

## ПРАВО ЧЕЛОВЕКА НА ДЕМОКРАТИЮ КАК КРАЕУГОЛЬНЫЙ КАМЕНЬ ПРАВА\*

С. КИРСТЕ\*\*

Демократия не является необходимым условием для верховенства права и для осуществления прав человека. Вместе с тем без демократии и требования равного участия в принятии демократических решений остаются незавершенными и правовые основы государства, и права индивида, поскольку оба не имеют «со-производности» (Ю. Хабермас) от свободы индивидуума. Эта свобода не находит своего должного выражения, если права человека «сбрасываются» патерналистским образом, т. е. если этот человек не участвует в обсуждении и принятии решений.

Право человека на демократию является правом участвовать в процедурах обсуждения, принятия решений и интерпретации общих прав и обязанностей. В рефлексивной структуре права правом не может быть то, что правопорядок предоставляет человеку на патерналистской основе. Обратное означало бы одновременное предоставление и удержание права на демократию. Реализация права на демократию происходит уже в самой основе правопорядка — независимо от того, гарантировано ли такое право на национальном или наднациональном или международном уровнях, и от того, воплощено ли оно в явной форме или состоит из нескольких прав.

Право человека на демократию помогает раскрыть потенциал свободы человека. Оно не противоречит правовой форме, но помогает ее осуществлению. Юридические свободы воплощаются в рефлексивной структуре права только тогда, когда не только создание права, но и его применение основаны на свободе. Демократия является не факультативным элементом права, но завершением его структуры, краеугольным камнем права.



Кирсте Стефан,  
доктор юридических наук,  
профессор философии права  
(Зальцбургский университет,  
Австрия)

\* Доклад на пленарном заседании XXVI Всемирного конгресса Международной ассоциации философии права и социальной философии «Права человека, демократия, верховенство права и современные социальные вызовы в сложных обществах», состоявшегося 21–26 июля 2013 г. в Белу-Оризонте (Бразилия).

*Kirste S. The Human Right to Democracy as the Capstone of Law // XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies. Belo Horizonte, 2013. P. 103–120.*

\*\* Stephan Kirste — Doctor of Law, Professor of Philosophy of Law (Salzburg, Austria).  
E-mail: stephan.kirste@sbg.ac.at  
Перевод с английского языка В. Гончарова (gonchar.lawyer@gmail.com) и С. Максимова (s\_maximov@ukr.net).

© Stephan Kirste, 2013

© Гончаров В., Максимов С., перевод на русский язык, 2013

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** достоинство, право на демократию, патернализм, частная автономия, публичная автономия, участие в принятии решений.

**KIRSTE S. THE HUMAN RIGHT TO DEMOCRACY AS THE CAPSTONE OF LAW**

Democracy is not a necessary condition for the rule of law and especially for the validity of human rights. Without democracy and an individual claim to equal participation in democratic decisions both, the legal foundation of the state and the rights of the individual are incomplete, since both do not have a “co-originality” (J. Habermas) but the foundation in the freedom of the individual. This freedom is not fully respected, if the person is paternalistically donated rights on which he or she had no chance to decide. The human right to democracy is a right to participate in the deliberating, decision-making and interpreting procedures of general rights and duties. Within the reflexive structure of law, it is not a right that the legal order paternalistically grants to people. Contrary would mean granting and withholding the right to democracy at the same time. People rather realize the right to democracy in the foundation of the legal order itself – whether it is guaranteed by a national, supranational or international legal order and whether it is united in an explicit right to democracy or whether it is a unifying principle for several rights. The human right to democracy helps to reveal the potential of one’s freedom. This right is not opposed to the legal form, but facilitates its implementation. Legal freedom is embodied in the reflexive structure of law only if the enactment is also an expression of freedom. Democracy is not an addition to the legal form but the completion of its structure, the capstone of law.

**KEYWORDS:** dignity, right to democracy, paternalism, private autonomy, public autonomy, participation in decision-making.

1. ВВЕДЕНИЕ

Утверждение, что люди должны не только пользоваться свободой, но и самостоятельно принимать решения по отдельным своим свободам, является довольно старой проблемой для философии права и политики, которая приобрела характер практической значимости, начиная с революции XVIII в. Борьба за это право продолжалась в XIX–XX вв. и недавно вновь разгорелась во время арабской революции. Национальные конституции закрепили права на свободу слова и мысли, на свободу объединений и право голоса. На наднациональном уровне, например, Европейский Союз закрепил эти права в ст. 11, 12 и 39 Хартии основополагающих прав и в п. «Б» ч. II ст. 20 Договора о функционировании ЕС. Международное право признало право на самоопределение народов (ч. 2 ст. 1 Устава ООН), право голоса (ст. 21 Всеобщей декларации прав человека (далее — ВДПЧ), свободу убеждений и на их свободное выражение (ст. 19 ВДПЧ) и свободу собраний и ассоциаций (ст. 20 ВДПЧ).<sup>1</sup> Статья 25 Международного пакта о гражданских и политических правах,<sup>2</sup> в частности, обязывает государства обеспечивать участие индивида в общих выборах и предусматривает другие коммуникативные и ассоциативные свободы, включая свободу

<sup>1</sup> *Franck T. M.* The Emerging Right To Democratic Governance // *American Journal of International Law.* 1992. N 86. P. 46.

<sup>2</sup> Статья 25: «Каждый гражданин должен иметь без какой бы то ни было дискриминации, упоминаемой в ст. 2, и без необоснованных ограничений право и возможность: а) принимать участие в ведении государственных дел как непосредственно, так и через посредство свободно выбранных представителей;

информации как предпосылку выборов.<sup>3</sup> Декларация тысячелетия ООН закрепляет положение о том, что «мужчины и женщины имеют право жить и растить своих детей в достойных условиях человека, обеспечивающих свободу от голода и страха, насилия, угнетения и несправедливости. Лучшей гарантией этих прав является демократическая форма правления, основанная на широком участии и воле народа».<sup>4</sup> Похожие положения содержатся в региональных декларациях о правах человека, таких как Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, содержащая эти свободы в ст. 10 и п. 1 ст. 3 Дополнительного протокола, и Межамериканская демократическая хартия, которая провозглашает, что «демократия — это образ жизни, который основывается на свободе и развитии экономических, социальных и культурных условий» (ч. 1 ст. 26). Ни один из этих актов, однако, не предусматривает единого индивидуального права на демократию.

Обоснование права человека на демократию все еще является предметом дискуссий. Позиции сторон можно несколько грубо резюмировать следующим образом: а) общая критика этих прав; б) либеральная позиция, определяющая понятия прав человека и демократии как противоположные; идея, что в) демократия является инструментом обеспечения прав человека; и г) права человека являются инструментом для обеспечения демократии; и, наконец, д) родство прав человека и демократии.

В настоящей статье я обосновываю, что позитивное право человека на демократию должно быть оправдано общим для прав человека и демократии принципом. Таким интегральным принципом является правовая свобода. Для того чтобы обосновать права человека как юридические права, основанные на обеспеченной правом свободе, следует предположить, что сама по себе правовая форма проистекает из свобод. Утверждение о внутренней согласованности прав человека и демократии, основанное на праве как требовании свободы, в результате заменяет представление об их неделимости.

Во-первых, я проанализирую наиболее важные критические мнения относительно права человека на демократию; во-вторых, изложу три упомянутые концепции в защиту такого права. Это приведет к третьей части — разработке моей собственной концепции. С этой целью я приведу несколько замечаний относительно понятия права и соотношения права и свободы. Наконец, я обосную внутреннюю согласованность прав человека и демократии и собственно право человека на демократию.

---

б) голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, производимых на основе всеобщего равного избирательного права при тайном голосовании и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей;

с) допускаться в своей стране на общих условиях равенства к государственной службе».

<sup>3</sup> Замечание общего порядка № 25: право на участие в ведении государственных дел, право голоса и право на равный доступ к государственной службе (ст. 25) от 12 июля 1996 г.: «Статья 25 закладывает фундамент демократического правления, основывающегося на согласии народа и соответствующего принципам Пакта». «8. Кроме того, граждане принимают участие в ведении государственных дел в рамках общенародных дискуссий и диалога со своими представителями или путем осуществления своего права на организацию. Содействием такому участию является право на свободное выражение своего мнения, мирные собрания и на свободу ассоциаций».

<sup>4</sup> Резолюция 55/2 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 8 сентября 2000 г. (I, 6).

## 2. КРИТИКА ПРАВА ЧЕЛОВЕКА НА ДЕМОКРАТИЮ

**2.1. Права человека как внешние ограничения для публичной власти.** Концепции, отрицающие право человека на демократию, предполагают внешнее отношение прав человека к демократии — некоторые из них созданы в рамках традиции К. Шмита.<sup>5</sup> Они утверждают, что Французская революция лишь заменила предмет легитимации суверенитета. На смену монархической легитимации абсолютистского суверенитета старого режима пришла демократическая легитимация, и народ как коллектив заменил монарха в вопросе легитимации государственной власти. В обеих формах правления права человека служили внешними ограничениями для государственной власти. Потому-то представители этой точки зрения и отвергают идею личного права на демократию.

