

ФЕДЕРАЛЬНОЕ
ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО
ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО
ОБРАЗОВАНИЯ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ
ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ

Лаборатория
теоретических исследований права
и государства

Интернет-изображения работ художников:

Игорь Лазарев
Carl-W. Röhrig
Jacek Yerka
Иван Славинский

НАУЧНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

лаборатории теории права НИУ ВШЭ

Выпуск 13

2013 № 1

Институциональная
теория права:
ОСНОВНЫЕ
ПОЛОЖЕНИЯ

НАУЧНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ
ЛАБОРАТОРИИ
ТЕОРИИ ПРАВА
НИУ ВШЭ

Выпуск 13 2013 № 1

В.А. Четвернин

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

© В.А. Четвернин, 2013

© Оформление: Лаборатория теоретических исследований
права и государства НИУ ВШЭ, 2013

1. Что есть право?

В разных культурах и соответственно в концепциях, выражающих ценности этих культур, в это понятие может вкладываться принципиально разный смысл. Речь идет не о «правильном» и «неправильном» понимании сущности некоего объекта, известного всем под названием права, а об использовании самого термина «право» в разных значениях. На этот счет существует заблуждение, что конкурирующие теории интерпретируют один и тот же «сложный многомерный объект – право», но абсолютизируют разные его стороны, и якобы поэтому приходят к противоположным выводам относительно сущности права. На самом деле в разных дискурсах одним и тем же термином «право» нередко называются нетождественные, в сущности разные социальные явления, и поэтому конкурирующие понятия и теории «права» несовместимы, а их адепты говорят на разных языках. Одним и тем же объектом теорий, оперирующих термином «право», можно было бы считать общество; но и общество тоже существует не «вообще», а в качестве типологически различных социокультур, и социальные теории, выражающие разные парадигмы социальности, относятся к противоположным культурным типам.

Если в рассуждениях о теоретическом правопонимании принять за основу словосочетание «правовые нормы», используемое в континентальных европейских дискурсах¹, то мы получим четыре типа правопонимания. Во-первых, *правовое* качество по-разному понимают в *потестарной* и *либертарной* парадигмах. Во-вторых, «нормы» понимаются по-разному в *логоцентрической* и *социологической* (социально-научной) парадигмах.

¹ В английском языке нет слова «право» в значении совокупности норм («объективное право») и, соответственно, невозможно словосочетание «правовые нормы». Термином *right* («право») обозначаются только субъективные права – особые, «правильные» притязания или полномочия. Термин же *law*, эквивалентный латинскому *lex*, означает «закон» – *правила, имеющие высшую силу*. Причем в англо-американской культуре правила считаются имеющими силу *law* (*legal rules*) постольку, поскольку они формулируются и применяются судом.

Напротив, в континентальных европейских языках (в «романо-германской правовой семье») «право» (*Recht, droit, derecho etc.*) может означать и субъективные права, и «объективное право». Соответственно совокупность норм может быть названа и словом «закон», и словом «право». Поэтому в континентальных дискурсах возможно как различение, так и отождествление права и закона. Уже отсюда ясно, что нужно разделять ответы на вопрос «что есть право?» применительно к англо-американской и континентальной европейской культурам. Но их различие лишь образует фон, на котором проявляются типологические различия в понимании права – типы правопонимания. Я покажу их так, как они проявляются в соответствующих дискурсах континентальных европейских культур.

	<p>Потестарная парадигма: правовое качество означает высшую меру обязательности, отождествляется с высшей принудительной силой; правовое идентифицируется по формальному критерию: право = закон</p>	<p>Либертарная парадигма: правом называется свобода человека распоряжаться собой (своим собственным) и порядок (система норм, институты), построенный на признании самопринадлежности, автономности человека</p>
<p>Логоцентрическое понимание нормы: нормы, которые считаются правовыми, понимаются как Должное – внешний по отношению к социальным акторам источник порядка; бытие нормы сводится к авторитетному прескриптивному тексту</p>	<p>Командная теория, легистика (самоназвание – «юридический позитивизм»): право (закон) представляется совокупностью официальных предписаний, которые называются правовыми независимо от их содержания и считаются общеобязательными нормами независимо от их социальной признанности</p>	<p>Теория правового закона: эклектическое сочетание либертаризма и логоцентризма; правом считаются законы, соответствующие правовому принципу, который понимается как Должное, аналог «естественного права»</p>
<p>Социологическое понимание нормы: социальные нормы – это правила деятельности, признанные социальными акторами («социально признанные нормы»); прескриптивного текста, имеющего внешний по отношению к акторам источник, недостаточно для того чтобы утверждать, что есть социальная норма</p>	<p>Позитивистская социология: правовыми считаются социальные нормы (институты), которые действуют сильнее, чем другие нормы (институты), т.е. такие, которые обладают или поддерживаются сильнейшим, наиболее эффективным механизмом принуждения</p>	<p>Институциональная теория права: право – тип социальных институтов, содержательно определяемый в его противоположности институтам потестарного типа; правовые институты могут доминировать, как это было в западной культуре, но в большинстве культур преобладают потестарные институты</p>

Предвидя возражения, что известные концепции права более многообразны, чем это вытекает из данной типологии, и что не всякую концепцию можно однозначно отнести к одному из этих типов, поясню, что типологизация (в отличие от классификаций) и не предполагает проведения четких границ между различаемыми типами. Таким образом, данная типология по определению не претендует на то, что с ее помощью можно «разложить по полочкам» все возможные суждения о «праве».

Понимание правового

Конкурирующие смыслы *правового* качества – это противоположные ответы на вопрос о соотношении права и закона, права и силы (принужде-

ния, насилия). *Потестарное* и *либертарное* понимание правового я объясняю как две противоположные, взаимоисключающие парадигмы социального порядка, коррелирующие с двумя типами социокультуры. Эти две парадигмы социального порядка суть два пути «бегства от хаоса» – того, чего человек, создающий культуру, страшится более всего. Они обозначены в известной статье Юрия Лотмана². Один путь это «безоговорочное вручение себя во власть», вручение себя упорядочивающей Высшей Силе. Другой путь – договор людей о правилах. Здесь можно вспомнить о характерных для западной культуры представлениях об общественном договоре и немного перефразировать Б. Франклина: право – это договор о правилах между одинаково хорошо вооруженными джентльменами.

В потестарной парадигме источником социального порядка признается только внешняя сила. Для людей, мыслящих и действующих в потестарной парадигме, будет *правильным* не просто «вручить себя во власть» некой социальной силе, но партиципироваться к Высшей Силе, служить ей или действовать от ее имени. Для этих людей *правомерно* то, что исходит от Высшей Силы – будь то метафизический Абсолют или реальная социальная организация, фактически создающая наиболее эффективный принудительный порядок, обладающая монополией на насилие. Или просто то, что является законом – обладает высшей принудительной силой³. Правовой порядок для этих людей – это самый сильный принудительный порядок. Правовыми нормами (законами) они считают установления Верховной Власти или правила, имеющие наиболее сильный, наиболее эффективный механизм принуждения.

На этой позиции стоит легизм (самоназвание – «юридический позитивизм»), особенно «командная теория», до сих пор доминирующая в российских правовых дискурсах. Но термин «правовое» в его потестарном значении – как «в общепринятом смысле» – может использоваться даже людьми, которые не придерживаются потестарной парадигмы, ибо потес-

² См.: Лотман Ю.М. «Договор» и «вручение себя» как архетипические модели культуры // Лотман Ю.М. Избранные статьи: В 3 т. Т. 3. Таллинн, 1993. С. 345–355.

³ В потестарной парадигме «право» даже этимологически интерпретируется как обозначение высшей степени силы. Так, современный историк И.Н. Данилевский, рассуждая о *Русской Правде*, акцентирует потестарный оттенок первоначального смысла термина «правда»: «Уже само ее название включало слово (“правда”), от которого образован чуть ли не весь современный правовой лексикон – “право”, “справедливость”, “правота”, “правление” и даже “праведный”. Между тем, его первоначальное значение, в котором оно бытовало в Древней Руси, существенно отличается от нашего понимания того, что стоит за словом “правда”. Корень *рго-, видимо, праиндоевропейский. ...Наиболее ранними его значениями были “сильный, выдающийся (по силе или изобилию)”, позднее к ним присоединились “деятельный, смелый, стоящий впереди”, затем “облеченный властью, имеющий право” и, наконец, “добрый, честный, порядочный”. В Древней Руси первое из указанных значений скорее всего было доминирующим. Кстати, именно поэтому десная рука, как более сильная у большинства людей, называется у нас правой. Представление о праве и правде традиционно связано по смыслу с понятием силы, насилия» [Данилевский И.Н. Древняя Русь глазами современников и потомков (IX–XII вв.). М., 1998 (http://www.lants.tellur.ru:8100/history/danilevsky/d08_3.htm#3)].

тарное понимание правового с конца XIX века, с наступлением социализма, преобладает в западной культуре. В частности, в позитивистской социологии просто используется мейнстримовское понимание «правового». И в то же время в противоположность формалистическому легизму социология показывает, что «правовыми», т.е. наиболее сильными, следует считать не приказы номинального законодателя, а те правила, которые формулируются или санкционируются и применяются судами. И в легизме, и в позитивистской социологии «правовое» определяется по формальному критерию, нормы подразделяются на правовые и неправовые безотносительно к их содержанию.

Противоположный путь «спасения от хаоса» предполагает, во-первых, что люди признают друг друга свободными, принадлежащими самим себе и, во-вторых, что они способны договориться о правилах социальной жизни (культура начинается с правил). Для людей, мыслящих и действующих в либертарной парадигме, порядок, который изначально строится на принуждении, на том, что одни люди управляют другими как объектами, – это порядок силового, потестарного типа, и этот порядок для них – неправильный. Правильным, и в этом смысле правовым, для них будет только порядок, который строится на взаимном признании субъектности (свободы, самопринадлежности, самостоятельности) социальных акторов и на запрете агрессивного насилия. Этот тип порядка не порождается действиями, направленными на уничтожение других людей или на срыв их действий. Правовой порядок складывается у людей, действующих в сотрудничестве с другими людьми для того, чтобы все участники могли достичь своих целей. Это сотрудничество, где каждый участник видит в успехе партнера средство для своих собственных достижений⁴. Правовыми, таким образом, признаются социальные институты и составляющие их нормы, которые обеспечивают свободную жизнедеятельность и позволяют пресекать, подавляют агрессивное насилие.

