



*Валентина Викторовна Лапаева,
доктор юридических наук, главный
научный сотрудник ИГП РАН*

*Статья была опубликованна в изда-
нии:
Журнал российского права. 2008. №2.*

Вопрос о содержании правового принципа формального равенства в последнее время приобрел заметную актуальность в российской теории права в связи с дискуссиями о типах правопонимания. Идея о том, что формальное равенство является неотъемлемым признаком права, в той или иной мере присуща всем основным типам правопонимания. Так, легизм признает равенство субъектов права перед законом и судом. В основе системы естественных прав человека лежит представление о том, что люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах. Все сколько-нибудь серьезные концепции социологического и антропологического правопонимания также включают в свои теоретические конструкции принцип равенства (например, в виде признания сбалансированного императивно-атрибутивного характера той фактической нормы или того психического переживания, которые трактуются как право, и т.п.). Однако, не считая равенство сущностным признаком права, эти подходы к пониманию права демонстрируют на практике ограниченность своих возможностей в деле защиты права¹. Между тем каждый из них привносит что-то важное в копилку общечеловеческих знаний о праве, раскрывая ту или иную его грань, значимую не только в теоретическом, но и в практическом плане. Отсюда - непрекращающиеся поиски интегративного подхода к праву, который смог бы объединить научно-практические потенциалы различных типов правопонимания.

В современной российской юриспруденции попытки интеграции различных типов правопонимания зачастую осуществляются в русле постмодернистского "теоретического плюрализма" и связаны главным образом с привнесением в легистское понятие права элементов естественно-правового² или социологического подходов³. Однако, как справедливо замечено, плюрализм подобного рода - это "такой же признак неблагополучия теории, как и возникающие в ней парадоксы"⁴. В теории плюрализм в изучении одного и того же предмета возможен и необходим не в виде эклектичного сочетания несочетаемого, а в форме свободного творческого противоборства различных концепций, каждая из которых претендует на собственную правоту.

Любая теория (если это действительно теория, т.е. целостное представление о закономерностях и существенных связях объекта)

¹ Подробнее см.: *Лапаева В.В.* Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. N 4.

² Шафиров В.М. Естественно-позитивное право (проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 10.

³ Концепции современного правопонимания: Материалы круглого стола. СПб., 2004. С. 8 - 22.

⁴ Новая философская энциклопедия. М., 2001. С. 251.

строится вокруг некой принципиальной основополагающей идеи. Именно следование такой идее как своему основному принципу и обеспечивает необходимое для теории единство взглядов на предмет исследования. Попытки соединить разные принципы, т.е. разные основополагающие идеи, неизбежно обречены на провал. При столкновении двух принципиально различных подходов истина, вопреки расхожим представлениям, никогда не лежит посередине: посередине, как мудро заметил Гете, лежит не истина, а проблема. Поиски истины в центре между двумя принципиальными крайностями в лучшем случае могут привести лишь к доминированию одного из противоборствующих принципов. Для того, чтобы достигнуть теоретического компромисса в принципиальном споре, нужен новый, третий принцип, подчиняющий своей логике оба противостоящих друг другу подхода и объединяющий их на базе более широкой теоретической платформы. Только на такой основе возможно диалектическое соединение и взаимное обогащение различных научных позиций. Применительно к проблеме правопонимания сказанное означает, что путем простого соединения легистского типа правопонимания с естественно-правовым, социологическим и т.д. подходами к праву мы не получим "работающую", т.е. дающую прирост научного знания, теоретическую конструкцию, а будем лишь множить недостатки, присущие каждому из этих подходов в отдельности.

Среди сторонников интегративного правопонимания получили распространение представления о том, что право - это такой особый социальный феномен, который в силу своей сложности не может быть выражен на уровне понятия, фиксирующего сущность данного явления⁵.

Авторы, отрицающие наличие у права сущностного признака (т.е. общего отличительного признака, присущего праву при любых условиях), на деле отрицают возможность научного познания права и научный характер юриспруденции. Такая точка зрения, конечно, возможна, но она находится за рамками науки. Если же говорить об интегративном понимании права с научной точки зрения, то надо вести речь о таком подходе к праву, в рамках которого различные определения права, развиваемые в русле разных типов правопонимания, предстали бы как проявления единой правовой сущности, раскрывающие многообразие аспектов единого общего понятия права⁶. Именно такой концептуальной основой, на которой можно объединить познавательные потенциалы разных подходов к праву, может стать разработанная В.С. Нерсесянцем либертарная концепция правопонимания, согласно

⁵ Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 62 - 63.

⁶ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1999. С. 38.

которой конституирующим признаком права, выражающим его сущность, является формальное равенство⁷. Выработанный в рамках либертарного правопонимания критерий правового начала (принцип формального равенства) - это и есть тот новый, третий принцип, на основе которого можно диалектически "снять" противоречия между различными концепциями правопонимания. С позиций данного критерия "как позитивное право (в трактовке легистов), так и естественное право (в трактовке юснатуралистов) - это право постольку и в той мере, поскольку и в какой мере они (их положения) соответствуют критериям правового закона"⁸. Аналогичным образом и "живое право", и "социальное право", и порядок общественных отношений, и психические переживания императивно-атрибутивного характера и т.д. являются правом лишь постольку, поскольку соответствуют принципу формального равенства.