Эта критика игнорирует, в частности, то, что изменение предмета легитимации (а именно подмена монарха народом) сопровождается заменой режима легитимации власти. Абсолютный монарх как политическое лицо мог полагаться на цели государства и унаследованную им легитимацию. В демократии народ также ведет себя как коллективный субъект. Но при этом люди не только выражают свои традиционные полномочия. Демократия не может вывести свою легитимность из прошлого — только из современной формы принятия решений. В дополнение к этому демократия накладывает новую форму ответственности за осуществление государственной власти — ответственность перед народом. Поэтому идея, согласно которой изменение формы правления от монархии к демократии является простой подменой субъектов, нарушает саму сущность демократии. В демократическом государстве согласно принципу верховенства права государство не просто служит человеку, а человек — государству; демократическое государство существует только на основе воли народа, процесса обсуждений и принятия им решений. Так или иначе, понимание демократии как способа легитимации постоянно действующей государственной власти неизбежно приводит к внешнему отношению прав человека к демократии: права человека служат ограничением государственной власти, предоставляя средства воздействия на государство.<sup>6</sup>

**2.2. Предоставленные формы прав человека и институционализация демократии.** Немецкий философ права и бывший судья Федерального Конституционного суда ФРГ Е.-В. Бёкенфёрде понимает права человека как категорические права, которые люди получают по факту своего существования (*because of their humanity*) и независимо от их позитивно-правового закрепления (институционализации).<sup>7</sup> В противоположность этому

<sup>5</sup> Bielefeldt H. Philosophie der Menschenrechte. Grundlage eines weltweiten Freiheitsethos. Darmstadt, 1998. S. 103.

<sup>6</sup> «Проблема в международном измерении состоит в определении того, насколько глобальная политика прав человека, которая отделяет права человека от их демократического контекста, трансформирует в каталоге задач изначальное, догосударственное право защиты от государственной монополии на власть в глобальную монополию на власть, тем самым трансформируя право на свободу в управомочивающие нормы» (*Maus J. Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie // Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik / Hg. H. Brunkhorst, W. R. Köhler, M. Lutz-Bachmann. Frankfurt/M., 1999. S. 279*).

<sup>7</sup> Böckenförde E.-W. Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte? // Philosophie der Menschenrechte / Hrsg. v. S. Gosepath, G. Lohmann. Frankfurt/M., 1998. S. 236.

«демократия означает... конкретно понятное, институционально и процедурно обеспеченное осуществление власти и политических полномочий по принятию решений людьми, имея в виду эмпирических, конкретно существующих людей, а не людей как трансцендентальных субъектов».<sup>8</sup> Поскольку демократия как «форма политического порядка» зависит от институциональных предпосылок, которые не существуют для осуществления прав человека, право человека на демократию будет либо способствовать релятивизации критериев действия прав человека, либо растворять и распылять демократию.

Доминирующее понимание права и свободы опирается на либеральную концепцию права как инструментального феномена относительно личных свобод. Право должно защищать свободу и создавать для нее условия. Е.-В. Бёкенфёрде утверждает, что право должно быть «направлено» на обеспечение свободы.<sup>9</sup> Эта «направленность», однако, сама по себе не обязательно является результатом свободного решения относительно права. «Право выступает как необходимая форма свободы», но влияние свободы на правопорядок остается вторичным в отношении защиты свободы. «Соотношение свободы и права остается по своей природе лишь внешним».<sup>10</sup> Это не приводит к пренебрежению важностью демократии для легитимации государства, требование демократии является исключительно объективным принципом, а не личным правом индивида. Следовательно, демократия — это не субъективное право, а «организованный процесс принятия решений между равными субъектами как источник легитимации всего позитивного права, в том числе основных прав и прав человека».<sup>11</sup> Итак, объективно задуманный демократический процесс будет *основой* прав человека и гражданских прав, а не наоборот.

Поскольку принцип свободы остается вне права и государства, право имеет исключительно инструментальную функцию в отношении прав человека и демократии: оно является лишь объективным принципом, который накладывает внешние ограничения на государство и его законы. Право само по себе не считается активной реализацией свободы. Критика такого рода часто опирается на исторические аргументы.<sup>12</sup> Действительно, философия и политическая практика, казалось бы, занимаются негативными правами. Э. Тугендхат замечает, что либеральные права человека впервые получили свое развитие в недемократических государствах.<sup>13</sup> Вполне в духе

<sup>8</sup> Ibid. S. 237.

<sup>9</sup> Böckenförde E.-W., Enders Ch. Freiheit und Recht. Freiheit und Staat // Böckenförde E.-W., Enders Ch. Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt/M., 1991. S. 44.

<sup>10</sup> Ibid. S. 45.

<sup>11</sup> Böckenförde E.-W. Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte? S. 173.

<sup>12</sup> Hofmann H. Menschenrechte und Demokratie. Oder: Was man von Chrysipp lernen kann // Juristenzeitung. 2001. S. 7.

<sup>13</sup> Э. Тугендхат утверждает, что «источник либерализма кроется внутри авторитарных порядков; существовал либерализм без демократии, и существует идея демократии без либерализма. Но кажется, что единственный легитимный политический порядок — это либеральная демократия, так как только она структурирует политическую власть так, что, во-первых, индивиды вместе становятся носителями политической власти и, во-вторых, она сохраняет некое пространство как индивидуальное» (Tugendhat E. Die Kontroverse um die Menschenrechte // Philosophie der Menschenrechte / Hrsg. v. S. Gosepath, G. Lohmann. Frankfurt/M., 1998. S. 52).

аристотелевской традиции<sup>14</sup> Ш.-Л. Монтескье придерживается мнения, что свобода заключается в возможности действовать согласно законам, а не в разрешении действовать как кому угодно, что включает непроизвольное определение самих законов.<sup>15</sup> Революции XVIII в. действительно утверждали право народа определять свои законы, воздерживаясь, однако, от закрепления личного права на демократию, и концентрировались на негативных либеральных правах. Только позже права на общественные блага и участие в их распределении были включены в перечень основополагающих прав. В конституционной монархии, по крайней мере в Германии, право на участие в выборах прошло долгий путь, пока не было закреплено в полном объеме и — в этих монархиях — никогда непосредственно не служило способом легитимации монархической власти. Исторический аргумент в целом тоже не может считаться безусловным в отношении личного права на демократию. Однако в условиях демократии право — это не только внешний залог свободы, оно по своей сути является выражением свободы народа. Поскольку право в демократическом государстве является выражением свободы народа, право человека на демократию может быть оправданно, если сама демократия будет не только объективным принципом, но и выражением индивидуальной свободы.

**2.3. Деонтологические обоснования прав человека: прагматическое или аксиологическое обоснование демократии.** Д. Гриффин отрицал право человека на демократию в связи с тем, что правам человека следует быть выражением человеческого достоинства, тогда как демократии следует направляться на прагматические цели, такие как стабильность политического процесса.<sup>16</sup> Принимая во внимание, что деонтологическое обоснование прав человека приводит к дефинитивным утверждениям, демократия может сложиться только как объективный принцип государственной организации.

Д. Гриффин предполагает, что человеческое достоинство как основа прав человека также должно трактоваться как объективная ценность, выражающая ценности жизни, автономию и свободу личности. Это предположение, однако, не является необходимым. Достоинство человека тоже можно понимать как личное право. Можно утверждать, что содержание такого права является слишком расплывчатым. Это могло быть приемлемо в начале правового развития концепции человеческого достоинства после Второй мировой войны. С тех пор принцип человеческого достоинства

<sup>14</sup> *Aristoteles. Politik. Übersetzt und mit erklärenden Anmerkungen versehen von Eugen Rolfes / Mit einer Einleitung von Günther Bien. 4. Aufl. Hamburg, 1981. S. 217.*

<sup>15</sup> «Действительно, в демократиях народ, по-видимому, делает, что хочет. Но политическая свобода состоит совсем не в том, чтобы делать то, что хочется. В государстве, то есть в обществе, где есть законы, свобода может заключаться лишь в том, чтобы иметь возможность делать то, чего должно хотеть, и не быть принуждаемым делать то, чего хотеть не должно» (*Montesquieu Ch. L. de S. de. Vom Geist der Gesetze. Tübingen, 1992. S. 212*) (цит. по: *Монтескье Ш. Л. О духе законов. М., 1999. С. 137*).

<sup>16</sup> «Права человека появились, чтобы защитить то, что для нас олицетворяет человеческое достоинство: жизнь, независимость и свободу личности. Демократические институты возникли в связи с нашей потребностью в процедуре принятия коллективных решений — это процедура, которая является стабильной, хорошо управляет процессом трансляции власти, отвечает потребностям общества, члены которого более или менее равны по своим силам и возможностям, примиряет тех, кто проиграл от социальных решений, с основными структурами общества, и, как правило, способствует обществу общему благу, в частности порядку, справедливости, безопасности и процветанию» (*Griffin J. On Human Rights. Oxford, 2011. P. 249*).

