая система, имеющая отношение к пониманию прав и обязанностей. Это означает, что само существование права как социальной реальности предполагает наличие значимой для субъекта информации, объективированной в различных правовых текстах. Но если имеет место адресованная кому-либо информация, которая извлекается из знаковых систем, текстов, то необходимо должны быть и субъекты, которым эта информация адресуется и которые способны путем ее переработки (толкования) понять смыслы и оценить требования, в нем содержащиеся.

Из этого следует вывод о том, что вне и помимо сознания субъектов право не существует. Значение и смысл «права» такая информация получает только в головах интерпретаторов и только преобразуя их поведение. Права нет в природе, если природу понимать как мир физических объектов, существующих в пространственно-временных границах независимо от человеческого сообщества. Но из этого неизбежно следует, что и государство (как аппарат властвования и внешнего принуждения) само по себе никакой правосозидающей/правотворящей силой не обладает. «Связывать»/обязывать кого-либо, подчинять чье-либо поведение требованиям возможно только при условии, что само сознание субъектов-адресатов готово таким требованиям подчиниться. Обязывание есть психологическая, ментальная, когнитивная установка («переживание» по Петражицкому), а не нечто, существующее в физической реальности как принадлежность государства.

Поэтому и существование права зависит не от государства как внешней принудительной инстанции, а от наличия таких социальных институтов, которые способны поддерживать унифицированные образцы поведения, представляющие собой определенные правила. Таким социальным институтом может являться государство (чаще всего и является), но могут существовать и над- и меж-, и внутригосударственные институты, создаваемые как всем гражданским обществом, так и его отдельными структурами (корпорациями, конфессиональными организациями, политическими, профессиональными, этническими группами).

Подобного рода социальные институты хорошо описаны в трудах по феноменологической социологии,¹⁴ но имеют свою специфику функционирования в качестве правовых институтов. Нам представляется, что эта специфика как раз и определяется способом регулирования поведения адресатов. Для того чтобы обеспечить связанность поведения человека и подчинение его определенным правилам, в самом праве заложен «механизм», отражающий идею права, и представляющий собой

¹⁴ См., напр.: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995. — Такой социальный институт представляет собой систему правил, легитимированных в данном обществе, воспринимаемых как существующие «объективно», поддерживаемых и воспроизводимых самими участниками социального взаимодействия.

коммуникативную корреляцию субъективного права и правовой обязанности. Представляется, что в рамках господствующих в науке правовых теорий значение этой связки недооценивается.

Речь идет о том, что право возможно только тогда, когда нормативно определенное поведение получает реальные формы выражения в виде поведения разных субъектов, подчиняющихся одним и тем же правилам и тем самым вносящих социальные изменения в окружающий их мир. Адекватной формой такого поведения могут быть только коррелятивные субъективные права и правовые обязанности, которые и «связывают» субъектов (ментально, психологически), определяя собой правопорядок. Выраженное внешним образом (текстуально) легитимное/правомерное и нормативно подтвержденное притязание субъекта на свободу собственных действий (содержательно выступающее в виде различных поведенческих актов) и на коррелятивные действия/поведение других субъектов и составляет смысл прав человека как правового феномена.

Это означает, что данность/реальность прав человека (и права вообще) зависит от значения и смысла, придаваемого правам человека в рамках соответствующих социальных институтов. Права человека тогда становятся социальной реальностью, когда возникает возможность легитимно и нормативно ими пользоваться, что и обеспечивается обязанным (связанным) поведением других лиц. Любое право существует как право только тогда, когда ему соответствуют обязанности других лиц. Права одних создаются только через обязанности других.¹⁵

Можно сказать и так: право адресуется другим субъектам, требуя от них соответствующего поведения. И наоборот, когда мы имеем дело с соответствующим поведением, которое имеет смысл исполнения какой-либо обязанности, то, если это обязанности правовые, им обязательно будет соответствовать и чье-либо право. В этом смысле свобода слова, рассматриваемая как право, а не как простая возможность произносить какие-либо словосочетания в отсутствие людей, возможна только тогда, когда она реализуется среди субъектов, осознающих невозможность вмешиваться в процесс говорения, что равносильно обязанности воздерживаться от совершения действий, посягающих на свободу слова говорящего. Эта обязанность рационально выводится из правовых текстов, психологически приписывается субъектам, переживается ими как ограничивающая их поведение и признается за каждым участником коммуникации как их долг независимо от ее формально-логического состава.¹⁶