При этом формальное правовое равенство трактуется В.С. Нерсесянцем как триединство таких внутренне взаимосвязанных и предполагающих друг друга компонентов, как равная мера, свобода и справедливость. В своих работах автор делал основной акцент на том, что право - это равная мера именно свободы и справедливости. Право, писал он, это равная мера свободы ("своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет... именно свободу... в человеческих взаимоотношениях"⁹) и справедливости (право взвешивает на единых весах и оценивает фактическое многообразие партикулярных отношений "формально равным, а потому и одинаково справедливым для всех правовым мерилom"¹⁰). Такая расстановка акцентов во многом была обусловлена стремлением продемонстрировать неправовой, произвольный характер советского законодательства, подразумевающий неправовую природу порождающей его тоталитарной власти. При этом не вполне проясненной оказалась позиция автора по вопросу о том, что такое равная мера. Анализ этой проблемы и является главным предметом настоящей статьи.

Прежде чем перейти к сути дискуссий по этой теме, необходимо остановиться на достаточно очевидных, на наш взгляд, моментах, которые тем не менее встречают непонимание даже в среде специалистов по теории права. Речь идет о формальном (в смысле - абстрактном, не фактическом) характере правового равенства, а точнее - о формальном

⁷ См.: Нерсесянц В.С. Философия права. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 30 - 47.

⁸ Основные концепции права и государства в современной России. По материалам круглого стола в Центре теории и истории права и государства Института государства и права РАН // Государство и право. 2003. N 5. С. 8.

⁹ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 37 - 38.

¹⁰ Там же. С. 48.

(абстрактном) характере равенства вообще. Показательна в этом плане позиция В.М. Сырых, который полагает, что равенство - это некий факт реальной жизни. "Логика, - пишет он, - не знает дихотомического деления понятия "равенство" на формальное и фактическое, для нее равенство может быть только реальным, фактическим... Уверения В.С. Нерсесянца в том, что фактическое равенство является величиной иррациональной, с точки зрения логики являются некорректными... Термин "формальный"... свидетельствует о принадлежности признака только к форме явления и процесса, а не к его содержанию. Но разве равенство явлений и процессов по их форме, по тем или иным ее признакам не может быть фактическим? Например, мы говорим: вороны черные, волки серые, медведи бурые. Это формальное равенство, но одновременно и фактическое"¹¹.

По поводу подобных суждений можно сказать следующее. Как раз с точки зрения логики как науки (в отличие от обыденных представлений) равенство может быть только формальным. В логике и математике под равенством понимается отношение между высказываниями или величинами, "которое верно тогда и только тогда, когда оба высказывания (величины) представляют один и тот же объект, т.е. когда все, что относится к одному из них, в точности и полностью относится и к другому..."¹². Когда мы говорим о равенстве, речь идет о теоретической (логической) абстракции, которая в чистом виде не существует в фактической реальности. Никакие явления физического или социального мира не могут быть тождественны ничему иному, кроме самих себя. Но и это тождество существует не в реальности, а в теоретической абстракции, поскольку в реальности нет также и ничего равного самому себе¹³. Равенство - это логико-математическое понятие,

¹¹Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М., 2007. С. 51. Упрекая В.С. Нерсесянца в "односторонности и неполноте исследования" и в "отсутствии обстоятельного критического анализа авторов, признававших и в настоящее время признающих наличие в праве фактического равенства" (Там же. С. 56), В.М. Сырых полагает, что о "наличии в праве фактического равенства" говорили К. Маркс и все последовательные марксисты, к каковым он относит и себя. Между тем это не так. Вся критика К. Марксом права (вплоть до полного отрицания права при коммунизме) была критикой формального характера правового равенства, скрывающего за видимостью (формой) равенства отношения эксплуатации при капитализме. Подробнее см.: Лапаева В.В. Вопросы права в "Капитале" К. Маркса. М., 1982. С. 40 - 76.

¹² Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1971. С. 440.

¹³ В пояснение этой мысли можно привести остроумное замечание Л.Д. Троцкого (который был большим поборником материалистической диалектики и постоянно доказывал своим оппонентам преимущества диалектического метода перед логикой простого силлогизма). Ссылка на данного автора, являющегося, как сейчас стало ясно, одним из наиболее последовательных марксистов, здесь особенно

которое, как и все понятия такого рода, соответствует наивысшему уровню теоретической абстракции и, следовательно, относится не к конкретному целому, а лишь к абстрагированным от этого целого аспектам его внешнего выражения, т.е. его формы. Следовательно, мы можем приравнять друг к другу не физические или социальные объекты как конкретные фактические величины, а лишь определенные аспекты их внешнего проявления (т.е. их формы), абстрагированные от всех иных многочисленных (а точнее - бесчисленных) их характеристик. Так, говоря, что все вороны черные, мы на уровне мыслительной абстракции уравниваем ворон по их цвету, абстрагируясь от их размера, веса, возраста и даже от разных оттенков черного цвета, присущих фактическим, реальным воронам. Точно так же мы можем по бесконечному числу оснований уравнивать людей в каких-то их биологических проявлениях (т.е. в биологических характеристиках их внешней формы), абстрагируясь от всех остальных характеристик. Когда мы говорим о человеке как о социальном существе, то мы можем уравнивать людей, например, по уровню доходов, по наличию или отсутствию собственности на средства производства, по характеру профессии, уровню образования, по религиозной принадлежности и т.д., каждый раз абстрагируясь при этом от иных их свойств и качеств. В этом случае речь пойдет о формальном экономическом, социальном и т.д. равенстве.