был включен в большинство конституций и международных деклараций — и прежде всего в декларации о правах человека — и конкретизирован конституционными судами, судами по правам человека, а также в теории и философии права. Можно понимать человеческое достоинство как способность человека быть самоцелью или как возможность действовать по собственной воле. Это защищало бы людей в ситуациях, в которых они не в состоянии действовать свободно.<sup>17</sup> Этот принцип защищает субъективность личности в кантианском смысле и препятствует рассмотрению личности в качестве простого объекта. Итак, люди не только защищены правами, но и имеют возможность принимать активное участие в создании этих прав. В противном случае они были бы простыми объектами при предоставлении этих прав.

Я вернусь к этому аспекту позже. На данный момент достаточно признания того, что человеческое достоинство может рассматриваться как субъективное право и тем самым как фундамент для других прав человека. Если человеческое достоинство понимать как самоценность, оно может быть принято не только в качестве основы для негативных прав человека в *status negativus* по Г. Еллинеку, но и как позитивное право в смысле права на публичную помощь (*status positivus*), и даже частично в качестве права на участие в *status activus*.<sup>18</sup> Как утверждает Ф. Мюллер, «демократия является положительным правом каждого человека». <sup>19</sup> Этот активный статус стал бы выражением всех прав, которые позволяют людям участвовать в принятии решений, касающихся установления и интерпретации их прав. Кроме права на участие в осуществлении демократии этот статус также будет основой для права в административном судопроизводстве и в ходе проведения расследований. Поскольку мы можем понимать концепцию человеческого достоинства как такую, которая позволяет обосновать право человека на демократию, и я не хочу требовать большего на этом этапе, возражения Д. Гриффина можно считать опровергнутыми.

С. Бессон не считает, что человеческое достоинство в отличие от демократии можно рассматривать как объективную ценность. «Не может быть права на ценности, а демократия — это одна из таких ценностей».<sup>20</sup> С одной стороны, правильно, что ценности и нормы исключают друг друга, с другой — также следует учитывать, что права человека превращают ценности в нормы. Так называемое «объективное измерение» основных прав толкует содержание норм права как объективных ценностей; например, свобода мысли рассматривается как главная ценность для общества. Впрочем, правильно и то, что объективная ценность может быть преобразована

<sup>17</sup> Kirste S. Das Fundament der Menschenrechte // Der Staat. 2013. S. 119–138.

<sup>18</sup> «Права человека можно обосновать лишь посредством ссылки на статус человека как цели самой по себе, т. е. лица. Эта цель находит свое выражение в свободе, равенстве и бесценности человека. Обоснование заключается в том, чтобы прийти от права к правам человека — и тем самым к праву на демократию» (Köhler W. R. Das Recht Auf Menschenrechte // Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik / Hrsg. v. H. Brunkhorst; W. R. Köhler; M. Lutz-Bachmann. Frankfurt/M., 1999. S. 124).

<sup>19</sup> Müller F. Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie 8. Berlin, 2003. S. 72.

<sup>20</sup> Besson S. Demokratie als Menschenrecht // Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie? / Hrsg. G. Haller, K. Günther, U. Neumann. Frankfurt/M.; New York, 2011. S. 78.

в норму и субъективное право индивида, если оно соответствует формальным критериям нормы или субъективных прав.

Принимая все это во внимание, я не вижу принципиальных возражений против индивидуального права человека на демократию, которые следовали бы из только что приведенных аргументов.

### 3. КОНЦЕПЦИИ, ОТСТАИВАЮЩИЕ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА НА ДЕМОКРАТИЮ

Опровержение отдельных возражений против права человека на демократию не ведет к неопровержимому его обоснованию. Думается, есть три подхода к его обоснованию: инструментальная концепция, теория родства прав человека и демократии и предположение о внутренней связи человеческого достоинства и демократии.

**3.1. Инструментальная ценность права на демократию как права человека — либеральная позиция.** Некоторые авторы обосновывают право на демократию как инструментальное по отношению к правам человека:<sup>21</sup> «Демократия служит реализации прав человека, но права человека не служат реализации демократии».<sup>22</sup> Это предположение — как и вышеупомянутые концепции — не исключает обоснование права человека на демократию, но они обосновывают это право только по той причине, что оно служит другим правам человека. Д. С. Милль и Д. Ролз утверждают, что демократия защищает права человека лучше, чем любой другой общественный институт.<sup>23</sup> С помощью демократии люди могут лучше контролировать нарушения или ущемления их прав.

Д. Ролз отвергает республиканскую идею, согласно которой политическая автономия занимает центральное место в народных представлениях о благе. Возражая Х. Арндт, Ролз, наоборот, утверждает, что люди в Афинах могли рассматривать демократию как первичное явление, но это не имеет отношения к нынешним либеральным государствам. Тем не менее Д. Ролз не заходит настолько далеко, чтобы утверждать, что политические права не относятся к основным свободам. Он рассматривает первые только как институциональные средства защиты других основных свобод.<sup>24</sup> Вслед за Д. Ролзом Ч. Бейтц допускает, что праву человека на демократию присущ только инструментальный смысл. Он не отвергает полностью идею, что основные интересы лиц могли бы лучше учитываться при других формах правления.<sup>25</sup> Он ссылается на эмпирические исследования, которые доказывают, что благосостояние людей и успешность борьбы против голода в недемократических государствах были не хуже, чем в демократических. Пусть так, но принятие благосостояния в качестве решающего критерия поднимает проблему патерналистских средств улучшения этого благосостояния. Кроме того, ясно, что один из интересов, который в то же время реализуется хуже в недемократических режимах, — это собственно интерес в свободе. Если граждане пользуются только личной свободой,

<sup>21</sup> А. Бьюкенен допускает, что право на демократию необходимо для осуществления других прав человека (*Buchanan A. Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law.* Oxford, 2007).

<sup>22</sup> Köhler W. R. Das Recht Auf Menschenrechte. S. 113.

<sup>23</sup> Rawls J. Gerechtigkeit als Fairness. Frankfurt/M., 2003. S. 36.

<sup>24</sup> Ibid. S. 222.

<sup>25</sup> Beitz C. The Idea of Human Rights. Oxford, 2009. P. 176.



она может быть гарантирована настолько широко, насколько это возможно; однако тут гражданам не хватает свободы политической.

Как Э.-В. Бёкенфёрде и другие мыслители, подчеркивающие социальные и экономические предпосылки демократии, Ч. Бейтц тоже утверждает, что эффективная демократия зависит от демократической культуры — кто же будет это отрицать, учитывая опыт Веймарской республики и сегодняшней «арабской весны»,<sup>26</sup> — и от минимального социального благосостояния и образования.<sup>27</sup> Однако сказанное нельзя считать принципиальным возражением против права человека на демократию; это даже не аргумент в пользу признания инструментального характера такого права, здесь указывается лишь на взаимозависимость трех видов прав — негативных, позитивных и активных по Г. Еллинеку. Негативные права — право собственности, право на труд и т. д. — также могут иметь социальные предпосылки для их эффективного использования, не превращаясь в права второго сорта. Активные права могут быть фундаментальными для свободной интерпретации и установления обоих видов прав. Все это не указывает на второстепенную роль иных прав при реализации прав человека в целом, но это показывает, что все три их вида могут быть взаимозависимыми и стабильность может быть достигнута — еще одна релятивизация по Ч. Бейтцу<sup>28</sup> — только тогда, когда эти три аспекта прав человека оптимизированы.

Изначально А. Сен следует Д. Ролзу и Ч. Бейтцу в своей оценке инструментального характера демократии. Он широко исследовал связь голода и политического режима в государстве, в связи с чем пришел к выводу о том, что в истории сильный голод никогда не встречался в демократических государствах со свободной прессой, потому что свободная пресса и выборы в достаточной степени контролируют возможные попытки несправедливого обогащения.<sup>29</sup> Однако он выходит за пределы концепции Д. Ролза, предполагая, что политическая свобода является частью свободы вообще и неотъемлемой частью концепции хорошей жизни людей (*good life*).<sup>30</sup> Дополнительной функцией активных прав является предоставление лицам возможности голосовать по общественным вопросам и возможности быть услышанными, а также возможности учиться на своих ошибках. Мы вернемся к внутренней связи негативного, позитивного и активного измерений свободы позже.

**3.2. Родство прав человека и демократии.** Ю. Хабермас выступает против идеи о том, что права человека не являются непозитивированными моральными правами, которые патерналистским образом даруются

<sup>26</sup> «Таким образом, хотя, возможно, в некотором идеальном смысле демократические институты могут быть лучше обоснованы соображениями об их высокой эффективности в отношении других, остается неясным, приведут ли какие-либо практически доступные курсы политических действий к успешным преобразованиям в отношении бедных обществ вместе взятых» (Ibid. P. 180).

<sup>27</sup> Ibid. P. 181.