¹⁵ Ср.: «Идея в том, что закон предоставляет индивидууму исключительный контроль... над обязанностью другого лица, так что в сфере поведения, охватываемой этой обязанностью, индивидуум, который обладает правом, является малым сувереном, перед которым имеют обязанность» (*Hart H. L. A. Bentham on Legal Rights // Oxford Essays II. P. 192.* — Цит. по: *Финнис Дж.* Естественное право и естественные права. С. 259). Финнис полностью поддерживает Харта в этом вопросе и подчеркивает, что «теоретически важно отличать свободу (простое отсутствие обязанности) от права требования и... важно понимать, что свободу, не защищенную какими-либо правами требования от препятствования ей, бесполезно именовать правом» (Там же. С. 285).

¹⁶ Попытку более строго подойти к разграничению прав и обязанностей предпринял У. Хофельд (см. об этом, напр.: *Хофельд У.* Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации // *Правоведение.* № 3. 2012. С. 203–227). Однако его подход также вызвал критику. Л. Фуллер писал о «разочаровывающем опыте практического применения аналитического аппарата» Хофельда (*Фуллер Л. Л.* Мораль права. М., 2007. С. 164). Финнис, например, так комментировал основное для Хофельда различие принадлежащего *A права требования* (коррелят которого — обязанность *B*)

Для иллюстрации возможности существования прав человека как социально-правовых институтов обратимся к сюжету знаменитой древнегреческой трагедии Софокла «Антигона» и в наших целях перескажем его более или менее подробно (воспользовавшись уже существующим пересказом М. Л. и В. М. Гаспаровых).¹⁷ При этом мы исходим из того, что литературный сюжет отражает некие реалии древнегреческой жизни и вполне может быть представлен в виде модели существовавших в ту пору отношений.

По Софоклу у царя Фив Эдипа от кровосмесительного брака было два сына — Этеокл и Полиник и две дочери — Антигона и Исмена. Когда Эдип отрекся от власти и удалился в изгнание, править стали вдвоем Этеокл и Полиник под надзором старого Креонта, родственника Эдипа. Очень скоро братья поссорились: Этеокл изгнал Полиника, тот собрал на чужой стороне большое войско и пошел на Фивы войной. В поединке брат сошелся с братом, и оба погибли. После гибели братьев власть над Фивами принял Креонт. Первым его делом был указ: Этеокла, законного царя, павшего за отечество, похоронить с честью, а Полиника, приведшего врагов на родной город, лишиться погребения и бросить на растерзание псам и стервятникам. Это противоречило народному обычаю: считалось, что душа непогребенного не может найти успокоения в загробном царстве и что мстить беззащитным мертвым недостойно людей и неумодно богам. Антигона же полагала, что ее долг — позаботиться о том, чтобы душа брата нашла загробное успокоение. Креонт оглашает свой указ: герою — честь, злодею — срам, и тело Полиника брошено на поругание.

Однако Антигона претупает запрет, за что ее приговаривают к смертной казни. Креонту непросто было решиться обречь на казнь Антигону. Она не только дочь его сестры — она еще и невеста его сына, будущего царя. Тем не менее царский суд свершен, Антигона в тюрьме. Однако к Креонту является Тиресий, любимец богов, слепой прорицатель. Он попрекает Креонта в нарушении законов природы. Царь смущен, он впервые просит совета у хора: уступить ли? «Уступи!» — говорит хор. И царь отменяет свой