Но все перечисленные выше и подобные им основания уравнивания людей как физических или социальных субъектов не носят всеобщего характера - речь каждый раз идет о равенстве в рамках определенной группы. И только когда мы максимально абстрагируемся от внешних характеристик человека и рассматриваем человека в его наиболее абстрактном, сущностном выражении, т.е. как существо, наде-

уместна, поскольку В.М. Сырых критикует концепцию В.С. Нерсисянца как раз с позиций марксизма. В одном из своих писем Л.Д. Троцкий, в частности, отмечал ошибочность утверждения, будто фунт сахара равняется самому себе, поскольку, пояснял он, "все тела непрерывно изменяются в размере, весе, окраске и пр. Софист скажет на это, что фунт сахара равняется самому себе "в каждый данный момент времени". Не говоря уже об очень сомнительной практической ценности такой "аксиомы", она и теоретически не выдерживает критики. Как в самом деле понимать "момент"? Если это бесконечно малая частица времени, тогда фунт сахара неизбежно подвергнется в течение "момента" известным изменениям. Или же "момент" есть чисто математическая абстракция, т.е. нуль времени. Но все живое существует во времени... Тогда аксиома $A = A$ означает, что каждое тело равно самому себе, когда оно не изменяется, т.е. не существует". Троцкий Л.Д. В защиту марксизма. Кембридж, 1995. С. 78 - 79.

ленное (в силу своей разумности) свободной волей¹⁴, сфера равенства между людьми приобретает всеобщий характер, а отношения между ними становятся общезначимыми. Форму отношений между людьми как абстрактными лицами мы называем правом, сами эти отношения - правовыми отношениями, а людей, выступающих в своих наиболее абстрактных проявлениях, лишенных каких-либо фактических социобиологических особенностей, называем формально равными друг другу субъектами права, т.е. лицами, обладающими равной правоспособностью. Это и имеет в виду В.С. Нерсесянц, когда пишет, что "правовое равенство, как и всякое равенство, абстрагировано (по собственному основанию и критерию) от фактических различий и потому с необходимостью и по определению носит формальный характер... Именно благодаря своей формальности (АБСТРАГИРОВАННОСТИ ОТ ФАКТИЧЕСКОГО (выделено мной. - В.Л.)) равенство может стать и реально становится средством, способом, принципом регуляции "фактического"..."¹⁵. В реальной жизни формальное равенство применяется к фактически неравным людям, отличным друг от друга по бесчисленному количеству оснований. В сфере правового регулирования эти фактические различия между людьми предстают как различия в их субъективных правах: право "трансформирует неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные права свободных, независимых друг от друга равных личностей... Благодаря праву хаос различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому основанию и общей норме"¹⁶.

Главный вопрос, который встает в связи с проблемой правового равенства, вовсе не в том, является ли равенство теоретической абстракцией или фактом реальной жизни. Наибольший интерес представляет вопрос о понимании абстрактного принципа формального равенства в части, касающейся такой составляющей этого принципа, как равная мера. Не случайно именно в этом моменте наметились расхождения между автором либертарной концепции права В.С. Нерсесянцем и рядом его сторонников. Так, В.А. Четвернин исходит из того, что правовое равенство всегда есть чистое равенство людей перед единой для всех нормой, никак не откорректированное с учетом их социальных и биологических различий. С этих позиций он интерпретирует

¹⁴ Осмысление сущности человека в европейской философской мысли представляет собой сплав античной традиции, которая видит уникальность человека в том, что он обладает разумом, и христианской, которая формирует представление о человеке как о созданном по образу и подобию Божьему и в силу этого обладающем свободой в выборе добра и зла. Фролов И.Т., Борзенков В.Г. Новая философская энциклопедия. М., 2001. С. 344.

¹⁵ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 32.

¹⁶ Там же. С. 34.

учение Аристотеля о распределяющей и уравнивающей справедливости, делая акцент на аристократической по своей сути трактовке распределяющей справедливости как права более сильных (лучших) на большую долю при распределении социальных благ. Таким образом, аристотелевское учение становится у него теоретической платформой для отрицания правового характера того феномена, который в современном политическом словаре называют социальной справедливостью, имея в виду систему мер социальной поддержки более слабых членов общества. Отсюда следует отрицание им правовой природы социального государства и, соответственно, социального законодательства. "Сущность социального законодательства, - отмечает автор, - это привилегии, льготы и преимущества, или так называемая позитивная дискриминация"¹⁷.

Вопрос о правовой природе социального государства является, пожалуй, наиболее наглядным примером для демонстрации различных подходов к трактовке формального правового равенства и поэтому заслуживает специального внимания. В теоретических дискуссиях по этому вопросу обозначились две взаимоисключающие точки зрения.