В отличие от либертарианской идеологии (требующей от всех взаимного признания самопринадлежности, настаивающей на том, что законы должны быть правовыми), *социальная наука*, развивающаяся в либертарной парадигме, не различает в социальном устройстве правильные и неправильные институты. Но она фиксирует два исторически проявившихся типа социального порядка, которые в соответствии с западной традицией можно обозначить как правовой и потестарный типы социокультуры. Эта наука отнюдь не отрицает факт исторического преобладания потестарного типа социокультуры. Она акцентирует альтернативу – социокультуру, построенную на свободных обменах, на запрете агрессивного насилия. Наличие в социальной теории этих противоположных парадигм – не случайность, а выражение двух типов социокультуры. И подобная типологизация культур в том или ином виде присутствует у всех культурологов. Я

⁴ См.: Мизес Л. фон. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 160–161.

же лишь интерпретирую типы социокультуры именно как потестарный и правовой. В основе такой интерпретации и такого различения типов социокультуры лежит известное рассуждение, которое логически верно, и опровергнуть его не представляется возможным. А именно, есть только два типа социальной деятельности: либо одни люди управляют другими как объектами, и в таком случае первые обладают ресурсами возможного принуждения, либо же люди признают друг друга равнозначными субъектами, и в таком случае, для взаимодействия, им придется договориться. Соответственно может быть только два принципа (или два идеальных типа) социального порядка – третьего не дано. Либо социальный порядок строится на управлении людьми как объектами, либо – на договорах субъектов.

Потестарную парадигму можно объяснять как холистский, доличностный и антиличностный тип ментальности – унаследованное от наших далеких предков и транслированное большинством исторических культур априорное полагание человеком себя как *части* по отношению к внеположенному онтологически первичному *целому* – Роду, Народу, Обществу, Государству и т.д.⁵ Для людей, партиципирующих к такому Целому, правомерно только то, что служит Целому, а любые права человека – это права «частного человека» по отношению к другим «частным человеком», но не по отношению к Целому, ибо оно онтологически первично. «Частный человек» с его «частной собственностью» в этой парадигме подчинен интересам Целого, управляющим «органам», которые выступают от имени Целого.

С научной позиции онтологически первичное целое – это мифологема, предполагающая веру в метафизический Абсолют и его изофункциональные корреляты (о чем говорится ниже), в качестве которых в переживаниях человека могут выступать как божественно-мистические силы, так и их сакрализуемые земные проекции и ипостаси, например, Государство.

Понимание нормативности

(К вопросу: «Как соотносятся сущее и должное в праве?»)

На противоположность понимания правового в потестарной и либертарной парадигмах накладывается еще одно измерение правопонимания – в нем обнаруживаются принципиальные различия в понимании *должного*. Их можно обозначить как *логоцентрическую* и *социологическую* (социально-научную) позиции.

Согласно А.А. Пелипенко, логоцентризм – это универсальная макропарадигма культуры, господствующая с осевой эпохи. В логоцентрической

⁵ См: Пелипенко А.А. Русская система в культурном измерении // Фонд «Либеральная миссия»: Дискуссии: Куда ведет кризис культуры? Семинар второй. 21.10.2010. С. 9 (<http://teoriaprava.hse.ru/library/41-article/221--q-q>); Пелипенко А.А., Яковенко И.Г. Культура как система. М., 1998.

парадигме знак и символ выступают онтологически первичным источником всякого культурного бытия: сакрализованное слово создает реальность. В логоцентрической парадигме презумпцируется духовный Абсолют как сверхиерархическая инстанция (логос), одним из коррелятов которого выступает Должное. Здесь Должное – это не нормы и идеалы вообще, а именно метафизический Абсолют, ядерный смысловой комплекс всей логоцентрической системы⁶. Люди, мыслящие в логоцентрической парадигме, исходят из объективного, внеположенного человеку Должного – мерила «правильного» социального порядка.

С конца XIX века логоцентристские дискурсы (легизм и юснатурализм) постепенно вытесняются рационалистической социальной наукой (социологией). Социальная наука изучает и объясняет нормативные представления, в частности образы Должного, как часть социокультурной реальности. С позиции социологии эти представления суть лишь моделирование социальной практики, и любая система Должного может быть рассмотрена, в частности, как навязывание некоей группой другим группам выгодных для нее нормативных представлений.

В контексте и теоретического, и практического правопонимания эти различия в понимании должного проявляются следующим образом. В логоцентрическом сознании презюмируются внеположенные «хаотической» реальности «правильные» или просто «общеобязательные» нормы, которые – как проекция Должного («естественное право», «общественная мораль» или веления Государства) – заданы социальным акторам в виде *авторитетных прескриптивных текстов*. В частности, легистам *формально корректные* нормативные тексты представляются источником «правильной» социальной практики. Отсюда происходит то, что можно назвать *формалистическим* подходом: отождествление бытия «правовой нормы» с наличием авторитетного прескриптивного текста (официального закона, властно-приказного акта). Соответственно юриспруденция, ограниченная формалистическим подходом, превращается здесь в науку о прескриптивных текстах.

С точки же зрения социологии, или социальной науки, правовые нормы, как и любые другие, суть ментальные модели поведения, которые признают социальные акторы и которыми акторы руководствуются. Реально нормы существуют в представлениях самих социальных акторов, хотя последние могут считать их проявлениями внеположенного человеку Должного. С точки зрения социальной науки, прескриптивные тексты выражают представления о должном, прежде всего, авторов этих текстов. Даже если это авторитетные тексты, они могут и не соответствовать реальным социальным нормам, релевантной социальной практике. Для социальной науки показатель наличия или отсутствия социальной нормы в конкретном обществе – это деятельность, практика социальных взаимодействий. Авторитетные прескриптивные тексты, например, офи-

⁶ См.: Пелипенко А.А. Указ. соч.

циальные, исходящие от публично-властных акторов, сами по себе еще не достаточны для существования нормы: реально социальная норма существует так, как ее представляют (и применяют) все участники социальных взаимодействий, а не только авторитетные авторы. Другие субъекты, множество социальных акторов, могут использовать эти тексты как знаковую модель, как эталон понимания нормы (авторитетный текст, если он выражает реально существующую норму, нужен для единообразного ее понимания). Но они могут и не признавать эти тексты нормативными. Прескриптивный текст, облеченный в официальную или иную авторитетную форму, может быть лишь заявлением, не соответствующим действительным намерениям автора или его представлениям о должном.

Если официальный текст действительно отражает социальные нормы, он представляет собой только один из их атрибутов, и в то же время он является *обозначением* норм, реально существующих лишь в определенном социокультурном контексте. Тексты о нормах – как *обозначающее* – могут транслироваться за пределы культуры, в которой они возникли, но при этом социокультурный феномен – *обозначаемое* – вместе с текстом не транслируется и не может быть воспроизведен в чуждой ему культурной среде. Культура – это и есть нормы, и нельзя «внедрить» в нее противные ей нормы, не разрушая ее. Пример постсоветской рецепции в России текстов западной культуры подтверждает, что эти тексты не порождают смоделированные в них социальные институты.

Формалистический подход проявляется, прежде всего, в *легизме*, где нормами считаются официальные законоположения – нормативные суждения публично-властных акторов. «Право» здесь понимается как специфическая самодостаточная модель социальной практики – модель «правопорядка». Последний оказывается, таким образом, уже «реализацией права» («правовых норм»). В *социологии* же «правовые нормы» и «правопорядок» не разделяются. Право понимается в социологии как социально признанные нормы или институты (комплексы норм), содержание которых может отличаться от официальных законодательных моделей. Например, каких-то официально заявленных или предписанных правил в социальной практике может и не быть и, наоборот, реальные нормы могут и не иметь официального выражения.

Формалистическое понимание нормы возможно и при либертарианском понимании правового. Например, предложенная В.С. Нерсисянцем теория правового закона является по существу эклектическим соединением либертариизма с элементами логоцентризма: правовой принцип (формальное равенство) мыслится в качестве Должного («закон должен быть правовым»), а будущим этапом исторически-прогрессивной реализации этого Должного предполагается «цивилизм» (проективный идеал). Такой эклектицизм не уникален: все проективные идеалы обнаруживают свою

внеположенную социокультурной реальности сущность в идеях равенства и справедливости, позднее – свободы⁷.

С социологической точки зрения социальная норма существует там, тогда и постольку, где, когда и поскольку она проявляется в трех ипостасях. Это, во-первых, наблюдаемая социальная практика – типичная, повторяющаяся. Во-вторых, это нормативное сознание людей, образующих некий круг общения, в котором и наблюдается названная практика. И в-третьих, это авторитетный нормативный текст, авторитетное суждение как эталон представлений о должном.

Социальные нормы не существуют подобно правилам арифметики. Если существует то, что называют, например, правовой нормой, то оно существует в конкретном социуме, в социальном порядке, создаваемом и поддерживаемом реальными людьми. Подчинение поведению правилу происходит не бессознательно и не безмотивно. Люди знают, что в такой-то ситуации следует действовать именно так, и что в противном случае должны, по их мнению, наступить некие негативные для них последствия. Или они полагают, что иначе не добьются нужного результата. Или они просто считают, что поступать так – «правильно».