<sup>28</sup> Ibid. P. 178.

<sup>29</sup> Amartya S. Democracy as a Universal Value // Journal of Democracy. 1999. N 10. P. 7.

<sup>30</sup> «Политическая свобода является частью человеческой свободы вообще, а осуществление гражданских и политических прав является важной частью хорошей жизни людей как социальных существ. Политическое и социальное участие имеет действительную ценность для человеческой жизни и благосостояния. Отлучить от участия в политической жизни общества, значит осуществить одно из наиболее тяжелых лишений» (Ibid. P. 9).

гражданам их великодушным государством.<sup>31</sup> Он спрашивает, какие основоположные права свободные и равноправные граждане взаимно признали бы в рациональном дискурсе при создании позитивного права.<sup>32</sup> Прежде всего, это права, необходимые для рационального дискурса в форме позитивного права: «Желаемая внутренняя связь между правами человека и народным суверенитетом заключается в том, что права человека институционализируют коммуникативные условия для разумного политического волеизъявления».<sup>33</sup> Правовая форма сама по себе является предпосылкой для такой коммуникации. С помощью этой формы субъекты права рассматриваются как имеющие возможность приобретения прав человека. Кроме того, «они могут обеспечить равенство в осуществлении их частной автономии, только если они как граждане должным образом используют свою политическую автономию».<sup>34</sup> Правовая форма также предусматривает правосубъектность лиц в правоотношениях. В этой коммуникации, однако, и правовая форма, и принцип дискурса являются предпосылками разработки процедурных прав человека. Масштабы и сфера либеральных прав человека тогда зависят от условия, что граждане «на основе их в равной степени защищенной частной автономии... достаточно независимы».<sup>35</sup> Конкретная дискурсивная легитимация является внешним фактором правовой формы. Содержание и объем прав человека определяются требованиями дискурса. Хотя Ю. Хабермас учитывает потенциальную проблему инструментализации либеральных прав человека через политическую автономию, он не достигает сбалансированных отношений между ними при формировании позитивного права. Причиной этого является то, что форма права сама по себе не может быть обоснована посредством принципов, лежащих в основе суверенитета народа и верховенства права. Поскольку форма позитивного права предполагается, развитие конкретных прав человека выносится на обсуждение, которое предъявляет и позитивным правам требования такой формы.<sup>36</sup> Система субъективных прав охраняет формы коммуникаций, которые необходимы для политически автономного применения законов.<sup>37</sup> Только в этом случае субъекты прав могут в одно время быть авторами этих субъективных прав. С. Бенхабиб с И. Маус<sup>38</sup>

<sup>31</sup> *Habermas J.* Die Einbeziehung des Anderen. Frankfurt/M., 1996. S. 301; *Maus I.* Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie // Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen / Hrsg. v. C. Menke, F. Raimondi. Frankfurt/M., 2011. S. 346.

<sup>32</sup> *Habermas J.* Zur Legitimation durch Menschenrechte // Die postnationale Konstellation. Politische Essays. Frankfurt/M., 1998. S. 175.

<sup>33</sup> *Habermas J.* Remarks on Legitimation through Human Rights // *Philosophy Social Criticism*. 1998. N 24. P. 160.

<sup>34</sup> *Ibid.* P. 161.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Эта опасность, связанная с концепциями Ж.-Ж. Руссо, может быть неизбежной в концепции С. Бенхабиб, когда она пишет: «Права человека, как я буду доказывать, подчеркивают моральные принципы защиты коммуникативной свободы индивидов. Даже если такие моральные принципы отличаются от юридической спецификации прав, связь между правами человека как моральными принципами и их правовыми формами остается необходимой, а не просто случайной» (*Benhabib S.* Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights // *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*. 2007. Vol. 81. P. 9).

<sup>37</sup> *Habermas J.* Faktizität und Geltung. Frankfurt/M., 1994.

<sup>38</sup> *Maus I.* Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder. S. 344.

предположили, что лица являются авторами своих прав, только если они сами могут интерпретировать свои правовые притязания.<sup>39</sup>

«Родство» по Ю. Хабермасу означает, что ни права человека, ни демократия не имеют приоритета друг перед другом. Это не означает, что у них общее происхождение. Эта «внутренняя связь» касается их одинаковых функций в правовой институционализации дискурсивного принципа. Просто оба явления необходимы для его юридического оформления. Инструментализация демократии для реализации прав человека в республиканской концепции превратилась в их взаимную инструментализацию для правовой институционализации дискурсивного принципа. Чтобы избежать этой взаимной инструментализации, следует вывести каждый из некоей общей ценности.<sup>40</sup> Перед тем как вернуться к нашей собственной концепции, позволим себе кратко рассмотреть другие взгляды.

**3.3. Внутренняя связь прав человека и демократии.** Лишь несколько теорий пытаются доказать предположение о внутренней связи между демократией и правами человека, основанной на общем происхождении их обоснования. Эти теории обосновывают такую связь общей ценностью или общим интересом как основами для прав человека и демократии. Например, Т. Франк — один из первых защитников права человека на демократию в международном праве — предполагает, что право на демократию служило бы всем людям, которые «взяли на себя обязанность по формированию гражданского общества, в котором они живут и работают».<sup>41</sup>

Внутренняя связь между правами человека и демократией уже была заявлена Ж.-Ж. Руссо. Общая воля превращает исходную эгоистическую свободу человека в юридически упорядоченную социально-ответственную свободу. Поскольку Ж.-Ж. Руссо не доверяет человеческой свободе, он боится, что мы в какой-то момент вернемся к ее эгоистической форме. Вследствие этого общественный договор не только превращает человека в субъект права, но и, более того, социализирует нравственно-этические качества личности и связывает их с общими интересами благодаря политической религии. Эта позиция на самом деле вызывает некоторые опасения у критиков права человека на демократию: демократия у Ж.-Ж. Руссо просто впитывает негативные права человека.<sup>42</sup> Интерпретируя все права в перспективе политических прав, Ж.-Ж. Руссо теряет силу, стоящую за

<sup>39</sup> *Benhabib S. Another Universalism. P. 21.*

<sup>40</sup> Рассматривая кантианскую интерпретацию человеческого «достоинства как равной и солидарной свободы», Г. Билефельдт утверждает, что человеческое достоинство и демократия как понятия охватывают друг друга: демократия необходима для определения и разработки прав человека, как и коммуникативные и ассоциативные права являются предпосылками для демократического дискурса (*Bielefeldt H. Philosophie der Menschenrechte. S. 107*).

<sup>41</sup> *Franck T. M. The Emerging Right To Democratic Governance // American Journal of International Law. 1992. N 86. P. 79.*

<sup>42</sup> «Всякий путь, ведущий к достижению этой цели (воспроизведения свободы и равенства естественного состояния, утраченного в несовершенном мире. — *Прим. пер.*) как единственно логически мыслимый и действительный в правовом смысле — заключается в наделении общественного договора содержанием абсолютного отчуждения всякого индивидуального права на суверенную общность. А потому, несмотря на все индивидуалистические исходные и конечные пункты выявляется безграничная деспотия выказывающего себя во всякой воле большинства суверена, против которого Руссо в состоянии спасти лишь ряд непоследовательностей и софизмов, воплощающих нерушимые естественные права человека» (*Gierke O. von. Johannes Althusius und die*

этими правами. Это было и остается одной из функций негативных прав — гарантировать каждому индивиду оставаться индивидуальным субъектом нравственности в рамках, ограниченных правом, и даже больше — это положение может быть движущей силой для его частных и политических действий.

И. Кант воздерживается от такого заключения. Кантовское понятие права может предоставить доводы для обоснования права на демократию. Как хорошо известно, он интерпретирует право как форму внешней свободы. В отличие от Ж.-Ж. Руссо у И. Канта внутренняя свобода нравственного совершенствования остается за индивидом, который связан категорическим императивом. Ограничение внешней свободы служит лишь защитой возможности для нравственного совершенствования индивидов. Кант соглашается с Ж.-Ж. Руссо в том, что ограничение свобод не должно оставаться на произвол правителя, и расширяет понятие права — опять же на основе идеи свободы — до требования, в соответствии с которым ограничение негативной свободы каждого гражданина должно быть обусловлено только «общим законом свободы». В частности, требование к правителю устанавливать законы, только если все граждане согласны с ними, остается регулятивной идеей, так же как и общественный договор в его теории — лишь условие возможности разумного толкования сути государства, а не документ, который был подписан в действительности. Хотя отрицание всякого патерналистского действия государства в отношении индивида и людей не ведет к обоснованию демократии, оно приводит к ограничению общественных целей. Патернализм имел бы место, если бы государство не только заботилось о внешней безопасности, но и защищало внутреннее счастье (*Glückseligkeit*).<sup>43</sup> Как «регулятивная идея» демократия является объективным принципом, а не индивидуальным правом и не воплощается в позитивное право.<sup>44</sup> И. Кант даже не пытается развернуть вывод из своей конструкции свободы и оформить концепцию демократии как права человека, ведь он признает финансовую и правовую независимость граждан в качестве предпосылки для их участия в общественных делах.