и свободы А (т. е. свободы А, имеющей своим коррелятом отсутствие права требования): «Право требования всегда есть либо, в положительном смысле, право получить что-либо (или право на определенную помощь) от кого-то другого, либо, в отрицательном смысле, право на то, чтобы нам не препятствовал или чтобы с нами не поступал или не обращался определенным образом кто-то другой. Когда предмет нашего правопритязания — наше собственное действие (действия), воздержание от действия (действий) или несовершение действия (действий), то это притязание не может быть притязанием на право требования, но может быть притязанием только на свободу (или, в случае юридических действий, на правомочие). Конечно наша свобода действовать определенным образом может быть подкреплена и защищена другим правом или совокупностью прав, например, правом (правами) требовать непротивления со стороны В, С, D... осуществлению нашей свободы. Но свобода, защищенная правом требования, — не отдельный тип хохфелдовского права, а соединение — никогда не являющееся логически необходимым, но всегда выгодное... для субъекта свободы — двух различных хохфелдовских отношений (каждое из которых, конечно, может быть и, как правило, бывает “множественным”... т. е. существует в идентичной форме не только между А и В, но и между А и С, А и D, А и...)» (Финнис Д. Естественное право и естественные права. С. 254). Напомним, что в российской правовой доктрине субъективное право понимается как включающее в себя три правомочия: право действовать определенным образом, право требовать от другого совершения (несовершения) определенных действий и право обращаться за защитой нарушенного права.

¹⁷ <http://briefly.ru/sofokl/antigona/>.

приказ, велит освободить Антигону и похоронить Полиника. Он признает, что божий закон выше людского. Но поздно. Приходит весть: нет в живых ни Антигоны, ни жениха ее.

Право Антигоны похоронить своего брата является не столько даже правом, сколько обязанностью, и эта обязанность имеет не только моральный, но и правовой смысл и должна интерпретироваться как правовая обязанность. В глазах древнегреческого общества эта обязанность предстает как право (притязание) на исполнение обязанности, поэтому запрет на ее исполнение воспринимается как посягательство на право человека — право погребать своих мертвецов.

С точки зрения логики позитивизма, предложенной Е. Булыгиным, наличие или отсутствие юридического права на погребение своих близких зависит исключительно от воли Креонта как суверена. При этом даже если бы он просто не противился такому погребению, то права не возникло бы потому, что отсутствует зафиксированная в законе правовая норма, управомочивающая на такое погребение (слабое дозволение, по Булыгину, не порождает право). При наличии законодательного запрета на погребение возникает лишь обязанность подчиняться воле правителя государства. Право, по мысли Е. Булыгина, может возникнуть лишь тогда, когда Креонт закрепит это право в законе государства.

Однако запрет Креонта на погребение Полиника, формально подпадающий под категорию писаного закона (указа), едва ли породил правовые последствия. Если под последними понимать наличие у закона реальной силы, гарантирующей соблюдение установленного правила, то как раз этих качеств мы в данном случае и не находим. Противостояние закона писаного (указа Креонта) и «закона неписаного» (воли богов, божьего закона, вечной Правды, воли народа) завершилось явно не в пользу первого. Даже попытка применить санкцию (смертную казнь) к нарушительнице запрета не увенчалась успехом именно в связи с тем, что указ Креонта не получил поддержки ни у самого общества, ни у собственного окружения. Другими словами, указ не был легитимирован как раз в силу его противоречия неписаному праву человека погребать своих мертвецов.¹⁸

Причем нелегитимность указа выявляется в ходе установления правовой коммуникации через диалог заинтересованных сторон, предъявляющих свои аргументы с целью убедить в собственной правоте. Исмена в трагедии говорит следующее: «Мы — слабые женщины, наш удел — повиновение, за непосильное нет с нас спроса: богов я чту, но против государства не пойду». На что Антигона отвечает: «Хорошо, я пойду одна, хотя бы на смерть, а ты оставайся, коли не боишься богов». В сознании Исмены ценность государства как последней инстанции в определении должного и недолжного превышает ценность воли богов; Антигона отстаивает иную иерархию ценностей. В этом диалоге, если только он отражает индивидуальные/субъективные ценностные предпочтения, не найти критериев для определения степени легитимности двух прав — писаного и неписаного. Необходимы дополнительные аргументы. Они выявляются в разговоре Антигоны с Креонтом: «Ты преступила указ?» — спрашивает Креонт. «Да, — отвечает Антигона, — ибо он не от Зевса и не от вечной Правды: неписанный закон выше писаного, нарушить его — страшнее смерти; хочешь казнить — казни, воля твоя, а правда — моя». «Ты идешь против сограждан?» — снова

¹⁸ Фактическое лишение жизни Антигоны не может рассматриваться как применение санкции, поскольку деяние Антигоны не являлось правонарушением.