Норму можно более или менее точно, определенно выразить только через текст. И наличие социальной нормы предполагает авторитетный intersubъективно транслируемый текст, хотя бы устный, с которым отдельные акторы могут сверять свои представления о содержании этой нормы. Пока нет такого текста, нет и социальной нормы, потому что каждый социальный актор может понимать предполагаемое правило несколько иначе, и конфликты могут возникать не столько из нарушения предполагаемой нормы, сколько из несовпадения представлений о ее требованиях.

По мере развития договорной и законотворческой практики, «юридической техники» – техники составления текстов о нормах, о правах и обязанностях – именно в правовой культуре были выработаны общие приемы формализации суждений о должном, благодаря которым и достигается большая определенность в понимании норм. Но и такая определенность не совершенна. Формально-определенный текст есть лишь попытка его автора, публично-властного или иного авторитетного субъекта, максимально определенно выразить свое понимание или видение или даже желание некой нормы, которую другие, более или менее авторитетные субъекты, могут представлять себе иначе. Не говоря уже о том, что на практике текст все равно может получиться недостаточно определенным, логически допускающим разные толкования. Поэтому наличие или издание формализованного текста о норме не означает, что отныне все понимают ее одинаково и что дальнейшее ее уточнение, ее конкретизация и детализация путем толкования этого текста невозможны.

⁷ См.: Пелипенко А.А., Яковенко И.Г. Указ. соч. С. 318

Право как социальный институт (система институтов)

Социальный *институт* – это выражающий определенный принцип и выполняющий некую функцию устойчивый порядок социальных коммуникаций (система норм, формальных и неформальных правил). Институты налагаются на «субстрат», в качестве которого выступают связи и взаимодействия семейные и родственные, этнические, поселенческие, экономические (производственно-обменные), духовные и публично-властные (политические). Институты организации и осуществления публичной власти образуют государственность.

Институциональным подходом к праву я называю, в соответствии с уже наметившимся словоупотреблением⁸, исследование права как социального института или комплекса институтов.

С позиции либертарно-институциональной теории право – это содержательно определяемый тип институтов. Иначе говоря, в качестве права я обозначаю комплекс институтов, подчиняющий социальные взаимодействия правовому принципу – запрету агрессивного насилия. С этой точки зрения все институты, включая государственность, подразделяются на *правовой* и *силовой* типы, и в зависимости от того, какой тип институтов доминирует, получается социокультура (или цивилизация) правового или потестарного типа. (У любого народа в его культуре, наряду с господствующей субкультурой, определяющей отнесение этой культуры в целом к одному из типов, присутствуют и субкультуры противоположного типа).

2. Право и свобода

В либертарно-институциональной теории право рассматривается как один из двух основных конкурирующих принципов социокультуры и как построенный на этом принципе тип социальных институтов, или система институтов, обеспечивающих свободные обмены и защиту от агрессивного насилия.

Краткие определения:

- право – это институт, обеспечивающий свободные социальные взаи-

⁸ См.: MacCormick N. Institutions of law: An essay in legal theory. Oxford, 2007; MacCormick N., Weinberger O. An institutional theory of law: New approaches to legal positivism. Dordrecht, 1986; Morton P. An institutional theory of law: Keeping law in its place. Oxford, 1998; Law as institutional normative order / Ed. by M. Del Mar and Z. Bankowski. Edinburgh, 2009.

модействия (вариант: обеспечивающий свободу договора);

- право – это институт (система формальных и неформальных норм), построенный на запрете агрессивного насилия.

Примечание: нормами в данном определении признаются правила, которые эксплицитно выражаются (формулируются) и применяются судом. Формальные нормы выражаются в надлежащих текстах, которые считаются таковыми в соответствии с «правилом признания» (в смысле концепции Харта), главным образом – в нормативных актах и судебных решениях. Неформальные нормы складываются в форме обычая, включая обычаи применения и толкования формальных норм. В частности, селективное применение закона можно рассматривать как трансформацию формальных норм в неформальные.

Принцип права

Принцип, на котором строятся институты правового типа, формулируется по-разному: формальное равенство (равенство в свободе), самопринадлежность, собственность, запрет агрессивного насилия и т.д. Но во всех вариантах имеется в виду в сущности одно и то же. Этот принцип выводится рационалистическим путем – на основе аксиомы самопринадлежности, а такие его формулировки как, например, запрет агрессивного насилия, являются логическим следствием аксиомы самопринадлежности.

Рассматриваемая аксиома возможна только в рационалистическом дискурсе и принимается людьми, относящимися к личностному ментальному типу (т.е. она не принимается людьми, мыслящими в логоцентрической парадигме). Она строится на следующих рационально-логических рассуждениях. Во-первых, реальным действующим субъектом может быть только человек, никаких субъектов, кроме людей, не существует, а всё, что представляется нам социальными целостностями, на самом деле складывается из связей и взаимодействий между отдельными людьми. Во-вторых, отношения между людьми могут быть только двух типов: либо каждый человек принадлежит самому себе, либо – не каждый (т.е. в этом случае одни люди принадлежат другим). Третьего не дано.

Если признать, что люди равны, тогда аксиома самопринадлежности гласит: *каждый человек принадлежит самому себе, и тот, кто распоряжается другим без его согласия, тот совершает агрессивное насилие*. Имеется в виду каждый человек – полноценный по стандартам конкретной культуры, например, каждый взрослый и психически здоровый человек. Равенство людей может быть только формальным, ибо фактически все люди неодинаковы по любым социальным и биологическим параметрам, кроме одного – самопринадлежности. Другое дело, что люди реально могут как признавать, так и не признавать самопринадлежность других. Но деятельный отказ другому в значениях его самопринадлежности – это и есть агрессивное насилие.

Там, где люди (социально значимое большинство) принимают аксиому самопринадлежности, там социальные институты строятся на запрете агрессивного насилия. Это и есть институты (и культуры) правового типа. В этих культурах агрессивное насилие против любого человека противоправно, а оборонительное насилие, соразмерное нападению, правомерно.

Наоборот, там, где эта аксиома не принимается большинством, там доминируют потестарные институты: правила, в соответствии с которыми одни люди, как считается, имеют «право» распоряжаться другими, принадлежащими им людьми как объектами.

Сегодня в мире почти нет таких культур, в которых элиты или иные группы открыто заявляли бы о том, что люди неравны в самопринадлежности, и поэтому одни люди обязаны подчиняться другим, а в противном случае будет правомерным их принуждать, вплоть до физического насилия. Почти во всех культурах потестарного типа доминирующие идеологии строятся в логоцентрической парадигме. Они вообще отрицают самопринадлежность человека, они проповедают принадлежность всех и каждого Абсолюту/Целому и требуют подчинения Должному.

С этим обстоятельством связана путаница в вопросах свободы и собственности. Из аксиомы самопринадлежности вытекает, что свободными в социальной деятельности (вне социальной деятельности понятие свободы не имеет смысла) люди могут быть лишь постольку, поскольку они признают самопринадлежность друг друга. Следовательно, свобода – в смысле либертарианства – это и есть самопринадлежность. Иначе говоря, свобода – это право каждого человека на самого себя, или собственность на себя, что одно и то же. Точно так же можно сказать, что собственность есть безусловная принадлежность человеку его самого и освоенных им объектов – принадлежность только ему самому, собственнику, и больше никому.

И в этом смысле свободы или собственности нет в культуре потестарного типа, где, тем не менее, ресурсы жизнедеятельности как-то распределяются и где может происходить их фактическое присвоение, где есть условное держание, владение и т.п. Но безусловное присвоение здесь нелегитимно, оно не гарантируется публичной властью – здесь у нее другая функция. Здесь порядок производства, распределения и потребления ресурсов жизнедеятельности определяется не собственностью, а публично-властным управлением. В потестарной культуре понятия «свобода», «свое», «собственное» не имеют того смысла, который они имеют в правовой культуре.

Если признавать, что человек принадлежит самому себе, то это значит, что только сам человек может распоряжаться собой, своим собственным и что запрещено распоряжаться чужим, другими людьми. Но потестарная культура (и потестарный тип ментальности) как раз отрицает самопринадлежность и утверждает принадлежность человека к онтологически первичному Целому. Следует принимать как факт, что большинство лю-

дей, особенно в России, убеждены в существовании этого Целого, и невозможно доказать им противное. В представлении этих людей, Целое посредством своих управляющих «органов» управляет и самим человеком (человеками) как своей частью, и частной же собственностью – когда она допускается. Подчеркну, что русские термины «частная собственность», «частная жизнь» и т.п. не тождественны термину «приватное», его смыслу в правовой культуре. Частное, часть не может быть независимым от онтологически первичного Целого. Частный человек не может принадлежать только себе. Частная собственность образуется путем деления, или распределения, того, что первично принадлежит Целому.

В потестарных культурах считается, что первично и сам человек, и все, что может быть у людей, принадлежит Народу, Отечеству, Обществу, Государству или еще каким-то ипостасям Целого, а уже во вторую очередь человек может, в той или иной мере, принадлежать самому себе и даже быть «частным собственником» – держателем части Целого, например Общественного. Иначе говоря, первичны обязанности человека перед Целым (а защита Целого обычно объявляется Священным Долгом каждого). Он должен выполнять некую функцию в рамках Целого, должен подчиняться «органам» и правилам Целого, а затем уже он может распоряжаться собой – опять же по правилам этого первичного Целого, которые, например, определяют, какие сделки можно совершать, а какие – нет. Поэтому здесь нет свободы в смысле правовой культуры. В ментальности людей-носителей потестарной культуры нет понимания свободы как самопринадлежности. А если нет самопринадлежности, то нет и самооценности как первичного и равного для всех статуса. Даже когда провозглашается «социальное равенство», все равно оказывается, что «некоторые равнее других». Здесь первична социальная роль (роль человека в иерархической структуре Целого), заданная человеку от рождения или благоприобретенная. И чем выше роль человека в иерархии Целого, тем меньше таких людей, которым он должен подчиняться. В конечном счете, как учил Гегель, «Восток знает, что свободен только один».