Задача состоит в том, чтобы соединить достижения Ж.-Ж. Руссо и И. Канта и превратить личную свободу в право таким образом, чтобы оставить человеку пространство для индивидуальной свободы как негативного

---

Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik. 2. Aufl. Breslau, 1902).

<sup>43</sup> «Правление (*Regierung*), основанное на принципе благоволения народу как благоволения отца своим детям, иначе говоря, *правление отеческое (imperium paternale)*, при котором подданные, как несовершеннолетние, не в состоянии различить, что для них действительно полезно или вредно, и вынуждены вести себя только пассивно, дабы решения вопроса о том, как они *должны* быть счастливы, ожидать от одного лишь суждения главы государства, а дабы он и пожелал этого — ожидать от одной лишь его доброты, — такое правление есть величайший *деспотизм*, какой только можно себе представить (такое устройство, при котором уничтожается всякая свобода подданных, не имеющих в таком случае никаких прав)» (*Kant I. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis // Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1. Immanuel Kant Werkausgabe. Bd. XI / Hrsg. v. W. Weischedel. Frankfurt/M., 1977. S. 145*) (цит. по: *Кант И. О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» // Кант И. Соч. В 6 т. М., 1966. Т. 4. Ч. 2. С. 79*).

<sup>44</sup> Микельман обращается к демократии как регулятивной идее (*Michelman F. I. Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation? // Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik / Hrsg. v. H. Brunkhorst; W. R. Köhler; M. Lutz-Bachmann. Frankfurt/M., 1999. S. 65*).

права и вместе с тем включить всех людей в процесс создания необходимых для этого публичных законов. К этой задаче обратился Г. В. Ф. Гегель. По Гегелю свобода — это «бытие у себя самого» (*Bei-sich-selbst-Sein*).<sup>45</sup> Это «бытие» — не просто обычный факт, оно создается собой в себе, а воспроизводится и развивается посредством различных форм взаимного признания. В этой концепции самоосвобождения (*Selbstbefreiung*) Г. В. Ф. Гегель объединяет негативную и позитивную свободу.<sup>46</sup> В то же время он расширяет понятие свободы от свободы действий до состояния быть свободным. Тщательно разработанные в его «Философии права», основанные на диалектическом понятии свободы, и буржуа, и гражданин находят себе место в правовом обществе — буржуа защищает его негативная свобода в гражданском обществе, где он может жить по индивидуальным потребностям и раскрывать собственные возможности,<sup>47</sup> тогда как гражданин в политическом государстве реализует свою активную свободу на труд, способствуя воплощению общественных интересов. Это не приводит ни к дуализму свобод, ни к полной приватизации буржуа и социализации гражданина в каждой персоне и, наконец (что часто неправильно понимают), к разделению гражданского общества и публичной сферы государства. Лицо не ограничено его частными интересами, но желает закрепить долю общественной прибыли за свой личный труд.<sup>48</sup> Таким образом, государственные учреждения под влиянием свободы в сфере гражданского общества допускают, что в их основе лежат конкретные интересы, и упорядочивают их. В то же время они работают на благо общества. Эти учреждения — юридические лица и суды. Это первые формы лиц, действующих в публичной сфере.<sup>49</sup> Хотя эти организации получают поддержку от

<sup>45</sup> Hegel G. W. F. Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift KG v. Griesheim 1824/25 // Hegel G. W. F. Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831 / Edition und Kommentar in sechs Bänden von K.-H. Ilting. Bd. 4. Stuttgart; Bad Cannstatt, 1974. § 23.

<sup>46</sup> «Все развитие понятия духа представляет собой только самоосвобождение духа от всех форм существования, не соответствующих его понятию; освобождение, осуществляемое благодаря тому, что эти формы преобразуются в некоторую действительность, полностью соответствующую понятию духа» (Hegel G. W. F. Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse 1830. Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes. Mit mündlichen Zusätzen. Werke. Bd. 10 / Hrsg. v. E. Moldenhauer, KM Michel. Frankfurt/M., 1986. P. 26) (цит. по: Гегель Г. В. Ф. Энциклопедия философских наук. Том 3. Философия духа. М., 1977. С. 26).

<sup>47</sup> «Французы проводят разницу между буржуа и гражданином; первый есть отношение индивида в обществе касаясь удовлетворения его потребностей; так что нет никакой политической связи, такую впервые имеет гражданин. Здесь мы рассматриваем индивида лишь как буржуа». В рукописи Гото к § 187 мы находим следующее: «Граждане суть частные лица, члены общественного союза, целью которого является особенное, и в той мере, в какой подобный общественный союз ограничен такой целью, гражданин есть *bourgeois*; *citoyen* в качестве политического члена государства как государства политического. В гражданском обществе цель есть частная цель» (Hegel G. W. F. Philosophie des Rechts / nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822/1823. Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831; Edition und Kommentar in sechs Bänden von K.-H. Ilting. Bd. 3. Stuttgart; Bad Cannstatt, 1974. S. 580) (цит. по: Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 435).

<sup>48</sup> К. Левит пишет: «Как частное лицо в отличие от публичной общности такой человек сам является лишь привативной (*privative*) разновидностью человеческого бытия» (Löwith K. Menschenrechte und Bürgerrechte bei Rousseau, Hegel und Marx // Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen // Hrsg. v. C. Menke, F. Raimondi. Frankfurt/M., 2011. S. 389).

<sup>49</sup> «Говорят, что люди своекорыстны, но вместе с тем то, что они хотят действовать и на пользу всеобщего, не сводится к *bourgeois*, они хотят способствовать и благополучию всеобщего своим пониманием, своей волей. Такая деятельность на пользу

лиц, они реализуют некоторые аспекты общих политических институтов. В конституционном государстве времен Гегеля работа на общие интересы государства все еще была основана на монархическом суверенитете. Однако Гегель не признает интереса лиц участвовать в формировании общих интересов как выражения института публичной свободы. Он признает право каждого человека на его личную свободу и основывает государство на принципе верховенства права и свободе. Он также признает, что позитивная свобода может быть реализована в форме объединений и в других социальных институтах. Соответственно он включает в свою теорию и активную свободу. Это, однако, не заставляет его включить демократическую форму правления в свою структуру общества и государства. Он отдает эти вопросы на усмотрение корпоративного механизма, который превращает, в частности, богатство общественных сил в определенные аспекты общего блага. На уровне общих законов защита индивидуальной свободы не требует участия всех граждан в принятии решения по защите. Поэтому они не могут воспользоваться своей позитивной свободой. Удавшееся Гегелю объединение правовой институционализации личных негативных и положительных свобод не приводит к институционализации позитивных и активных свобод в участии при принятии общих политических решений.

Итак, остается открытым вопрос о том, может ли понятие свободы в своем тройном аспекте (негативном, позитивном и активном) служить единственным принципом для обоснования права человека на демократию.

#### 4. ФОРМА ПРАВА КАК ФОРМА СВОБОДЫ

**4.1. Понятие права.** В оставшихся частях моей статьи я буду подробно разрабатывать указанный вопрос. Прежде всего, я буду заниматься реконструкцией формы права, основанной на этих аспектах свободы. Затем я покажу, как право человека на демократию завершает реализацию потенциала свободы, воплощенного в форме современного права.

Позитивное право часто считается фактом, действительность которого еще предстоит обосновать посредством других принципов, например естественного права или демократии. Я же, напротив, буду отстаивать позицию, в соответствии с которой современное понятие права не требует для своего обоснования обращения к внешним явлениям. Это обоснование опирается на формы свободы, которые отражены в праве. Сразу хочу пояснить, что это не означает, что любой правовой порядок где-то в мире оправдан по факту существования. Очевидно, что есть несправедливые правовые порядки. Эти правовые порядки не используют потенциал понятия

---

всеобщего — нравственная, не просто предписанная, а проистекающая из собственного понимания, собственной воли деятельность дана гражданам государства в общине, в корпорации» (цит. по: *Гегель Г. В. Ф. Философия права*. М., 1990. С. 459). «Существует трудность, как из подобного предприятия по праву выйти во всеобщность, очертить это поле, а это происходит в сфере корпорации. Корпорация ближайшим образом имеет те же самые назначение, цель, что и полиция, а именно особый интерес, который, однако, не является, как у полиции, предметом извне упорядочивающей деятельности, но предметом деятельности, желаемой обществом, так что сам индивид является участником этой деятельности. Корпорация является сочленением между семьей и государством в духовном смысле» (*Hegel G. W. F. Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift KG v. Griesheim 1824/25. S. 620*).

права и перекладывают оправдание или критику их несовершенного права на другие нормативные системы, такие как мораль.