спрашивает царь. «Они — со мною, только тебя боятся». В этом ответе Антигоны отражается еще один аргумент — ссылка на неявную поддержку ее понимания права со стороны народа. Креонт вызывает сына, невестой которого является Антигона, и укоряет его: «Твоя невеста нарушила указ; смерть — ей приговор. Правителю повиноваться должно во всем — в законном и в незаконном. Порядок — в повиновении; а падет порядок — погибнет и государство».

Данный аргумент, отсылающий к ценности порядка, несомненно, имеет свой вес. Но царевич использует аргумент еще более весомый и делегитимирующий указ царя. «Может быть, ты и прав, — возражает он, — но почему тогда весь город ропщет и жалеет царевну? Или ты один справедлив, а весь народ, о котором ты печешься, — беззаконен?» Отметим, что справедливость и законность/легитимность здесь уравниваются. «Государство подвластно царю!» — защищает Креонт. Но его аргумент парируется царевичем. «Нет собственников над народом», — подводит он итог диспуту.

Дилемма, которую пытается разрешить Антигона, нашла отражение в тексте хора: «Неписанный чтя закон, нельзя преступать и писанный». Выход из этой дилеммы формулирует сама Антигона: «Если божий закон выше людских, то за что мне смерть? Зачем молиться богам, если за благочестие объявляют меня нечестивицей? Если боги за царя — искуплю вину; но если боги за меня — поплатится царь». Эту же мысль поддерживает слепой прорицатель Тиресий, любимец богов: оказывается, не только народ недоволен царской расправой — гnevаются и боги: огонь не хочет гореть на алтарях, вещие птицы не хотят давать знамений. Тиресий обвиняет царя, подтверждая нелегитимность его указа: «Ты поправил законы природы и богов: мертвого оставил без погребения, живую замкнул в могиле! Быть теперь в городе заразе, как при Эдипе, а тебе поплатиться мертвым за мертвых — лишиться сына!» Под влиянием критических аргументов и угроз царь отменяет свой приказ, велит освободить Антигону, похоронить Полиника и подтверждает, что божий закон выше закона человеческого. Но, как мы помним, было уже поздно: Антигона, ее жених и царица погибают.

Можно ли сказать, что право на погребение мертвых представляет собой действительное/реальное право, отвечающее и большинству позитивистских критериев права? Думается, что ответ должен быть положительным. Притязание на исполнение долга погребения тела умершего родственника имеет явных и неявных адресатов в лице Креонта и его окружения, а также всех тех, кто имеет наличную или потенциальную возможность помешать реализации данного права. Эти лица выступают субъектами юридической обязанности признания данного права и воздержания от препятствования его реализации. Право и обязанность хоронить умерших родственников является вполне определенной/конкретизированной нормой обычного права, легитимированной представлениями о связанности императивного требования с волей богов, понятиями чести и достоинства, человеческой души и многовековой традицией. Как и многие подобные нормы, она имеет реифицированную и «объективную» форму своего существования в обществе, включая механизмы социального самовоспроизводства и защиты. Таким образом, она подпадает под понятие социального правового института.

Представляется, что как раз международное право и понимание прав человека в международном праве наиболее очевидным образом демонстрирует связь с идеей права как коммуникации. Понимание прав человека в международном праве не может основываться на внутригосударственных

законах. Фактически, в международном праве действуют те же механизмы коммуникации, которые приводят к признанию прав человека на международном уровне и их существованию как правовых институтов на основе обычаев, принципов или заключенных договоров, но не на основе односторонней «воли суверена».

Реальность прав человека в этом случае определяется возможностями не только их реализации, но и защиты в случае нарушения в рамках отдельных государств. Такая защита не обязательно сразу ведет к восстановлению нарушенных прав. Но она все равно представляет собой форму защиты, даже если отсутствует прямая возможность силового вмешательства в противоправную практику, существующую в этих странах, или возможность у самих граждан защищать свои права в суде. Такая защита прав человека в виде самозащиты, акций гражданского неповиновения, различные формы психологического, политического, экономического или военного давления на правонарушителя со стороны других государств являются доказательством реальности существования таких прав, ибо в противном случае и защищать было бы нечего.