В потестарной культуре может допускаться «частная собственность», но нет и не может быть приватной, личной собственности: в этой культуре первичным, верховным собственником всех ресурсов жизнедеятельности считается Целое или же его верховно-властные представители. Этот «собственник» может называться по-разному – Император, Аллах, Народ, Общество. Суть от этого не меняется, а именно: «органы» Целого или управляющий класс, т.е. люди действующие – как публично-властные акторы – от имени Целого, так или иначе распоряжаются всем, чем номинально владеют «частные собственники».

Также следует иметь в виду, что собственник не платит дани, не облагается принудительным налогом, который он не санкционировал непосредственно или через своих представителей в парламенте. А «частный собственник» обязан отчислять часть своих доходов в пользу Целого, и, разумеется, налоги определяют «органы» Целого, в одностороннем по-

рядке.

Исторически свобода (как феномен социального общения) проявляется сначала как «непринадлежность другому человеку» – при сохранении представлений о Должном, о принадлежности всех Абсолюту или онтологически первичному Целому. И лишь по мере исторического накопления носителей личностного типа ментальности в культуре правового типа достигается понимание свободы как самопринадлежности. Причем две эти версии свободы конкурируют и по сей день. В *современных либеральных* дискурсах считается само собой разумеющимся, что свободный человек не может быть свободен от Должного/Целого, и венцом развития свободы может быть только «оптимальное сочетание» «свободы и ответственности», «личных и общественных интересов» и т.д.; то есть сегодня в качестве *либерализма* маркируется одна из разновидностей социализма.

Например, в Основном Законе ФРГ 1949 года, построенном на социалистической идеологии, собственность интерпретируется как «частная собственность», производная от Целого, как условное держание. «Собственность обязывает!» – гласит Основной Закон. То есть вместо «все остальные обязаны не препятствовать человеку в его свободе распоряжаться собой и принадлежащим ему имуществом» получается наоборот: собственностью, оказывается, следует пользоваться так, чтобы это служило благу некоего Целого, которое немецкие социалисты называли «die Allgemeinheit».

Функция права

Любой социальный институт складывается и существует постольку, поскольку он выполняет некую функцию – дает возможность людям определенным образом удовлетворять их потребности. Даже если некий институт не позволяет удовлетворять потребности столь же эффективно, как институты известные в других культурах, он будет, тем не менее, сохраняться, пока он выполняет свою функцию, несмотря на попытки заменить его более эффективным, но инокультурным институтом. В связи с этим принято говорить об «институциональных ловушках», «институциональной колее» и т.п.

В общем и целом институты правового типа позволяют удовлетворять те же потребности, что и институты потестарного типа. Так что вопрос об их функциях – это вопрос о том, кому именно и как именно позволяют удовлетворять потребности институты правового и, соответственно, потестарного типов.

Институты правового типа позволяют удовлетворять потребности по принципу свободной конкуренции. Это означает, что в выигрышном положении оказывается тот, кто предлагает другим условия удовлетворения их потребностей более выгодные, чем те, которые предлагают его конкуренты. Таким образом, право позволяет максимально удовлетворять по-

требности тем, кто оказывается наиболее конкурентным при запрете агрессивного насилия и препятствует удовлетворению потребностей наименее конкурентных, в этом смысле, субъектов.

Напротив, потестарные институты позволяют людям удовлетворять потребности в соответствии с их выгодным или невыгодным статусом в системе силового распределения или перераспределения (независимо от того, что они дают другим). Правовые институты выгодны более конкурентным, потестарные – менее конкурентным в условиях свободной конкуренции. Понятно, что ценность таким образом функционально определяемого права является существенно разной для разных групп, и этим объясняется повсеместное стремление менее конкурентных (в смысле свободной конкуренции) к установлению или расширению потестарных институтов – публично-властного распределения и перераспределения ресурсов жизнедеятельности.

Следует, однако, иметь в виду, что в условиях свободной конкуренции, при доминировании правовых институтов, в противоположность потестарной цивилизационной ситуации, «конкурентные» и «неконкурентные» – это не статусы и не заданные социальные роли. Правовые институты дают возможность почти всем хотя бы минимально удовлетворять потребности, что и продемонстрировал капитализм: именно последний открыл человечеству путь избавления от нищеты. Другое дело, что человек не любит более всего две вещи – работать и страдать, и для того чтобы и не работать и не страдать от этого, люди изобрели, по словам Фредерика Бастиа, «величайшую фикцию» под названием «Государство» – перераспределительные институты, посредством которых все стремятся жить за счет других.

Структура права как социального института

С точки зрения структуры, в любом институте есть «позитивные нормы» (на языке легистов – «регулятивные нормы») и «механизм принуждения» (включая «охранительные нормы», санкции, выражающие негативную реакцию на нарушение «позитивных норм»). Формально нормы, регулирующие «механизм принуждения», тоже можно рассматривать и как «позитивные», поскольку даже «охранительные нормы» можно считать «позитивными» правилами для акторов принуждения. Но по существу такое структурирование права заставляет нас различать лишь деятельность частных лиц и деятельность публично-властных акторов или публично-властные роли, которые в совокупности и образуют юридический механизм принуждения – правовую государственность.

Иначе говоря, в первом приближении можно понимать такое структурирование как различие гражданского (гражданского) права («позитивные нормы») и публичного права («механизм принуждения», правовая государственность).

Но с точки зрения либертарно-институциональной теории структура правовой системы гораздо сложнее.

Структура права:

ПРИНЦИП ПРАВА

ДОГОВОРЫ

«ПОЗИТИВНЫЕ НОРМЫ»

— гражданское право:

- «диспозитивные нормы»: восполнение пробелов в договорах
- «императивные нормы» о форме сделки, соблюдение которых требуется для судебного признания договора в случае спора

— административное право:

правила безопасности

ЮРИДИЧЕСКИЙ МЕХАНИЗМ ПРИНУЖДЕНИЯ

правила
юридической
ответственности:
— гражданское
деликтное право
— наказательное право:
• уголовное право
• административно-
деликтное право

государственное
право:
правила организации
и осуществления
регулирующей,
исполнительной
и судебной власти

процессуальное
право:
процедура споров о фак-
тах, нормах, правах и
обязанностях

Из принципа права – самопринадлежности и запрета агрессивного насилия – вытекает свобода договора. Никакое добровольное соглашение полноправных субъектов не может быть признано противоправным. Если сами стороны, имея возможность, не оспаривают действительность соглашения или исполнение договорных обязательств, соглашение не может быть признано недействительным. Любое публично-властное ограничение свободы договора является агрессивным насилием.

Из принципа права также вытекает, что договор об агрессивном насилии в отношении третьих лиц по определению противоречит праву и не является договором в юридическом смысле. Так же соглашение о причинении смерти одной из сторон другой стороне не является действитель-

ным договором, так как со смертью исчезает возможность оспорить его действительность (заявить об отказе от намерения умереть); следовательно, не может быть достаточных оснований считать, что последней волей умерщвленного было желание умереть.

Так называемый договор о продаже себя в рабство невозможен в юридическом смысле – если признается самопринадлежность каждого человека. По смыслу такого «договора» (по существу это акт вручения себя в полную власть другому человеку), одна из сторон утрачивает самопринадлежность, что противоречит исходному условию. На первый взгляд, ситуация может показаться парадоксальной, ибо в силу своей самопринадлежности человек «имеет право» вручить себя другому. Но социальные последствия такого акта определяются не психическим самовосприятием человека, а социокультурным контекстом акта. А именно: чтобы такой «договор» порождал общеобязательные последствия (утрату правосубъектности и признание этого другими), нужно разделение людей на свободных и рабов. То есть только в неразвитой правовой культуре – там, где не признается самопринадлежность каждого и считается нормальным, что один человек принадлежит другому – человек имеет право изменить свой статус, обменять самопринадлежность на иные социальные блага, например, избавление его семьи от долговых обязательств. В развитой же правовой культуре соблюдать такой «договор» не обязательно. То есть по правилам этой культуры каждый человек имеет право, например, считать себя «рабом» другого, имеет право добровольно ему повиноваться (например, в эротических играх «человек-раб» имеет право абсолютно повиноваться своей «госпоже»). Но он так же имеет право в любой момент передумать быть «рабом», и никто не вправе принуждать другого находиться в подневольном состоянии. Там, где признается самопринадлежность каждого, человек имеет право наняться в услужение другому на любых условиях, вплоть до его квазирабского положения – именно *квазирабского*, ибо точно так же он имеет право в любой момент расторгнуть договор личного найма, возместив, разумеется, другой стороне ее потери.

В праве «позитивные нормы» – это, прежде всего, так называемые диспозитивные нормы *цивильного*, или гражданского права. Эти нормы не противоречат свободе договора, они восполняют пробелы в договорах.

Казалось бы «императивные нормы» невозможны там, где есть свобода договора. Но это не совсем так. Стороны свободны в определении их прав и обязанностей, но они не вправе навязывать третьим лицам свои представления, например, свои представления о действительности договора, о форме сделки, о сроках исковой давности и подобных формальных элементах договора, которые могут оказаться весьма существенными в случае возникновения спора об исполнении обязательств. Если таким третьим лицом оказывается судья, к которому стороны обращаются за разрешением спора, то он вправе требовать, чтобы стороны заключали

договоры по стандартам, принятым в судебной практике, в судебском юридическом сообществе. Если же сторонам эти стандарты не нравятся, они вправе найти себе другого арбитра.

Кроме того, к «позитивным нормам» относятся известные под названием административного права правила безопасности внедоговорной деятельности. Там, где люди правомерно действуют в одностороннем порядке (распоряжаются своим собственным), их деятельность может быть, тем не менее, опасной для других. Там, где происходят типичные столкновения интересов, всегда складываются правила, ограничивающие свободу односторонней деятельности из соображений безопасности (например, правила дорожного движения). Причем, если такие столкновения несут в себе угрозу для жизни, здоровья или имущества других людей, эти правила устанавливаются (или санкционируются) и поддерживаются публично-властными инстанциями.