Современное право можно понимать как систему норм.<sup>50</sup> Норма является правом, если ее принятие и реализация основаны на других нормах. Нормы — это предложения, содержащие обязательства. Их целью является регулирование человеческого поведения посредством уполномочиваний, запретов или разрешений. Нормы позитивируются после вступления в силу. Это принятие автоматически ставит вопрос о том, является ли определенная норма правовой, или же это просто акт произвола. Произвольный приказ может содержать норму. От правовой ее отличает то, что правовая норма принимается в соответствии с установленной процедурой. Указанная процедура принятия норм опять же регулируется соответствующими нормами о законодательной деятельности, процедурными нормами для судов и администраций и положениями договорного права. Конституции, законы, подзаконные нормативные акты, международные и частные договоры в этом смысле являются видами правовых норм. Соответственно, установление нормы является необходимым условием ее позитивности. Однако это не может считаться достаточным условием для ее правовой формы. Для того чтобы стать правом, соответствующие нормы должны быть приняты согласно специально установленной процедуре.

Некоторые авторы считают, что применение норм или общая эффективность правового порядка являются необходимыми условиями права. На самом деле многие правовые нормы можно отличить от моральных или конвенциональных норм по их применению. С одной стороны, это не может быть верным для всех правовых норм, а с другой — есть и другие социальные нормы, которые могут сопровождаться санкциями за их нарушение. Многие нормы международного права не могут быть приведены в исполнение органами государственной власти. Споры о гуманитарных интервенциях показывают, что вопрос о том, как следует реагировать на нарушения прав человека и какие санкции при этом должны быть применены, зависит от выбора между альтернативными формами обеспечения их эффективности.<sup>51</sup> Невежливое и оскорбительное поведение в разговоре как нарушение конвенциональных правил может привести к прекращению разговора как санкции за это оскорбление. Если другие нормы и конвенции также могут быть принудительно применены и если различные формы исполнения возможны, то принудительное применение само по себе не является отличительным признаком права. Простое применение силы (например, пытки, жестокое наказание, война и т. д.) отличается от применения права тем, что право организовано на основе юридических процедур, опирающихся на другие нормы, и ограничено ими — нормами правоприменения. Соответственно сам факт наличия процедуры принудительного применения не делает эти нормы правовыми; таковыми их делает то, что применение здесь осуществляется урегулированной другими нормами процедурой. Итак, необходимые и достаточные условия для того, чтобы норма считалась правовой, заключаются в нормативном урегулировании процедуры их принятия и применения.

В связи с нормативной организацией принятия и применения норм право является не простой фактичностью, ведь оно направлено на оценку

<sup>50</sup> Подробнее см.: *Kirste S. Einführung in die Rechtsphilosophie*. Darmstadt, 2010.

<sup>51</sup> *Murswiek D. Souveränität und humanitäre Intervention // Der Staat*. 1996. N 35. S. 31–44.

и регулирование возможных действий для своего возникновения и реализации. Право, таким образом, может включать критерии собственной силы и не требует переноса их в другие нормативные системы, что нарушало бы дихотомию фактичности и нормативности. Правовые установки сами по себе конкретизируют общее понятие права и устанавливают критерии для действия своих норм. Итак, действительность права (*legal validity*) означает соответствие правовой нормы системе конкретного правового порядка. Чтобы опровергнуть возможные возражения, следует подчеркнуть, что это понятие действительности права ничего не говорит о его моральной или социальной действительности.

Право как нормативная система направлено на контроль над поведением. В отличие от силы или подсознательного контроля нормы направлены на свободные действия. Они предполагают, что адресат нормы способен действовать альтернативными способами и определять один из возможных вариантов, более приемлемый для него, и отвергать другие. Они также делают возможной свободу, давая правовые возможности для действий. Рефлексивная структура права предусматривает возможность того, что правовые нормы являются выражением свободы, но не актуализацией этой возможности.

Эти нормативные системы должны решить вопрос о содержании правовых обязательств (полномочия, запреты, разрешения) и легитимацию этих обязательств. В морали регулирование поведения следует понимать как самоограничение, потому что здесь речь не идет ни о каком внешнем принуждении с целью повлиять на нравственное сознание. Моральные нормы должны быть приняты лицом для того, чтобы иметь практическую значимость для его действия. Это является основой для автономии личности, которая понимается как способность действовать в соответствии с законами, установленными самой личностью. Только право может обеспечить выполнение норм против воли своего адресата. Если право лишь применяет свои нормы, не давая никакой возможности влияния на себя со стороны адресата норм, тогда поведение последнего подвергается гетерономному регулированию. Эта базовая модель (модель безопасности) права обеспечивает выполнение своих приказов, но передоверяет их легитимацию другим нормативным и социальным системам. Соответствующая норма может быть легитимной, но эта легитимация, по крайней мере, связана с экстраправовыми факторами, такими как власть правителя, моральное оправдание их содержания или положительные последствия нормы для общего блага и т. д. Адресат обязательства этих норм лишен возможности влияния, однако он имеет уважения к моральным нормам. Сравнивая с моральной нормой, человек может решать, будет или нет она принимать указанную норму для регулирования своего действия.<sup>52</sup> Теперь право становится сложнее, потому что физическое лицо получает возможность решать обоснованность обязательств. Договорные обязательства являются законными, если стороны договора действуют согласно своей воле. Общеобязательные правила в этом смысле являются легитимными, если они являются выражением воли адресатов этих норм (модель автономии).

<sup>52</sup> Преступление тирана «было не просто нарушением фиксированных прав и законов, но депортацией подданных из публичной области в частную сферу домашнего хозяйства, требованием, чтобы всякий помимо себя самого заботился лишь о своих частных делах, а заботу о всеобщем благе должен был предоставить исключительно тирану и им назначенным чиновникам» (*Arendt H. Über die Revolution. 4. Aufl. München, 2000. S. 167*).



Как и модель безопасности, модель автономии касается именно права, а не какого-то другого порядка. Они отличаются применением концептуального потенциала права. Эти две модели олицетворяют соответственно два различных варианта конкретизации понятия права относительно легитимации его норм. Согласно модели автономии правопорядок, привлекая лицо на каждом этапе принятия и применения его норм, является более дифференцированным, чем система в модели безопасности. Автократы, которые одобряют применение силы при выполнении определенных процедур, но защищают только те нормы, которые служат только их собственным интересам, таким образом чрезмерно упрощают ситуацию, потому что переводят проблемы обоснования норм и правосудия на другие нормы и социальные системы.

**4.2. Правовая форма и свобода.** Если нормы направлены на свободу, поскольку они регулируют выбор между альтернативными действиями, и если право делает этот выбор между регулятивными и охранительными альтернативами этих норм, тогда свобода является одним из основных вопросов правового регулирования.

Сейчас свободу понимают как самоопределение.<sup>53</sup> В негативном смысле свобода означает независимость себя от власти и подчинения. Положительное значение свободы заключается в способности самостоятельно определять мотивы своего деяния. Этот аспект также называют «автономией». Человек свободен в своем мышлении, если его понятия и концепции не возникают в сознании как догмы или простые ассоциации, но являются результатами собственной деятельности и тем самым сделаны сознательно. Лицо свободно в своих действиях, если оно само определяет свои мотивы для них, т. е. если те автономны и не происходят из какого-нибудь властного источника. Таким образом, свобода существует не как атрибут, но как свойство человека, заключающееся в том, чтобы создавать себя, превращая внешние факты в собственное измерение. Человек свободен тогда, когда сам себе не является чем-то объективно данным, но если создается собой на основе автономного выбора между различными мотивами.

Я считаю, что правовая свобода — это возможность для человека определять свои собственные действия, не передавая это право на усмотрение никому другому. Эта свобода максимально обеспечена тогда, когда правовые нормы обеспечивают права личности. Индивидуальное право — это норма, которая накладывает обязательства на адресата этого права и предоставляет субъекту право требовать выполнения этого обязательства.<sup>54</sup> Субъекта права нельзя понимать как человека в натуралистическом смысле. Присвоение индивидуального права скорее превращает человека в субъект права, носителя права и субъекта предъявления требований. Право превращает естественное человеческое бытие в субъект права благодаря личным правам, которые оно предоставляет лицу. Так же как личность является результатом автономии человека, субъект права является результатом приписывания прав. Отдельная личность свободно формирует себя с помощью морали, признается и закрепляется в своей социальной

<sup>53</sup> Böckenförde E.-W., Enders Ch. Freiheit und Recht. Freiheit und Staat. S. 42; Gerhardt V. Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität. Stuttgart, 1999.

<sup>54</sup> Kirste S. Die naturrechtliche Idee überstaatlicher Menschenrechte. § 204 // Handbuch des Staatsrechts. Vol. 10 / Hrsg. v. P. Kirchhof, J. Isensee. Heidelberg, 2012. Note 2; Alexy R. Theorie der Grundrechte. Frankfurt/M., 1996.

идентичности через автономию людей. Соответственно, только через присвоение прав человек становится субъектом права.