Согласно одной из них, социальная политика государства всегда представляет собой отступление (отказ) от принципа правового равенства. При таком подходе формальное правовое равенство трактуется как чистое равенство между деянием и воздаянием (трудом и его оплатой, правонарушением и наказанием), не учитывающее социальные и биологические характеристики людей. Деяние рассматривается здесь не как процесс, в котором проявляются индивидуальные особенности действующего субъекта, а лишь как результат, для которого эти особенности не имеют значения. Всякое отклонение от такого "чистого" равенства в пользу менее удачливых членов общества расценивается как благотворительность, основанная на нравственных идеях милосердия. Приверженцы подобной точки зрения любят ссылаться на авторитет И. Канта, который писал, что благотворительность "не имеет под собой принципа как для того, кто получает, так и для того, кто распределяет... но сводится к доброй воле в ее материальном выражении..."¹⁸. В рамках этого подхода можно выделить два направления.

Сторонники одного из них, основанного на постулатах либерального фундаментализма, отрицающего идеи классического либерализма о равенстве возможностей, исходят из того, что социальная политика государства блокирует развитие свободной инициативы людей и в конечном счете оказывается не выгодна всем вместе и каждому члену общества в отдельности. Эту мысль предельно ясно выразил Ф. Хайек, утверждающий, что "изменить принципу равенства всех перед

¹⁷ Четвернин В.А. Лекции по теории права. Вып. 1. М., 2000. С. 48.

¹⁸ Цит. по: Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 231.

законом даже ради благотворительных целей с неизбежностью означает открыть шлюзы произволу"¹⁹ и что люди согласны "принуждать к единообразному соблюдению тех правил, которые значительно увеличили шансы всех и каждого на удовлетворение своих нужд, но платить за это приходится риском незаслуженной неудачи для отдельных людей и групп"²⁰. При этом произвольный характер государственной благотворительности он связывает с отсутствием объективного критерия выравнивания материального положения людей. В российской теории права подобные идеи обосновываются в работах Л.С. Мамута²¹, В.А. Четвернина²² и ряда других авторов.

Представители второго направления хотя и оспаривают этическую оправданность и экономическую целесообразность позиции Ф. Хайека, М. Фридмана и их последователей, однако не отрицают принципиальное для них положение о том, что социальная политика государства противоречит правовому принципу формального равенства. Так, Е.А. Лукашева, высоко оценивая социальную политику с нравственной точки зрения, видит задачу социального государства в преодолении формально-юридического равенства с целью устранения резких расхождений материального положения индивидов²³. А, например, Г.А. Гаджиев, обосновывая конституционный (т.е. правовой) "принцип социального государства с рыночной экономикой", считает тем не менее, что концепция социального государства вступает в противоречие с присущим правовому государству принципом свободы экономической деятельности и с принципом формального равенства в целом²⁴. И хотя сторонники данного подхода являются приверженцами социального государства, они отказывают такому государству в соответствии правовому принципу формального равенства, а значит, лишают науку теоретического критерия для оценки социальной политики, оставляя социальную сферу на усмотрение (в данном случае точнее сказать - на милость) практике в лице политиков, законодателей, судей, чиновников и т.д.

¹⁹ Хайек Ф. Указ. соч. С. 424.

²⁰ Там же. С. 239.

²¹ Мамут Л.С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. N 7. С. 5 - 14.

²² Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 45 - 47.

²³ Лукашева Е.А. Права человека и социальное государство. В кн.: Общая теория прав человека. М., 1996. С. 117.

²⁴ Гаджиев Г.А. Выступление на X Международном форуме по конституционному правосудию "Конституционный принцип социального государства и его применение конституционными судами". Москва. 12 - 13 октября 2007 г.

Иной взгляд на правовую природу социального государства намечен в работах В.С. Нерсесянца, по мнению которого социальная политика государства может и должна осуществляться в соответствии с правовым принципом формального равенства. Правда, автор либертарной концепции правопонимания не уделил достаточного внимания этой проблеме и нигде четко не отмежевался от позиции ряда своих сторонников, отрицающих правовую природу социальных прав. Между тем из некоторых его высказываний ясно, что он не рассматривал формальное правовое равенство как чистое равенство между деянием и воздаянием, не учитывающее социобиологические характеристики людей. Прежде всего, это следует из его трактовки понятия "равная мера". Право как равная мера, писал он, означает "не только всеобщий масштаб свободы и единую для всех норму правовой регуляции, но также и соблюдение эквивалента, соразмерности и равномерности в отношениях между самими субъектами права"²⁵. Чтобы понять, какой смысл вкладывал В.С. Нерсесянц в тезис о соразмерности в отношениях между субъектами права, важно иметь в виду, что он не отрицал правовой характер социальной поддержки со стороны государства тех групп населения, которые не имеют возможности воспользоваться наравне с другими своей правоспособностью (т.е. не могут рассматриваться как соразмерные с другими в сфере реализации своей правоспособности). При этом он подчеркивал, что "те или иные требования так называемой социальной справедливости с правовой точки зрения имеют рациональный смысл и могут быть признаны и удовлетворены лишь постольку, поскольку они согласуемы с правовой всеобщностью и равенством и их, следовательно, можно выразить в виде абстрактно-всеобщих требований самой правовой справедливости в соответствующих областях социальной жизни. И то, что обычно именуется социальной справедливостью, может как соответствовать праву, так и отрицать его"²⁶.