Все остальное, по логике позитивистского институционализма, образует некий механизм принуждения, который в праве не имеет никаких структурных особенностей. Но позитивистская социология не понимает правовой принцип и вытекающую отсюда структурную специфику права. Для позитивистов – что право, что административное управление, принудительное регулирование – все одно и то же. Для них право – это институт, у которого механизм принуждения – просто самый сильный, самый эффективный. С их точки зрения, люди, управляющие этим механизмом принуждения, просто контролируют всех остальных и принуждают соблюдать «позитивные нормы», подавляют отклоняющееся поведение по правилам административного права, уголовного права и уголовного процесса, уголовно-исполнительного права.

Позитивисты не учитывают, что из принципа права вытекает специфическое качество правовых отношений, которое называется «юстициальность». Смысл его объясняется следующим рассуждением.

При правовом общении люди равны в свободе, и, в частности, люди, выполняющие социальные роли государственно-властных акторов, не становятся от этого хозяевами, господами над остальными. Следовательно, например, утверждение одного человека, что другой совершил правонарушение, равносильно утверждению этого другого, что он ничего противоправного не совершал. Или утверждение одних людей (депутатов, которые проголосовали за некий закон), что должна быть желательная для них общеобязательная норма, равносильно утверждению любого иного субъекта права, что такой нормы быть не должно, потому что такая норма нарушала бы его права, и т.д.

Отсюда вытекает, что никакое решение, приватное или публично-властное, порождающее последствия для прав и обязанностей других лиц, не может приниматься *окончательно* в одностороннем порядке. И если кто-то не согласен с односторонним решением, то возникает спор о праве, который должен быть разрешен по принципу формального равенства – в процедуре, стороны которой формально равны. Разрешен судьей,

независимым от сторон спора.

Конкретно это означает следующее:

– если лицо утверждает, что другое лицо приватными действиями нарушило его права, и это другое лицо не согласно с претензиями первого, то возникает спор о том, было ли отклоняющееся поведение в виде гражданско-правового деликта, и этот спор разрешается по правилам гражданского процесса;

– если уполномоченный публично-властный актор (прокурор и т.п.) утверждает, что некто совершил преступление, то обязательно происходит разбирательство по правилам уголовного процесса – на тему: было ли отклоняющееся поведение в виде преступления, где адвокат обвиняемого/подсудимого оспаривает обвинение в рамках судебного состязания;

– если компетентный публично-властный актор, даже коллегиальный, издает нормативный/индивидуальный акт, возлагающий на кого-либо обязанности, и кто-то из последних не согласен, он вправе оспорить правомерность этого акта в суде административной или конституционной юрисдикции.

Итак, юстициабельность – как принцип отношений между субъектами права, как свойство именно правового общения – означает, что помимо «позитивных норм», помимо правил, регулирующих принуждение, подавление отклоняющегося поведения (агрессивного насилия), есть еще правила, по которым определяют: было ли отклоняющееся поведение? какая норма или какие права были нарушены? есть ли такая норма права или такие права? что именно вытекает из нормы, по поводу которой идет спор? и т.д.

Все эти правила и составляют в сущности единое процессуальное право, которое в континентальном законодательстве подразделяется по видам процесса – гражданский, уголовный, административный и конституционный.

Таким образом, структура юридического механизма принуждения включает в себя:

– материально-правовые нормы принуждения и «подавления отклоняющегося поведения», т.е. наказательное право (административно-деликтное и уголовное), а также правила гражданско-правовой ответственности (гражданское деликтное право);

– процессуальное право;

– государственное право, регламентирующее организацию и компетенции в государственном аппарате, необходимом для защиты прав, принуждения и «подавления отклоняющегося поведения» (агрессивного насилия).

Историческая типология цивилизаций

Я рассматриваю реальные культуры и институты в контексте исторического столкновения правового и потестарного принципов социальности. При этом я выделяю две исторические эпохи: аграрную и индустриальную. Получается цивилизационно-историческая типология, которую схематически можно представить следующим образом.

Исторические эпохи	Культуры правового типа		Культуры потестарного типа	
	Цивилизации правового типа	Смешанные цивилизации, относящиеся к правовому (слева) и потестарному (справа) типам культуры	Цивилизации потестарного типа	
В индустриальную эпоху: общества индустриальные (перерабатывающая экономика) и ресурсные — приатки индустриальных стран	Капитализм: исторически развитый правовой тип	Западный социал-капитализм Смешанный тип на основе развитых правовых институтов	Восточный социал-капитализм Смешанный тип с неразвитыми правовыми институтами	Коммунизм (завершенный тоталитаризм): имитация индустриального общества. Тотальность потестарных институтов достигается через «создание нового человека», информационную манипуляцию его сознанием и эффективное силовое пресечение любой самостоятельности
В аграрную эпоху: общества только природоресурсного типа	Греко-римская античность: исторически неразвитый правовой тип	Западный феодализм	Восточный феодализм	Деспотизм Доминирование потестарных институтов опирается на общинную традицию. Возможности властного контроля социальной жизни технически ограничены

В аграрную эпоху существуют общества только аграрные, а в индустриальную эпоху возникают еще и общества индустриальные. Аграрным я называю (и использую здесь как синоним термин «природоресурсное общество») такое общество, где потребляемый продукт, его потребительские свойства определяются в основном природой, получаются не в результате созидательной, преобразующей деятельности, а главным образом вследствие того, что в природном состоянии они уже есть. Общество, которое само не создает продукты с надприродными потребительскими свойствами, и, максимум, может или предпочитает обменивать свои природные ресурсы на такие продукты, производимые в индустриальных обществах, является обществом аграрным. По меньшей мере, можно называть такое общество, вроде современной России, индустриально неразвитым.

В индустриальном обществе потребительские свойства продукта определяются именно преобразующим воздействием, а не природой. Разу-

меется, какая-то переработка природного сырья есть везде, но культурный смысл ее может быть принципиально разным. Я не выделяю такой исторический этап и не использую такую категорию – «постиндустриальное общество». Во-первых, в предложенной исторической типологии такой этап просто логически невозможен: аграрная эпоха и индустриальная эпоха исчерпывают всю историю человечества на Земле, историю жизни за счет земных природных ресурсов. Во-вторых, «постиндустриальные общества» вписываются в понятие индустриального общества. То, что называют «постиндустриальным обществом», это «знаниевая» стадия индустриального развития, сегодняшнее состояние наиболее развитых индустриальных обществ. К тому же я просто не вижу таких «постиндустриальных обществ», в которых люди силой своего разума творят ресурсы человеческого существования.

Есть разница в положении людей природоресурсного общества в аграрную эпоху и в индустриальную. В индустриальную люди природоресурсного общества могут паразитировать на индустриальных обществах. Точнее, правящие элиты и нужные им для управления группы, сословия получают в обмен на природные ресурсы своих стран часть того, что в индустриальном мире производится из этих природных ресурсов.

Помимо фундаментального различия социокультурных типов я использую понятие «цивилизация». По существу социокультура и цивилизация – это одно и то же, хотя понятие социокультуры шире. Цивилизованное – это уже «постпервобытное», не примитивное состояние социокультуры, т.е. такое, которое допускает альтернативность и многообразие социальных институтов, генерирует разные социокультурные типы. У различных народов (не у примитивных, а у цивилизованных народов) их социокультуры демонстрируют не просто разнообразие социальных институтов, но и разные комбинации сходных институтов. И типичные комбинации институтов можно обобщить понятием цивилизационных типов. Типологическое же различие цивилизаций определяется сущностным различием доминирующих в них институтов.

Причем цивилизации в предлагаемой типологии получают не только однозначно правовые или однозначно потестарные, но еще и смешанные, промежуточные. Цивилизацией правового типа я называю преимущественно правовую институциональную среду человеческой деятельности. Соответственно, потестарный цивилизационный тип – это доминирование потестарных институтов. Но в некоторых цивилизациях не просто наличествуют институты обоих типов – они конкурируют так, что не представляется возможным однозначно маркировать такие цивилизации как правовые или потестарные.

Античная греко-римская цивилизация, в которой впервые в истории достигается свобода (институты гражданского права и демократии, или республиканизма), представляет собой исторически неразвитые проявления принципа права. Исторически развитую цивилизацию правового типа демонстрирует *капитализм* (правовая цивилизация индустриальной эпохи),

при котором достигается признание свободы как самопринадлежности и всеобщее формальное равенство. Дальнейшее, «послебуржуазное» *экс-тенсивное* развитие права невозможно, поскольку принцип формального равенства постепенно распространяется на всех членов капиталистического общества.

Потестарный цивилизационный тип исторически проявляется в виде *древнего деспотизма* (потестарная цивилизация аграрной эпохи) и *коммунизма*, или *завершенного тоталитаризма* (потестарная цивилизация индустриальной эпохи).

Кроме того, и в аграрную, и в индустриальную эпохи, помимо цивилизаций правового и потестарного типов, проявляются и смешанные цивилизационные ситуации. Здесь следует подчеркнуть, что публично-властное *перераспределение* социальных благ, распределяющихся по принципу формального равенства, в либертарной парадигме не может рассматриваться как деятельность, подчиненная правовому принципу, даже если для ее обоснования используется некая идеология прав человека («права человека второго поколения»). Если социальные блага распределяются по правовому принципу, то их публично-властное перераспределение может быть лишь разновидностью агрессивного насилия.

Несмотря на их смешанный характер, каждый из таких цивилизационных типов примыкает к одному из базовых типов. Поэтому смешанные типы можно условно называть «восточными» и «западными», имея в виду, что они образуются в результате деформаций: первые – цивилизаций потестарного типа, и сохраняют свой потестарный культурный код, вторые – цивилизаций правового типа, имеют и сохраняют правовую традицию, пока не погибают. Таким образом, остается в силе принципиальное деление цивилизаций на два онтологических типа, правовой и потестарный.