Х. Арендт по этой причине сетует на жестокою несправедливость, когда говорит, что пока государства являются получателями обязательств в области прав человека, утрата гражданства приводит к потере субъективности прав человека.<sup>55</sup> Государство может избавиться от своих обязательств по правам человека, лишив лиц гражданства. В результате зверств тоталитарных режимов XX в. человек может быть исключен из-под действия права в целом, становясь бесправным, менее защищенным, чем худший преступник, ведь последний признается пока еще субъектом права. По этой причине Х. Арендт обосновывает необходимость «права на права», точнее, права признаваться субъектом права. От этого права государство не может убежать, поскольку его назначение заключается именно в том, чтобы защищать человека от этого лишения. Оно гарантирует человеку право не рассматриваться только как объект по отношению к власти. Гарантируя это право (см. ст. 6 Всеобщей декларации прав человека),<sup>56</sup> международное право выполняет требования, которые уже И. Кант вывел из человеческого достоинства. Право признаваться субъектом права является основой последующих прав. Все последующие права человека, которые ему приписывают, более конкретно воспроизводят человека как субъекта права. Понимаемые как возможность выразить свою свободу через право, они укрепляют свободу человека. Таким образом, выражением свободы является не только правовая форма, но и личные права и субъект права. Если лицо использует эти свободы, оно реализует потенциалы свободы, содержащиеся в современном понятии права. В отличие от концепции Ю. Хабермаса изложенное свидетельствует о том, что свобода уже содержится в правовой форме.

Если человеку приписывают некое субъективное право, то этот человек пользуется свободой в негативном смысле, так как она может предотвратить незаконное нарушение его свободы. Человек также пользуется свободой в положительном смысле этого слова, поскольку в пределах свободного пространства, гарантированного правом, он может автономно определить собственные действия. Если законы прекратят конкретизировать потенциалы лиц на этом этапе, свобода будет реализована только в модели безопасности: человек будет обладать свободой по защите, предоставленной правом, но не будет иметь отношения к созданию, обоснованию и интерпретации права. По словам Г. Еллинека, *status subiectionis*, *status negativus* и *status positivus* защищены.<sup>57</sup> В этой модели право действительно имеет только инструментальную функцию по защите свободы.<sup>58</sup> В то же время позитивная свобода лиц ограничена, так как они не вовлечены в создание своих прав.

<sup>55</sup> Arendt H. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht // Die Wandlung. 1949. S. 754–770.

<sup>56</sup> Статья 6 Всеобщей декларации прав человека звучит так: «Каждый человек, где бы он ни находился, имеет право на признание его правосубъектности».

<sup>57</sup> Brugger W. Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011 // Archiv des öffentlichen Rechts. 2011. N 136. S. 1–43.

<sup>58</sup> Декларации о правах человека «возникли в основном из стремления к освобождению от сверхвласти государства и нарушений охраняемых правом свобод. Но все же видно, что между правом и свободой существует необходимая понятийная взаимосвязь: свобода для того, чтобы обеспечивать стабильность и безопасность, должна быть сформулирована и признана правом» (*Böckenförde E.-W., Enders Ch. Freiheit und Recht. Freiheit und Staat. S. 42*).

При заключении договора положительная свобода гарантируется частной автономией сторон. Взаимные права и обязанности являются выражением автономии договаривающихся сторон. Каким образом индивидуальные права и обязанности относительно государственной власти должны перестроиться на началах автономии? Если бы их принятие оставалось в рамках модели безопасности, они не были бы выражением положительной свободы субъектов этих прав.<sup>59</sup> Права предоставлялись бы патерналистским образом в пользу человека, но без его согласия.<sup>60</sup> Обязательства были бы гетерономными. Обоснование этих прав и обязанностей следовало бы из социальных последствий и моральных ценностей, но не из правовых оснований. Реализация прав человека в такой модели возможна, но по отношению к индивидуальной автономии недостаточна. В этом отношении Ф. Микельман был прав, когда предполагал, что демократия не является необходимым условием права человека.<sup>61</sup> Тут надо учесть, что субъекты прав и обязанностей не могут участвовать в создании своих прав, активная сторона их автономии не обеспечена, а правовая форма лишена официальной легитимации. По словам Р. Алекси, «если бы мы ограничили права человека на частную автономию, то получили бы самоопределение в рамках полностью гетерономных законов. Это противоречит идее автономии».<sup>62</sup> Положительная свобода личности является обеспеченной, только если она может принять участие в создании индивидуальных прав и обязанностей.<sup>63</sup> Быть юридически или фактически отстраненным от создания и интерпретации прав и обязанностей, касающихся лица, означает превратить его в объект права.<sup>64</sup> Следовательно, для реализации положительных свобод аргументация, принятие решения и интерпретация права человека должны быть организованы в публичном дискурсе. Последний должен быть открыт для участия всех субъектов этих прав и обязанностей.<sup>65</sup>

Без негативных прав человека право является внутренне противоречивым, ведь оно должно быть необходимо направлено на свободу. Без активных прав человека в *status activus* перечень прав человека является неполным. Те и другие права являются необходимыми и достаточными условиями для реконструкции права на основе свободы. Активный статус

---

<sup>59</sup> Что касается концепции прав человека, они неделимы (*Alexy R. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat // Philosophie der Menschenrechte / Hrsg. v. S. Gosepath, G. Lohmann. Frankfurt/M., 1998. S. 261*), однако конституционализм XIX в. доказал, что реализация этих двух аспектов автономии может отличаться.

<sup>60</sup> О понятии патернализма как содействию лицу вне его воли см.: *Kirste S. Harter und Weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik // Juristenzeitung. 2011. S. 805.*

<sup>61</sup> *Michelmann F. J. Bedürfen Menschenrechte demokratischer Legitimation? S. 53.*

<sup>62</sup> *Alexy R. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. S. 261.*

<sup>63</sup> «Свободен тот, кто никому не подчиняется как таковой; это второй мироисторичный нюанс идеи свободы в новой истории наряду с появлением либерализма демократической свободы мысли» (*Jellinek G. Die Entstehung der modernen Staatsidee // Schriften und Reden. Vol. 2. Berlin, 1911. S. 53*).

<sup>64</sup> Таким образом, так же как исключение людей из общества является политической проблемой, исключение из активного участия в формулировке прав и обязанностей человека является юридической проблемой, точнее, ущемлением достоинства личности (*Müller F. Demokratie in der Defensive. Funktionelle Abnutzung — soziale Exklusion — Globalisierung. Elemente einer Verfassungstheorie VII. Berlin, 2001. S. 73, 77*).

<sup>65</sup> *Bielefeldt H. Philosophie der Menschenrechte. S. 107.*

политической автономии как основа права на демократию дополняет правовой статус.

**4.3. Некоторые выводы.** Обоснование права на демократию на основе обеспеченной правом свободы дает нам возможность понять демократию как лишь один из аспектов более широкого права на участие в общественной жизни. Оно не ограничивается демократическими выборами — противоположное превращает понятие права в иллюзию с трагическими последствиями для демократии.<sup>66</sup> Публичная автономия путем использования права на участие реализуется каждый раз, когда индивид активно вовлечен в принятие норм в широком смысле этого слова: в формировании конституции, законодательства или принятие административных актов. Лица могут использовать свое право на участие в частных объединениях, занимающихся общественными интересами, например, в неправительственных организациях, в самоуправлении, в общественной сфере, или участвовать в выборах и других формах непосредственной демократии.

Частная и публичная автономии обеспечены правом сообразно обеспеченности о нарушении их интересов. Из этого следует, что формы участия зависят от характера интересов, которых они касаются. Эти формы неодинаковы, скажем, в договорах, где частная автономия имеет решающее влияние на их заключение, в общественных объединениях и неправительственных организациях, где возможно асимметричное влияние в зависимости от уровня участия и заинтересованности, и в законодательстве, касающемся всех людей, где формы должны быть строго равными.<sup>67</sup> Влияние неправительственных организаций на органы государственной власти не обязательно связано с демократическим участием их членов в принятии решений их организациями. Однако неправительственные организации, которые не обладают внутренней демократической структурой, не выражают автономии их членов. Таким образом, они могут способствовать экспертными знаниями лишь легитимации результатов работы государственной власти, но не начальной легитимации, выводимой из свободы.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Р. Бёрчил справедливо отмечает: «Международное право в вопросах демократии занимается лишь выборами, а этого недостаточно. Выборы занимают центральное место в демократическом процессе. Они являются средством, с помощью которого люди и общества могут высказывать свое мнение. Сводя демократию к процедуре, понимание того, что такое демократия и чем она должна быть, становится ограниченным... Международное право в вопросах демократии, которое развивается с учетом потребностей и интересов лиц, должно увидеть необходимость посмотреть за пределы собственно выборов, для того чтобы убедиться, что демократия в ее существующем состоянии является эффективной, а не иллюзорной» (*Burchill R. The Developing International Law of Democracy // The Modern Law Review. 2001. N 64. P. 134*).