Существо либертарной концепции В.С. Нерсесянца в этом вопросе состоит в том, что он различает в социальной политике государства правовую и нравственную составляющие. Используя в качестве критерия такого различения принцип формального равенства, он наполняет этот принцип социальным содержанием, не выходя за рамки правового начала.

Чтобы понять позицию В.С. Нерсесянца в этом вопросе, следует обратить внимание на его критику аристотелевской концепции распределяющей и уравнивающей справедливости (кстати, до сих пор доминирующей в современной философско-правовой мысли). "Восходящее к Пифагору, а затем к Платону, Аристотелю и вплоть до наших

²⁵ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 30.

²⁶ Нерсесянц В.С. Там же. С. 48.

дней представление о двух видах равенства, - отмечал он, - является ложным. Такое понимание равенства возникло в условиях неразвитого права²⁷. Правовое равенство (в каждое данное время в своем объеме и смысле) всегда одно. Деление же равенства на демократическое и аристократическое, уравнивающее и распределяющее, строгое и пропорциональное и т.п. является формой выхода за рамки правового равенства в сторону привилегий... Разные характеристики равенства (пропорциональное, распределяющее и т.п.) остаются равенством лишь в тех пределах, в которых они не выходят за рамки правовой компенсаторности. Всякий выход в процессе пропорционально-распределяющего уравнивания за границы ПРАВОВОЙ КОМПЕНСАЦИИ (выделено мной. - В.Л.) ведет к появлению привилегий, т.е. к нарушению права"²⁸.

Применительно к аристотелевской концепции распределяющей справедливости это означает, что преимущества, получаемые наиболее достойными, носят правовой характер лишь в той мере, в какой они являются компенсацией либо их личных усилий, затраченных на получение выдающегося результата (премии для победителей творческих и научных конкурсов, льготы для ветеранов или героев войны и т.п.), либо уязвимости их социально значимого статуса (депутатский иммунитет и т.п.). В остальных случаях предоставление преференций нарушает правовой принцип формального равенства, а следовательно, ведет к привилегиям одних и к дискриминации других субъектов права. Тот же механизм правовой компенсации действует и в отношении наиболее слабых членов общества, не имеющих возможности воспользоваться своей правоспособностью: общество компенсирует им их социобиологическую слабость, подтягивая их к уровню равной правоспособности (или, что то же самое, к уровню равенства возможностей в правовой сфере)²⁹. В этих случаях мерой правовой компенсации является мера,

²⁷ Эта неразвитость права проявлялась, в частности, в том, что политические характеристики личности (статус свободного гражданина в условиях рабовладельческих отношений) или ее социальные характеристики (принадлежность к аристократии) и т.п. представлялись естественными, само собой разумеющимися основаниями для получения преимуществ перед другими членами сообщества по принципу "пропорционального" равенства.

²⁸ Нерсисянц В.С. История политических и правовых учений. М., 2005. С. 79; Он же. Философия права. М., 2006. С. 509.

²⁹ Правовой смысл такой компенсации состоит в том, чтобы сгладить действие тех фактических привилегий, которые получают на жизненном старте люди, более подготовленные к социальной конкуренции в силу своих исходных социальных или биологических характеристик. Показательно, что критики социальной политики выравнивания стартовых возможностей отрицают наличие подобных привилегий. Так, например, Ф. Хайек в данной связи замечает: "С некоторых пор мы заменили слово "беднейшие" совершенно бессмысленным словом "не-

позволяющая человеку иметь не только равное с другими право, но и возможность воспользоваться этим правом соразмерно своей воле и своим собственным усилиям³⁰.

Поддержка слабых, направленная на подтягивание их к общему уровню стартовых возможностей в сфере реализации их правоспособности, может выражаться не только в предоставлении им определенных преференций, но и в законодательном ограничении более сильных субъектов. Но это должно быть не произвольное ограничение, продиктованное соображениями политической целесообразности или морально-нравственными идеями взаимопомощи, а правовое ограничение, направленное на обеспечение формального равенства субъектов правового взаимодействия путем преодоления действия принципа накапливаемого преимущества. Последний момент требует пояснения.

Так называемый принцип накапливаемого преимущества, означающий, что преимущество более сильного с какого-то момента начинает возрастать независимо от его личных усилий, в народном словаре удачно выражен пословицей "Деньги идут к деньгам". В.Д. Зорькин называет это явление "ловушкой неравенства". В данной связи он, в частности, пишет: "Если баланс власти неверен, значит, существует неравенство богатства и экономических возможностей. Ловушки неравенства образуют порочный круг, экономическое и политическое неравенство усиливают друг друга... Преодоление "ловушки неравенства" для России - это критерий ее дееспособности как социального государства"³¹.

Наиболее очевидным образом действие принципа накапливаемого преимущества проявляется в экономической сфере. И если законодатель не проводил бы политику дифференцированного налогообложения, не принимал бы мер антимонопольного характера, не осуществ-

привилегированные". Дискриминацией же он считает как раз государственную "попытку помочь беднейшим слоям населения" (Хайек Ф. Указ. соч. С. 424). Между тем с позиций правового подхода принципиально важно, что речь идет не о беднейших, а именно непривилегированных, а точнее - о дискриминированных по сравнению с другими слоях общества.