Смешанные цивилизации в *аграрную* эпоху – это западная и восточная разновидности *феодализма*, в индустриальную эпоху – такого же рода разновидности *социал-капитализма*.

При социал-капитализме существует «частная собственность». Она публично-властно гарантируется, но «по остаточному принципу». То есть здесь экономически выгодное/невыгодное положение субъекта зависит от его места в политических институтах, от возможности получения в ходе государственного перераспределения, от объема предоставляемых ему привилегий. Различие же западного социал-капитализма и восточного состоит в развитости правовых институтов в первом и, соответственно, в их неразвитости во втором.

Западный социал-капитализм складывался по мере нарастания *государственного интервенционизма* в условиях уже существующих сильных правовых институтов, которые позволяют более или менее эффективно контролировать этот интервенционизм на предмет его соответствия официально заявленным целям. Прежде всего это относится к перераспределению в пользу социально-слабых: управляющий класс не столько присваивает средства, изымаемые в виде налогов, сколько реально делит их

между законными получателями. В условиях западного социал-капитализма происходило *интенсивное* развитие права, в частности, становление институтов конституционной и административной юстиции, института наднациональной защиты прав человека (Суд по правам человека в Страсбурге).

Наоборот, восточный социал-капитализм складывается в результате модернизации, опять же – «восточного» типа. В свое время, еще до господства социалистической идеологии, «современным обществом» на Западе называли индустриальное общество, в котором уже нет сословных различий, т.е. цивилизационную ситуацию равноправия, капитализм. Модернизация на Западе, в культуре правового типа – это свершившийся в Новое время переход от собственности как привилегии части членов общества к равноправию, к признанию равного права каждого на себя, права каждого быть собственником. Именно в результате модернизации на Западе произошел радикальный экономический рост, началось массовое производство и т.п. Ибо когда собственность уже перестает быть привилегией, когда нормой становится всеобщая свободная конкуренция, то благополучие человека зависит в первую очередь от того, что он может дать другим – от того, что человек, как собственник, может предложить другим для удовлетворения их потребностей.

Иначе говоря, модернизация на Западе – это и есть переход к капитализму. Отсюда вытекает, что такой модернизации – модернизации «в западном смысле» – в культурах потестарного типа быть не может. Может быть лишь модернизация «на восточный лад», приспособление потестарных культур – но только не к капитализму, а к «государственному капитализму», к западному социализму (социал-капитализму), который цивилизационно ближе к потестарному типу. И по аналогии с «западной» модернизацией можно называть «восточной» модернизацией переход от «частной собственности» как привилегии высших, служилых сословий к такой цивилизационной ситуации, когда каждый в принципе может стать самостоятельным производителем и иметь официально-властно признаваемый статус «частного собственника». Такое «равноправие» достигнуто далеко не во всех странах потестарной культуры, и реальные институты в этих странах нередко принципиально расходятся с заявленными, с официальными декларациями. Но именно там, где эта модернизация шла более или менее успешно, мы наблюдали колоссальный экономический рост, например в Японии, на Тайване или в сегодняшнем материковом Китае.

Поскольку в условиях восточного социал-капитализма правовые институты – в лучшем случае – отстают в своем развитии, то не может быть и эффективного контроля за соответствием государственного распределения и перераспределения официально заявленным целям: правящие группы прежде всего присваивают доступные им ресурсы общества и уже

«по остаточному принципу» делят их между законными получателями⁹.

Коммунизм – это не альтернатива «восточной» модернизации, а «модернизация наоборот», контрмодернизация. При коммунизме отвергается право каждого быть «частным собственником». Подчеркну, что никакая модернизация невозможна в «чисто» потестарной цивилизации. В коммунистическом обществе потестарное начало социальности доводится до предела, все держится на силе, на централизованном управлении, на принуждении к «правильной» социальной жизни. Но коммунистические институты не позволяют большинству групп удовлетворять потребности так, как заявлено в коммунистической идеологии. Они – экономически негодные, они не дают того роста производительности, который происходит в результате модернизации, но они насаждаются как «должные», «идейно правильные». И в конце концов эти экономически негодные институты доводят социум до такого состояния, что, когда ресурсы принуждения уже исчерпываются, тогда социальная система, в ее прежнем формате, разваливается и хоронит под собой часть населения.

Применительно к фашистской Италии и нацистской Германии можно сказать, что это специфические деформации *правового* типа культуры в странах, переживавших срыв индустриальной модернизации и, как следствие, «бунт» «взбесившейся» потестарной субкультуры¹⁰. Я беру на себя

⁹ Р. Неф, один из лидеров Швейцарской либертарианской школы, несколько иначе трактует различие в перераспределении на Западе и на Востоке:

Механизм перераспределения включает в себя не только тех, у кого отнимают и для кого отнимают. Между ними стоит огромный перераспределяющий аппарат – политический класс, бюрократия. И этот перераспределяющий аппарат работает отнюдь не бесплатно. Напротив, этот аппарат является столь дорогостоящим, что весь процесс перераспределения оказывается неэффективным. Есть примеры – здесь можно упомянуть Индию – того, как перераспределение фактически происходит от богатых к перераспределяющим, а действительно бедные вообще ничего не получают. В Швейцарии мы еще не зашли так далеко. Но эта форма дегенерации имманентна любому механизму перераспределения. Все время говорят, что нужно сделать перераспределение более точным, адресным и т.п. – и закачивают в перераспределяющий аппарат все большие средства с целью его реформирования или совершенствования. В конечном счете с этого кормится только сам перераспределяющий аппарат. Когда этот процесс уже пошел, то не помогут никакие реформы. Теперь требуются уже системные изменения.

Nef R. Der Wohlfahrtsstaat zerstört die Wohlfahrt und den Staat // Liberales Institut. Zürich, 2003. S. 12 [http://www.libinst.ch/publikationen/LI-Paper-Nef-Wohlfahrtsstaat-d.pdf].

Однако представляется очевидным, что пока в Швейцарии, равно как и в США или Швеции, «еще не зашли так далеко», мы можем утверждать, что Швейцария и Индия представляют два разных типа социокультуры, и, следовательно, характерные для этих типов институты выполняют разные функции.

¹⁰ В любом обществе срыв модернизации в индустриальную эпоху проявляется в установлении новых силовых институтов, но культурный архетип при этом не меняется. Срыв модернизации в конкретной культуре правового типа отбрасывает ее назад, с точки зрения развития свободы, но через некоторое время доминанта правовой субкультуры восстанавливается – быстрее или медленнее, в зависимости от наличия или отсутствия благоприятствующих этому факторов. Так, быстрое, исторически «моментальное» уничтожение нацизма внешней силой сделало возможным восстановление правовых институтов в той части Германии, которая была оккупирована западными державами, всего лишь через 15 лет после начала нацистского эксперимента; в Восточной же Германии их восстановление отложилось до окончания коммунистического эксперимента и происходило более болезненно, чем в свое время в Западной Германии, но все же

смелость утверждать, что фашизм и немецкий нацизм не являются тоталитаризмом в буквальном смысле. Это были лишь попытки устроить тоталитаризм, предпринятые в общем русле социалистических тенденций на Западе. Ибо для «настоящего тоталитаризма» – для того, чтобы все управлялось публичной властью – не должно быть даже «частной собственности». А итальянский фашизм и немецкий национал-социализм существовали, по историческим меркам, мгновение (нацизм – каких-то 12 лет), и, конечно, за такое время ничего принципиально нового – цивилизационно нового – возникнуть не могло. И на искоренение «частной собственности» они не претендовали. Они пошли по пути социалистического регулирования, государственного интервенционизма, уже хорошо известного на Западе. Правда, в этом они далеко опередили другие западные страны. И у них получился весьма одиозный для западной культуры вариант власти-собственности. Но если в качестве тоталитаризма маркировать именно коммунизм, то нужно признать, что подобного тоталитаризма даже у нацистов не было и быть не могло. Это был западный социал-капитализм без псевдогуманистической обертки, не «розовый», а «коричневый», созданный тогда, когда производительность труда еще не позволяла делать социализм «для всех».

Общества, относящиеся к потестарному типу социокультуры, в условиях перехода от «чисто» потестарного цивилизационно формата (коммунизма) к социал-капитализму не способны быстро создать публично-властные институты правового типа. Переход к социал-капитализму восточного типа может быть успешным лишь при условии перехода от природоресурсной к производящей экономике. Примером последнего является Япония, которая еще в XIX веке исчерпала свои природные ресурсы и в XX веке оказалась способной адаптировать к своей культуре некоторые западные институты. Наоборот, сохранение природоресурсной экономики делает этот переход невозможным, порождая не вожделенный социал-капитализм, а *неофеодализм*¹¹, который блокирует любую модернизацию до тех пор, пока запасы природных ресурсов позволяют удовлетворять потребности основной массы населения и, особенно, правящей группы.

успешно; а вот в посттоталитарной России, несмотря на известный прогресс свободы, конституционные правовые институты никак не приживаются, так как они противоречат российской потестарной традиции.

¹¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 392–395.

3. «Естественное право» и «позитивное право»

Собственно *естественного* права не существует по определению: право – это социокультурный, а не естественный феномен. Естественные, генетически запрограммированные диспозиции человеческого поведения и, особенно, естественные факторы, определяющие ментальные типы человека, составляют лишь субстрат, на котором строятся культуры.

4. Отличие права от морали

Соотношение права и морали – это, прежде всего, вопрос о терминах. В контексте излагаемой институциональной теории для такой постановки вопроса нет места. Если угодно, правовой принцип можно определить как такую личностную мораль, которая запрещает агрессивное насилие. Можно рассматривать эту теорию как интерпретацию реальных культур и институтов с либертарианской моральной позиции. Что я и не скрываю, в частности, в рассуждениях о понимании правового в потестарной и либертарной парадигмах. Таким образом, эта теория не ставит вопрос о соотношении права с «другими социальными регуляторами» (моральными, религиозными, политическими, корпоративными и т.д. нормами), а типологически подразделяет институты на правовые и потестарные. Это значит, что институты, которые в каком-то дискурсе интерпретируются, например, как мораль, в либертарно-юридическом дискурсе должны интерпретироваться как потестарные или правовые.