<sup>67</sup> В этом конкретном вопросе следует согласиться с Р. Дворкином, что демократия происходит от свободы: «Второе — это право на обращение как с равным. Данное право касается неравного распределения какого-то блага или возможности. Это право на равную заботу и уважение при принятии политического решения о том, как должны распределяться эти блага и возможности... Я полагаю, что право на обращение как с равным должно считаться основополагающим в либеральной концепции равенства, а более ограниченное право на равное обращение должно действовать только при определенных обстоятельствах» (*Dworkin R. Bürgerrechte ernstgenommen. Frankfurt/M., 1984. S. 440*) (цит. по: *Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 367–368*).

<sup>68</sup> *Kirste S. Politische Partizipation und globale Politik — Zur menschenrechtlichen Begründung eines Rechts auf globale Partizipation // Jürgen von Ungern-Sternberg / Hansjörg von Rainau: Politische Partizipation. Idee und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart. Berlin (Colloquia Raurica Bd. 13).*

Конкретный правопорядок, который не только защитит и определенным образом ограничит свободу, но в котором принятие норм организовано таким образом, что индивид принимает в нем участие, выстраивает всю структуру права на основе свободы. Итак, свобода является не просто защищенной и ограниченной ценностью. Защита и ограничения сами по себе являются выражением свободы. Я определил право как норму, принятие и выполнение которой регулируется другими нормами. Если правопорядок конкретизирует понятие права таким образом, что принятие и обоснование норм являются выражением свободного самоопределения (выполнение его норм является выражением уважения к свободе личности), и если этот порядок ограничивает свободу граждан справедливым способом, делая возможной таким образом саму свободу, тогда как индивид не в состоянии сделать это самостоятельно, то такой правопорядок реализует потенциал свободы, который содержится в понятии современного права. Поскольку правовая форма сама по себе не представляется как внешняя по отношению к свободе, но происходит от понятия свободы, она не нуждается в дальнейшей легитимации. Суть этого порядка — норма — с необходимостью направлена на свободу, чтобы дать возможность выбора между желательными и нежелательными мотивами действий. Рефлексивная структура права организует не только эту свободу, но и свободу выбора между альтернативными нормами и альтернативными способами обеспечения соблюдения норм.

Х. Арендт справедливо отмечает, что при активизации формирования общества его народом увеличивается чувствительность к гетерономному определению его роли.<sup>69</sup> Если правопорядок крайне мало использует потенциал свободы в своем понятии права (когда, например, самодержавный правитель внедряет несправедливые нормы), свобода субъектов должна найти способ выразить себя вне права. Это ослабит его. Однако если в модели автономии принятие и выполнение норм организованы таким образом, что люди могут обсудить и принять решение об их правах и обязанностях и могут полнее реализовать свою свободу в рассмотрении и выполнении таких норм, то этот правовой порядок реализует потенциал понятия современного права и усиливает его структуру.<sup>70</sup> Конечно, может случиться непростая ситуация, которая повлечет временную нестабильность, однако люди, ответственные за эти временами обременительные социальные эксперименты, могут поучиться на этом и добровольно изменить свое положение, тем самым реализуя свою свободу. Право как порядок свободы и для свободы даже предусматривает принятие решения относительно того, сколько свободы должно предоставляться правом или

---

<sup>69</sup> «Чем выше развитие цивилизации, тем полнее созданный ею мир становится человеческой родиной, тем больше люди в этом искусственном образовании чувствуют себя как дома, тем более чуткими они становятся ко всему, что они не создают, ко всему, что мистическим образом им просто дано» (*Arendt H. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. S. 764*).

<sup>70</sup> Это известно уже Аристотелю, хотя для него демократия была в то время неправдоподобной: «Основным началом демократического строя является свобода. По общепринятому мнению, только при этом государственном устройстве все пользуются свободой, ибо к ней, как утверждают, стремится всякая демократия... Второе начало (демократии. — *Прим. пер.*) — жить так, как каждому хочется; эта особенность, говорят, есть именно следствие свободы, тогда как следствие рабства — отсутствие возможности жить как хочется» (*Aristoteles. Politik. S. 217*) (цит. по: *Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 570–571*).

другими социальными системами. Таким образом, это не естественное состояние вещей, а постоянное строительство и реконструкция, обусловленные свободой ее субъектов.<sup>71</sup>

Негативная свобода и позитивная свобода как самоопределение и определение этой «самости» выражаются в индивидуальных правах в виде *status negativus*, *status positivus* и *status activus*.<sup>72</sup> Их единство, выраженное в рефлексивной форме права, является основой для связи прав человека и демократии. Критика права на демократию может быть отклонена, потому что права человека не являются внешними по отношению к праву, его организации в государстве и его демократической легитимации. Демократия, как и право, может быть воспроизведена как выражение свободы. Поскольку право как порядок норм, принятие и выполнение которых регулируется другими нормами, предусматривает свободу, защищает ее и может быть ее же выражением, оно является не просто средством, но порядком свободы. В развитом правовом порядке права, которые защищают и обеспечивают свободу, сами являются продуктами свободы. Тогда демократия не только обслуживает права человека, а последние являются не просто предпосылками демократии. Эта взаимная инструментализация прав человека и демократии решается, если мы выведем их из свободы.

Право человека на демократию является правом участвовать в процедурах обсуждения, принятия решений и интерпретации общих прав и обязанностей. В рефлексивной структуре право не предоставляется людям патерналистским образом через правопорядок; как правильно заявляет Ф. Микельман,<sup>73</sup> это означало бы предоставление права на демократию с одновременным его удержанием. Реализация права на демократию происходит уже в самой основе правопорядка — независимо от того, гарантировано ли такое право на национальном, наднациональном или международном уровне, и от того, воплощено ли оно в явной форме либо же является интегральным принципом для нескольких прав, касающихся различных аспектов демократии.

Таким образом, право человека на демократию является краеугольным камнем конкретизации потенциала свободы в понятии права. Это право не противопоставляется правовой форме, оно реализует ее. Юридическая свобода реализуется в рефлексивной структуре права только в том случае, если принятие права тоже является выражением свободы. Как краеугольный камень пирамиды является ее частью, демократия — это не просто дополнение к правовой форме, а ее завершение. Правовые свободы реализуются в рефлексивной структуре права только тогда, когда принятие нормы, включая право человека на саму демократию, является следствием действия свободы. Не только революционные конституции и декларации XVIII в., но и многие конституции с тех пор заложили этот камень в стены своих правовых порядков. В некоторых случаях этот камень еще «дрожит» и полностью не вписывается в общую конструкцию, в других он «трется» о другой камень, как, например, верховенство права. Однако там, где это право еще не полностью реализовано в правовой системе,

<sup>71</sup> О разделении прав человека на указанные категории см.: Kirste S. Das Fundament der Menschenrechte. S. 122.

<sup>72</sup> Menke C. Einleitung // Die Revolution der Menschenrechte. Frankfurt/M., 2011. S. 16.

<sup>73</sup> «Мысль заключается в том, что права, которые лицо само активно не использует и не интерпретирует, при взгляде на это лицо не являются собственно «правами», но, скорее, актами благородства со стороны других субъектов действия» (Michelman F. I. Parsing «A Right to Have Rights» // Constellations. 1996. N 3. P. 56).

как и в международных и наднациональных правовых системах, понятие права само является блюстителем места для права на демократию. Там, где право человека на демократию на самом деле реализовано, оно может породить дискурс, позволяющий следить за недостатками собственных преобразований права, справляться с временной нестабильностью и учиться на своих ошибках. Право на демократию также является правом на участие в переформулировке и переосмыслении прав человека.<sup>74</sup> Таким образом, право человека на демократию — не могильный камень, а именно краеугольный, другими словами, своего рода жернова (*mill-stone*), опосредующие воплощение новых прав в законах под надзором рационального процесса, урегулированного правом.

Движущими силами для этого краеугольного камня являются все люди, они — каменщики демократии, которые обладают способностью быть теми, кем они хотят быть,<sup>75</sup> и вести себя в соответствии созданному собой порядку:<sup>76</sup> народ является демиургом своей правовой идентичности.

---

<sup>74</sup> *Vismann C. Menschenrechte: Instanz des Sprechens — Instrument der Politik // Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen / Hrsg. v. C. Menke, F. Raimondi. Frankfurt/M., 2011.*

<sup>75</sup> «Я не создал тебя ни небесным, ни земным, ни смертным, ни бессмертным, чтобы ты сам, свободный и славный мастер, сформировал себя в образе, которому ты предпочтешь» (*Mirandola P. della. On the Dignity of Man // The Renaissance Philosophy of Man / ed. by E. Cassirer, P.-O. Kristeller, J. H. Randall Jr. Chicago; London, 1948. P. 225*).

<sup>76</sup> На основании этой способности все люди стали королевскими политиками, «πολιτικοί βασιλικοί», как мастера — «δημιουργοί» — из космоса, политического порядка (*Plato. Timaeus // Plato with an English Translation VII / ed. by R. G. Bury. Cambridge, 1952; Wolf E. Platon. Dialoge der mittleren und späteren Zeit, Briefe. Griechisches Rechtsdenken IV, 2. Frankfurt/M., 1970. S. 160, 220; Jaeger W. Paideia. Berlin, 1973. S. 1197*).