³⁰ Разумеется, не исключены ситуации, когда такая поддержка слабых приобретает характер привилегии. Это происходит в тех случаях, когда объем гарантируемых социальных благ превышает размер, необходимый для подтягивания слабых до уровня, обеспечивающего им возможность реализовать свои права наравне с другими субъектами. Подобная ситуация, которую у нас пока что трудно себе представить, уже вполне реальна на Западе, что в значительной мере порождает резкое неприятие идеи социального государства со стороны ряда западных философов и правоведов. Подробнее см.: Лапаева В.В. Социология права. М., 2000. С. 186 - 187.

³¹ Зорькин В.Д. Стандарт справедливости // РГ. 2007. 8 июня.

лял бы поддержку малого и среднего бизнеса и т.д., то рано или поздно действие этого принципа привело бы к жесткой монополизации экономики со всеми вытекающими отсюда последствиями для иных сфер социальной жизни. Подобная деятельность законодателя по обеспечению нормальной экономической конкуренции носит правовой характер лишь в той мере, в какой она препятствует получению экономически сильными субъектами таких преимуществ за счет накопленных ими ранее ресурсов (а не за счет собственных усилий, таланта, своего риска или везения как обратной стороны риска), которые способны блокировать волевые усилия других участников экономических отношений. Превышение этой меры означает, что законодательная политика в данной области утратила правовой характер и ориентируется уже не на принцип формального равенства, а на идеи нравственного порядка, на соображения политической целесообразности и т.п. Определить эту тонкую грань между правовым и неправовым решением - задача законодателя, требующая каждый раз творческого подхода.

Не столь очевидно, хотя и не менее опасно, действие принципа накапливаемого преимущества в сфере политических отношений. Выразительным примером такого подхода является область законодательного регулирования российской многопартийности и избирательного процесса. Рассматривая ситуацию под этим углом зрения, можно с достаточными основаниями утверждать, что все наиболее принципиальные новеллы Федерального закона от 11 июля 2001 г. N 95-ФЗ "О политических партиях" способствовали созданию преимуществ для партий, которые к этому времени успели закрепиться на политической сцене³². В этом же направлении действуют и нормы избирательного законодательства, которые предусматривают освобождение партий, имеющих фракции в парламенте, от необходимости собирать подписи в поддержку выдвинутых ими кандидатов или вносить избирательный залог; запрет на создание блоков (что позволило бы небольшим партиям сохраниться в политике); необходимость возврата денег за так называемое бесплатное эфирное время для партий, не набравших 2% голосов избирателей, и т.д. и т.п. На этом примере хорошо видно, что там, где закон не вводит жесткие правовые требования по уравниванию шансов, вступает в свои права принцип накапливаемого преимущества, в соответствии с которым привилегии доминирующих в данном социальном пространстве субъектов обеспечивают для них еще большие привилегии.

В современных условиях в качестве авторитетного теоретического оправдания развития политических отношений по подобному сценарию нередко используется аристотелевская концепция пропорцио-

³² См.: Лапаева В.В. Споры вокруг Закона о партиях. "Демократия" для избранных или общий правовой порядок для всех? // Независимая газета. 2001. 12 марта.

нального равенства, основанная на принципе "Лучший получает больше". Если российские политические партии не утруждают себя подобными теоретическими изысками, то на Западе политики, лучше знакомые с концепцией Аристотеля, используют ее для обоснования законодательных преференций в пользу наиболее сильных политических структур. Ведь и там тоже представленные в парламенте партии стремятся (и далеко не всегда безуспешно) установить выгодные для себя правила игры, ссылаясь на концепцию пропорционального равенства. Показательно, что даже в утвержденных Венецианской комиссией Совета Европы (Европейской комиссией за демократию через право) международных избирательных стандартах, рекомендуемых при проведении выборов, не предложено никаких барьеров на пути такого развития политической практики. Применительно к данной проблеме здесь сказано лишь следующее: "...существуют два возможных толкования равенства: "строгое" и "пропорциональное" равенство. "Строгое" равенство означает, что политические партии имеют равный статус независимо от их представленности в парламенте или поддержки электората... "Пропорциональное" равенство предполагает, что к политическим партиям подходят пропорционально количеству полученных ими голосов... Некоторые формы поддержки могут предоставляться, с одной стороны, на принципах строгого равенства, а с другой - на принципах пропорционального равенства"³³. Очевидно, что в отсутствие теоретических критериев пропорционального равенства, общепризнанных в рамках европейского правового пространства, национальный законодатель (особенно если он действует в условиях культуры, не имеющей устойчивых правовых традиций) может весьма произвольно использовать концепцию пропорционального равенства для наращивания преимуществ партий, доминирующих в парламенте.

Возвращаясь к дискуссии по вопросу о содержании принципа формального правового равенства среди сторонников либертарного правопонимания (к которым автор относит и себя), можно сказать, что здесь обозначились два разных подхода, согласно которым формальное правовое равенство предстает либо как "чистое" равенство между деянием и воздаянием, либо как равенство, откорректированное с учетом социобиологических различий субъектов таким образом, чтобы обеспечить для них равенство возможностей в использовании своих прав³⁴.

³³ Свод рекомендуемых норм при проведении выборов. Принципы и пояснительный доклад. Утв. Венецианской комиссией Совета Европы 5 - 6 июля 2002 г. // Международные избирательные стандарты. М., 2004. С. 637.