Вместе с тем, нужно учитывать, что рассуждения о морали, вплоть до теоретических, присутствуют в основном в логоцентрических дискурсах, в которых одновременно любая личностная парадигма маркируется как аморальная или антиморальная. Обычно в этих дискурсах то, что обозначается как «общественная мораль» (она же – «общечеловеческие ценности» и т.п.), полагается как Должное и может быть противопоставлено иным ценностям, включая свободу. При потестарном регулировании, основанном на логоцентрической морали, даже символические действия (в добровольных взаимодействиях) подавляются грубым физическим насилием, если они противоречат «общественной морали», т.е., в представлении ее адептов, посягают на сами основы Социального Порядка.

Таким образом, правовой принцип противостоит логоцентрической

морали. С юридической точки зрения, в добровольных взаимодействиях люди вправе делать все, что им нравится, но они не вправе навязывать свои нравы другим. Люди, осуждающие нравы (убеждения, верования и т.д.) других, имеют право публично выражать свою позицию – но только от своего имени, а не от имени Государства, Общества и т.п. Человек, действующий от своего имени, вправе не вступать в отношения с теми, кто ему не нравится, и, в частности, не совершать с ними такие сделки, какие он совершает с другими. Человек не вправе принуждать другого совершать с ним сделку, даже если он и ему подобные считают, что отказ совершать с ними сделки подвергает их дискриминации.

С логоцентрической же позиции, добровольные взаимодействия, противоречащие «общественной морали», в зависимости от уровня их «общественной опасности» должны пресекаться и подавляться публично-властным принуждением – вплоть до «побивания камнями». В современной смешанной цивилизации типичным проявлением логоцентризма является требование ограничения прав человека «в интересах защиты нравственности». Например, Всеобщая декларация прав человека утверждает, что права и свободы каждого подлежат ограничениям, в частности, для удовлетворения справедливых требований морали (часть 2 статьи 29).

Требования «общественной морали» отрицают самопринадлежность человека, его право не вступать в отношения против своей воли.

Кроме того, можно затронуть вопрос о соотношении правового принципа и так называемой традиционной морали, ориентирующей человека на помощь другим ради сохранения или выживания некоего социального Целого. Люди, мыслящие и действующие в правовой парадигме, обычно считают нормальным добровольно помогать другим, особенно нуждающимся, но отвергают принуждение к этому как посягательство на собственность. С этой точки зрения, никакая аргументация узаконенного грабежа, государственного перераспределения «в пользу бедных» не может быть юридически приемлемой.

5. Различение философии права и теории права

Это различие проводится в легизме. Оно возможно только в рамках легистского понимания «правовых норм» (legal rules), «юриспруденции» и вульгарно-позитивистского понимания научности. На языке легистов говорится, что «теория права» занимается изучением «права в собственно юридическом смысле», т.е. изучает официальные прескриптивные тексты,

в то время как «философия права» занимается «правом в философском смысле», например, вопросами сущности права и подобными, не имеющими «практического юридического значения».

С точки же зрения социальной науки, «теория права» в таком ее понимании, как и в целом легистская «юриспруденция», есть разновидность документоведения, которая имеет некоторую познавательную ценность, однако может существенно исказить действительную картину социальных институтов – особенно в таких культурах, как российская, где официальные прескриптивные тексты выполняют иную функцию, нежели в странах правовой культуры. В рамках социальной науки «теория права» и «философия права» вполне могут быть синонимами.

6. Почему человек должен подчиняться праву?

Этот вопрос, очевидно, сформулирован в логоцентрической парадигме. Ибо в самой постановке вопроса предполагается, что «человек» непременно *должен* подчиняться праву. Вопрос лишь в том – почему именно?

Между тем, вопрос о подчинении праву будет звучать по-разному в разных дискурсах – в зависимости от парадигмы наших рассуждений. Если в логоцентристском дискурсе эта неременная обязанность так или иначе выводится из объяснения «права» в качестве ипостаси Должного, то в социально-научном дискурсе уже сама постановка такого вопроса выглядит некорректной. Ибо с социологической точки зрения, «человек» должен (или наоборот – не должен) подчиняться чему-то, по меньшей мере, в зависимости от целей, которые он перед собой ставит. Например, если конкретный человек более всего желает совершить некий акт агрессивного насилия, при том что и он, и другие понимают правовой принцип как запрет агрессивного насилия, то для достижения его цели он как раз не должен подчиняться праву.

В социально-научном дискурсе корректной будет иная постановка вопроса: почему люди подчиняются или не подчиняются правилам социальных институтов, в частности, институтам правового типа? Этот вопрос, однако, требует специального исследования, выходящего за рамки теории права.

Но можно конкретизировать его применительно к либертарно-юридическому дискурсу, например, так: должны ли люди, привыкшие мыслить и действовать в правовой парадигме, быть законопослушными, подчиняться публично-властным предписаниям, правилам наличных ин-

ституты, даже если считают их противоречащими правовому принципу? И ответ на этот вопрос представляется мне положительным, хотя, на первый взгляд, это может показаться парадоксальным.

Предположим сначала, что такой человек с какой-то целью оказался в чужой для него социокультурной ситуации доминирования институтов потестарного типа. Например, он приехал из США в Россию с целью бизнеса. И он полагает, что здесь правила, соблюдение которых требуется для достижения этой цели, нарушают его права. Очевидно, что либо он найдет возможность приспособиться к этим институтам, и тогда достигнет своей цели, хотя и с такими издержками, которые ненормальны в правовой ситуации, либо будет требовать соблюдения его прав (как он их понимает). В этом, последнем случае он, скорее всего, не найдет институциональной защиты или поддержки своих притязаний и, во-первых, не добьется цели, во-вторых, возможно, подвергнется еще большему, чем в первом случае, институциональному принуждению, которое он будет расценивать как агрессивное насилие.

По сути ничего не меняется, если в такой ситуации существует не один, а множество людей – в частности, когда они образуют маргинальную в потестарной культуре субкультуру правового типа. Либо эти люди довольствуются правовыми обмена в пределах своего культурного («субкультурного») круга, а выходя за его пределы, они подчиняются уже «чужим» правилам, либо они вступают в конфликт с доминирующими в большом обществе институтами, и тогда не добиваются своих целей, если, конечно, сам конфликт не является такой целью.

Здесь люди оказываются в институциональной ловушке: даже если большинство населения отрицательно относится к доминирующим потестарным институтам, негативные последствия неповиновения, явно отклоняющегося поведения представляются людям (в обозримой перспективе) большими издержками, нежели те, которые связаны с конформистским поведением.

Несколько иначе выглядит положение в условиях современного западного социал-капитализма, т.е. в смешанной цивилизационной ситуации правового типа. В этой цивилизации обязанность быть законопослушным может быть аргументирована юридически, поскольку в правовой культуре исходно считается, что публично-властные роли создаются и публично-властные акторы действуют для подавления агрессивного насилия (презумпция правомерности публично-властного принуждения). В то же время даже в «чисто» правовой цивилизационной ситуации не исключено, что отдельные публично-властные акторы будут использовать имеющиеся у них ресурсы принуждения как инструмент агрессивного насилия. Если в такой ситуации человек полагает, что нарушаются его права, он, тем не менее, обязан подчиниться, а затем у него будет возможность оспорить публично-властные действия/решения в компетентном суде. Можно предвидеть резонное возражение: а если публично-властные акторы угрожают жизни и здоровью его самого или близких ему людей? На

этот вопрос определенного ответа быть не может. Определенно можно лишь сказать, что не может быть общим правилом такое положение, когда адресат публично-властного принуждения сам, в одностороннем порядке, определяет, что он находится в состоянии необходимой обороны, и поэтому он вправе дать силовой отпор публично-властным акторам, от которых, по его мнению, исходит агрессивное насилие. Если это будет общим правилом, то начнется гражданская война.

7. Как возможно познать право?

Для познания как правовых, так и потестарных социальных институтов – реальных, а не только описанных в официальных текстах – требуется социальная наука и, в частности, юриспруденция. К сожалению, позитивистская социология, образующая мейнстримовское направление социальнаучных исследований и в принципе способная дать достаточную информацию о реальных социальных институтах, все чаще финансируется из государственного бюджета. В результате она утрачивает способность выявлять, анализировать и публиковать информацию о неформальных нормах в сферах государственного регулирования, которое сегодня уже стремится быть тотальным.

Здесь мы подошли к важнейшей проблеме интерпретации функций государственности – проблеме различия так называемых явных и латентных функций. Как известно, такое их различие ввел Р. Мертон для того, чтобы не смешивать субъективные мотивы социальной деятельности с объективными функциями институтов. В качестве явных и латентных функций он обозначал такие объективные результаты действия институтов, которые их акторы планируют и осознают, и такие, которые они соответственно не планируют и не осознают¹². Однако уже из рассуждений самого Мертона вытекает возможность другой интерпретации данного различия. А именно, во-первых, то, что названо «явной функцией», в действительности может быть лишь *заявленной* или мнимой функцией; т.е. такой функции объективно нет, а есть лишь заблуждение, что институт выполняет эту функцию. В таком случае, если институт, тем не менее, существует, он выполняет некую латентную функцию, которая действительно обеспечивает удовлетворение определенных социальных потребностей. Во-вторых, латентные функции Мертон определял как неосознанные и непреднамеренные. Однако латентность этого не предполагает. Функция

¹² См.: Мертон Р. Социальная теория и социальная структура. М., 2006. С. 146, 158.

института может быть скрытой от некоторых, но не от всех акторов. Если функция не заявлена, это не значит, что она не предвидится теми, в чью пользу она осуществляется. Скорее, наоборот, действительную функцию некоего института открыто не заявляют не потому что ее не понимают, а потому что она не может быть легитимной с позиции социального большинства.