³⁴ Эти позиции в целом укладываются в рамки сложившихся в философской литературе двух принципиально разных подходов к пониманию равенства в сфере социальных отношений, согласно которым: а) социальное равенство предполагает отказ от идеи равенства возможностей и б) социальное равенство корректирует

Представителей первого подхода не интересует, как и в какой мере социобиологические различия влияют на возможность людей воспользоваться своими правами, т.е. реализовать свою правоспособность. Сторонники второго подхода считают, что равноправие предполагает равенство между людьми не только в декларированных правах, но и в возможности ими воспользоваться в меру личных волевых усилий.

Может сложиться впечатление, что выбор одного из двух подходов - это вопрос не столько науки, сколько идеологии. Однако, думается, что вполне возможно с научной точки зрения (т.е. на уровне научно-теоретической абстракции) доказать, что право как формальное равенство предполагает именно равенство возможностей, обусловленных личными усилиями и личной волей субъектов права. Попытаемся смоделировать ситуацию выработки правового правила поведения, основанного на формальном равенстве субъектов, воля которых создает это правило взаимного общения.

В своих рассуждениях мы будем отталкиваться от понимания сущности человека, так как в силу человекоцентристского характера либертарной концепции право здесь - это, по сути дела, права человека. Поскольку сущность человека в конечном итоге связывается с его разумным началом, мы будем исходить из того, что человек как разумное существо, обладающее свободной волей, понимает свой интерес и стремится реализовать его в процессе взаимодействия с другими людьми, также преследующими свои личные интересы. Разумный характер субъектов правового общения в силу известной регулятивности идеи разума предопределяет общую направленность действий людей, как если бы "они специально договорились о том же самом (в форме так называемого общественного договора)"³⁵. Поэтому для моделирования процесса выработки права можно воспользоваться логической конструкцией договора. Подобная логическая модель общественного договора о правилах взаимного поведения - это абстрактная квинтэссенция исторического процесса выработки оптимальных форм социального взаимодействия путем постепенного, осуществляемого на основе проб и ошибок, отбора приемлемых для всех и каждого (т.е. всеобщих) принципов поведения людей по отношению друг к другу.

Именно такой гносеологический прием использует известный специалист в области теории справедливости Д. Ролз для обоснования своей концепции "справедливости как честности". Чтобы понять, какие именно принципы справедливости соответствуют договорному характеру отношений между формально равными индивидами, он предлагает представить гипотетическую ситуацию, когда рациональные инди-

ет исходное фактическое неравенство до равенства возможностей. См.: Федотова В.Г. Новая философская энциклопедия. М., 2001. С. 394.

³⁵ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2006. С. 624.

виды, преследующие свои интересы, вступают в договор по выработке принципов справедливости, полностью абстрагируясь от каких-либо своих индивидуальных качеств и характеристик. Это аналогично тому, как если бы каждый человек, вступающий в договор о правилах совместного поведения с другими людьми, не знал бы "своего места в обществе, своего классового положения или социального статуса, а также того, что предназначено ему при распределении природных дарований, умственных способностей силы и т.д."³⁶, но при этом имел бы рациональные (и потому общие для всех) представления о том, что является для него благом. Принципы, выработанные путем такой договоренности "за занавесом неведения" (когда каждый соглашается на те правила взаимного поведения, которые были бы приемлемы для любого участника договоренностей потому, что сам может оказаться на месте любого другого), и будут, согласно Д. Ролзу, принципами справедливости. И хотя сам автор говорит о социальной справедливости, имея в виду не столько правовую, сколько морально-нравственную категорию, однако предлагаемые им условия выработки справедливого решения - это условия поиска именно правового решения как результата договора между абстрактными формально равными лицами³⁷. Ведь эта ситуация полностью соответствует сформулированному Г. Гегелем велению праву: "Будь лицом и уважай других в качестве лиц".

Д. Ролз утверждает, что в обозначенных им условиях были бы сформулированы два основополагающих принципа справедливости. Первый принцип гласит: "Каждый индивид должен обладать равным правом в отношении наиболее общей системы равных основных свобод, совместимой с подобными системами свобод для всех остальных людей". Согласно второму принципу "социальные и экономические неравенства должны быть организованы таким образом, что они одновременно а) ведут к наибольшей выгоде наименее преуспевших, в соответствии с принципом справедливых сбережений, и б) делают от-

³⁶ Ролз Д. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 26.

³⁷ Интересно сравнить конструкцию договора о праве, предложенную Д. Ролзом, с несколько иной моделью договора о демократии (а по сути - как раз о праве), сформулированной Бенджамином Франклином: "Демократия - это договоренность о правилах поведения между хорошо вооруженными джентльменами". (См.: Аузан А. Национальные ценности и конституционный строй // Новая газета. 2008. 14 - 16 янв. С. 8.) Очевидно, что такой договор о правилах поведения основан на предпосылке, что все джентльмены не только одинаково хорошо вооружены, но и одинаково хорошо умеют стрелять. Однако мир людей состоит не только из вооруженных джентльменов, да и не все из них могут быть лихими ковбоями. Поэтому общество в своем историческом развитии ориентируется в конечном итоге на ту модель договора о правилах поведения, которую можно выразить логической конструкцией договора "за занавесом неведения".