По этим причинам я предпочитаю говорить применительно к публично-властным институтам не о явных и латентных, а об официально заявленных и действительных, хотя и скрываемых, функциях этих институтов. А именно, перераспределительные институты, вопреки официальным (конституционным, законным или доктринальным) заявлениям об их функциях, действуют, прежде всего, в интересах самих акторов публичной власти, а не в интересах неконкурентных, социально слабых, «социально незащищенных», «непривилегированных» и т.п. И уж тем более – не в интересах «общества в целом» (такого субъекта не существует).

Например, какую функцию выполняет почти тотальный в западных странах запрет курения в «публичных местах»? Прежде всего – они только называются «публичными» и являются, как правило, объектами собственности, приватными заведениями. Этот запрет обычно аргументируется тем, что курение в «публичных местах» нарушает права других, некурящих. Если предположить, что здесь используется действительно правовая аргументация, то нужно предположить и то, что запрет не действует в местах, предназначенных специально для курящих.

Однако, оказывается, такие специальные «публичные места» не предусматриваются. Вообще в патерналистской культуре нормально наказывать человека за то, что он не пристегивается ремнем безопасности, купается там, где можно утонуть или подцепить какую-нибудь заразу, и даже за то, что он подвержен порокам – например, курит табак. Ибо опекающее правительство отбирает у налогоплательщика часть имущества, чтобы обеспечить ему бесплатное лечение – если понадобится. А если не понадобится, то можно использовать аккумулируемые средства на другие нужды, вплоть до финансирования крупного бизнеса. Главное – перераспределять как можно больше: чем больше оборот, тем больше оседает у перераспределяющей бюрократии... Но если население не заботится о своем здоровье – а оно, в основной массе, не будет делать это добровольно, хотя бы потому что обещано бесплатное лечение, – то на здравоохранение средств не хватит, не говоря уже о нуждах крупнейших банков. Человек интересен правительству как налогоплательщик, а не как потребитель бюджетных средств. Следовательно, если сначала отнимают часть имущества под предлогом бесплатного лечения в будущем, то потом закономерно наказывают за то, что человек вредит своему здоровью. Причем прибегают к квазигирической аргументации: если вы открываете ресторан только для курящих, то тем самым вы «подвергаете других дискриминации», «нарушаете права других» посещать любые «публичные места» и «право на гигиену труда» тех, кто будет работать в вашем ресто-

ране.

Казалось бы, естественно возразить: если человек приходит к вам домой, вправе ли он принуждать, чтобы при нем не курили, или он вправе лишь решить – уйти ему, потому что здесь курят, или остаться, несмотря на вредное воздействие табачного дыма. Но у социалистической идеологии иная логика: когда вы приглашаете или не пускаете к себе домой определенных лиц, вы выступаете как «частное лицо», но когда вы приглашаете к себе абстрактную публику, то ваше «частное» заведение, сразу же превращается в публичный дом, а публичный дом вправе посещать каждый, и он вправе рассчитывать на то, что в публичном доме не будет ничего вредоносного, опасного для здоровья. Заботиться же о безопасности публичных домов обязано правительство, а вы обязаны соблюдать в вашем заведении тот порядок, который правительство вам предпишет. Остается вспомнить Владимира Ильича Ленина: для большевиков нет ничего частного, всё – публичное!

Другой пример – наказание юридических лиц. С точки зрения рационалистической юриспруденции возможна только гражданско-правовая, имущественная деликтоспособность юридических лиц. Уголовному или административному наказанию могут быть подвергнуты только люди. Невозможно наказать «вымышленное лицо», от имени которого действуют реальные лица. И если последние, действуя в таком качестве, совершают то, что может быть квалифицировано как преступление, именно они и подлежат уголовной ответственности.

С точки же зрения легистики юридические лица могут быть хоть субъектом преступления (или административного деликта), хоть «недобросовестным налогоплательщиком», хоть кандидатом в президенты и т.д. – в зависимости от того, что написано в официальных текстах, которые для легистов являются мерой права.

Конечно, даже с точки зрения интервенционистской доктрины, юридическое лицо не может совершить кражу или мошенничество, не говоря уже об убийстве. Но оно может нарушать разного рода правила хозяйственной деятельности, и если за нарушение этих правил установлена административная или даже уголовная ответственность (например, при условии, что такое нарушение повлекло за собой гибель людей), то она может распространяться и на юридических лиц. А это будет уже не просто возмещение вреда, это будет еще и штраф, поступающий в доход государства.

По мере усиления интервенционизма складываются новые институты силового типа. К таковым относится и уголовная ответственность юридических лиц – разумеется, «частных лиц», а не публично-властных субъектов – которая представляет собой новую разновидность узаконенного грабежа, под предлогом необходимости более эффективных мер борьбы с «общественно опасной деятельностью корпораций».

Практика уголовного наказания животных и неживых объектов характерна для примитивного, иррационального сознания. Казалось бы, уго-

ловная ответственность коров, свиней, насекомых, камней, колоколов и т.д. должна остаться в прошлом. Но со второй половины XX века открылась новая страница в истории абсурда – признание уголовной деликтоспособности юридических лиц. Кому-то очень понадобилось ужесточить нормы, позволяющие воздействовать на корпорации. Аргументировалось это необходимостью защиты здоровья населения, окружающей среды и, конечно же, необходимостью противодействия «монополизму». Привлечение к уголовной ответственности физических лиц, действующих от имени фирмы, было объявлено неэффективным средством борьбы с «общественно опасной деятельностью корпораций». В настоящее время уголовная ответственность юридических лиц в той или иной мере признана в США, Франции, Италии, Германии, Нидерландах.

Какие же основания считать уголовное наказание физических лиц неэффективным? Прежде всего здесь используется аргумент: с физических лиц, как правило, нельзя взыскать в виде штрафа столько, сколько можно взыскать с фирмы... Действительно, в виде уголовного штрафа – нельзя, но, с точки зрения права, это и не нужно. Если фирма причиняет вред, она должна полностью возместить его в отношениях гражданско-правовой ответственности. Помимо этого, когда в действиях физических лиц, совершенных от имени фирмы, есть признаки преступления, например налогового, они могут быть наказаны лишением свободы, если штраф неэффективен.

Другое дело, что при такой трактовке деликтоспособности юридических лиц ничего не достанется государственному бюджету, в который при уголовной ответственности юридических лиц поступают денежные средства от штрафов, на порядки превышающие штрафы на физических лиц. Таким образом, действительная функция института уголовной (и административной) ответственности юридических лиц – конфискационное налогообложение, результатом которого, в первую очередь, становится повышение цен. За признание уголовной деликтоспособности юридических лиц платят потребители.

8. Права человека

Если исходить из запрета агрессивного насилия, то получается, что человек имеет *абсолютные, безусловные права* только на свое собственное, т.е. на себя самого и на произведенные им, освоенные или приобретенные без агрессивного насилия объекты. Все остальные права (относительные права, т.е. права на определенные действия других), которые человек может иметь при соблюдении запрета агрессивного насилия, явля-

ются условными. Они определяются договорами и правилами существующих институтов.

Например, можно утверждать, что человек имеет право на защиту от агрессивного насилия. Отсюда определенно вытекает только право человека на необходимую оборону, по меньшей мере – на соразмерное насилие против агрессора. Но отсюда не вытекают определенные требования в отношении публично-властных акторов, действующих в рамках правоохранительных институтов и обязанных, возможно – в силу конституции, защищать права человека. Правомочия людей, требующих государственной защиты их прав, определяются не абстрактным суждением о праве каждого на защиту от агрессивного насилия, а конкретными правоохранительными институтами, различными в разных правовых культурах.

Разумеется, не являются правовыми культивируемые при социализме (в перераспределительном государстве) притязания на «справедливую долю общественного богатства» – на получение социальных благ «бесплатно или за доступную плату», т.е. за счет налогоплательщиков. По существу это притязания на «честную долю» награбленного.

Равным образом не имеют ничего общего с правами так называемые массовая демократия и массовое избирательное право. В правовой цивилизационной ситуации публично-властные институты и вообще правовой порядок функционируют за счет налогов. Следовательно, налогоплательщики вправе контролировать деятельность государственного аппарата путем свободных выборов. Но отсюда вовсе не вытекает, что те, кто не платит налоги и, особенно, кто существует за счет налогоплательщиков, вправе участвовать в выборах.

Всеобщность избирательных прав (*прав* в юридическом смысле) не означает, что каждый имеет право вмешиваться в чужие дела: каждый имеет право управлять только своими делами – в частности, управлять общими делами («общим благом»), в которых он участвует. Каждый, участвующий в создании «общего блага», каковым является правопорядок, вправе избирать (и быть избранным) тех, кто управляет деятельностью, обеспечивающей правопорядок. Тот, кто только пользуется правопорядком как «неделимым благом», не может избирать и быть избранным в органы управления правопорядком. Иначе говоря, не имеют права участвовать в выборах государственных органов те, кто не платит налоги, обеспечивающие правовую государственность. Демократией в собственном смысле является «демократия налогоплательщиков».

Равные избирательные права не означают непременно принцип «один человек – один голос». Последнее является выражением равноправия лишь при условии, что все избиратели платят налоги поровну, в абсолютном исчислении.

Эта логика не имеет отношения к природоресурсному государству, и не может расцениваться как призыв «лишить избирательных прав» тех, кто не платит налоги, поскольку здесь общество существует главным образом не за счет налогов, а за счет природных ресурсов, государственного

распределения и перераспределения доходов от их продажи на внешнем рынке. Более того, если бы в условиях петрократии природные ресурсы принадлежат всем вместе, то было бы логично, если бы все граждане участвовали в избрании высших акторов распределяющей власти, чего культура потестарного типа, однако, не предполагает.

Четвернин В.А. Институциональная теория права: основные положения // Научные исследования НУЛ теории права НИУ ВШЭ. Вып. 13. 2013, № 1. С. 2–35 (электронный адрес).