крытыми для всех должности и положения в условиях честного равенства возможностей"³⁸. Это именно те принципы, которые, по его мнению, могли бы быть с необходимостью сформулированы людьми, договаривающимися друг с другом на условиях абсолютной честности (т.е. "в исходном положении равенства"³⁹) о правилах взаимного поведения. На наш взгляд, такая интерпретация предложенной теоретической конструкции договора не вполне верна.

Очевидно, что первый принцип справедливости в концепции Д. Ролза - это принцип правового равенства (правда, неясно, почему равенство в правах касается у него только основных прав и обязанностей). В рамках второго принципа к требованиям правового равенства относится положение пункта "б", согласно которому для всех в одинаковой мере должны быть открыты должности и положения в условиях честного равенства возможностей. Что же касается положения пункта "а", то его неформализованность (размытость границ его применения) означает, что оно принадлежит к области морали, а не права. В содержащемся здесь тезисе о том, что "социальные и экономические неравенства должны быть организованы таким образом, что они одновременно... ведут к наибольшей выгоде наименее преуспевших", остаются непроясненными два принципиальных вопроса. Первый: каким образом (т.е. на основании какого критерия) определяется тот минимум, начиная с которого человек может получать социальные выплаты? И второй, связанный с первым, вопрос: до каких пор надо улучшать положение "менее успешных"? Д. Ролз отдает решение этих вопросов на усмотрение государства, действующего, исходя из своих экономических возможностей и нравственных установок. Следовательно, мы имеем здесь дело с типичным случаем государственной благотворительности, основанной на нормах и ценностях нравственного, а не правового характера.

Полагаем, что ошибка Д. Ролза, не сумевшего вместить концепцию справедливости в правовые рамки, состоит в допущении, что люди в ситуации "занавеса неведения" договорятся о том, что "все социальные ценности: свобода и благоприятные возможности, доходы и богатство, социальные основы самоуважения - все это должно быть равно распределено, за исключением тех случаев, когда неравное распределение любой или всех из этих ценностей дает преимущество каждому"⁴⁰. С таким допущением трудно согласиться, поскольку люди будут стремиться не к равному распределению благ, а к равенству возможностей их получения. Кроме того, вряд ли каждый из тех, кто может оказаться в положении слабого и неуспешного в силу обстоятельств, не

³⁸ Ролз Д. Указ. соч. С. 267.

³⁹ Там же. С. 26.

⁴⁰ Там же. С. 61.

зависящих от его волевых усилий, удовлетворится тем, что успехи более сильных позитивно отразятся и на его положении. Очевидно, что договаривающиеся "за занавесом неведения", рационально мыслящие индивиды захотят иметь возможность компенсировать свою слабость, чтобы на равных вступить в социальную конкуренцию и добиться более высокого положения по сравнению с другими. Следовательно, они захотят подстраховаться, оговорив правила компенсации для себя на тот случай, если окажутся слабее других в своих социальных или биологических характеристиках. Но это должна быть именно компенсация их слабости, которая позволила бы им воспользоваться своими правами наравне с другими, а вовсе не общее требование того, чтобы социальные и экономические успехи более удачливых членов общества приводили бы к улучшению положения остальных. Введение подобной компенсации переводит проблему справедливости из сферы морали с присущей ей неопределенностью границ (безграничностью) в сферу права, где есть четко обозначенная мера справедливости в распределении социальных благ, опирающаяся на принцип равенства.

Таким образом, мы видим, что предельно абстрактный характер субъектов права как сторон договора порождает такую абстракцию самого предмета договора - правового правила поведения, которая имеет определенное социальное содержание. А это значит, что формальное равенство как сущность права - это не заданное раз и навсегда "чистое" равенство между деянием и воздаянием, а гораздо более сложная, исторически изменчивая модель равенства, содержание которого уточняется по мере правового развития человечества ⁴¹. И одна из задач юридической науки состоит в том, чтобы на каждом новом историческом этапе наполнить правовой принцип формального равенства адекватным данному историческому контексту социальным содержанием.

Возвращаясь к концепции В.С. Нерсисянца, мы можем теперь сказать, чем отличается его точка зрения от позиции Д. Ролза и Ф. Хайека, которые трактуют социальное перераспределение как явление, относящееся к сфере морально-нравственных отношений (различие между ними состоит лишь в том, что Д. Ролз признает социальную пользу такой благотворительности, а Ф. Хайек считает, что она наносит вред обществу). Для В.С. Нерсисянца социальная политика государства может иметь как правовой, так и неправовой (моральный, благотворительный) характер. При этом он предлагает критерий разграничения правового и неправового в данной сфере, основанный на принципе

⁴¹ На данном этапе такой подход позволяет совместить понятия правового и социального государства, обозначив границы правовой природы современного социального государства, в рамках которых оно предстает не как субъект благотворительности, а как гарант формального правового равенства в его более глубоком понимании.

компенсации. Таким образом, с позиций либертарного правопонимания В.С. Нерсеянца равная мера как составная часть принципа формально-правового равенства - это в конечном итоге мера соответствия между личными волевыми усилиями людей (как абстрактных носителей свободной воли) и реально доступным для них набором прав на получение социальных благ.