

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Спасибо, что скачали книгу в бесплатной электронной библиотеке  
<http://filosoff.org/> Приятного чтения!

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев.  
ОТ АВТОРА.

Данное учебное пособие задумывалось в ходе работы автора на семинаре по философии права, руководимом известным специалистом по теории прав человека Р. Мартином в университете Канзаса (the University of Kansas, США).

Семинарские занятия, посвященные в основном изучению новейшей англо-американской философии права, позволили убедиться в удивительном богатстве, многообразии и глубине современной философии права. Это тем более поразительно, что большую часть XX века, до 1960-х годов, западная философия права находилась в состоянии застоя и упадка. В последние же десятилетия она бурно развивается: публикуется огромное количество работ и ее преподаванию уделяется все большее внимание на факультетах философии и права.

Во времена Советского Союза философия права из идеологических соображений не признавалась и не преподавалась в высших учебных заведениях, что, конечно же, нанесло большой ущерб развитию этой дисциплины, имевшей богатую традицию и выдающихся теоретиков в дореволюционной России. В последние годы философия права возрождается и в нашей стране. В частности, был опубликован ряд учебников по данной дисциплине[1].

Однако последствия многолетней изоляции от мирового научного сообщества все еще сказываются. Многие проблемы, концепции, даже целые научные школы и направления все еще плохо известны в нашей стране и практически не описаны и не проанализированы в отечественной литературе. С некоторыми из достижений современной философии права мы хотели познакомить российского читателя в данной работе. Значительная часть рассматриваемых нами проблем и концепций, на русском языке анализируется впервые.

При подготовке пособия были использованы работы крупнейшего правоведа XX в. Г. Харта, ведущих современных теоретиков философии права Р. Дворкина, Дж. Финниса, Л. Фуллера, Дж. Раза, а также материалы некоторых уголовных процессов, послуживших развитию правовой мысли и ряд современных учебников по философии права.

Данное пособие представляет собой аналитическую презентацию основных концепций и теорий современной западной философии права, прежде всего, ее англосаксонской традиции, наименее известной в нашей стране. Основное внимание уделяется именно аналитической презентации, то есть систематическому изложению идей и теорий, а не их критическому анализу.

Пособие подготовлено при поддержке Проекта гражданского образования (Civic Education Project), Россия.

Учебное пособие состоит из шести тем. В теме 1 и 2 анализируются понятие права, соотношение права и морали, рассматриваются основные правовые концепции – классические и современные теории естественного права, юридический позитивизм, юридический реализм, постмодернизм и критические правовые исследования. В теме 3 рассматривается проблема повиновения закону и легитимности государства. Тема 4 посвящена вопросам о том, какие сферы личной и общественной жизни должны регулироваться правом и на каких основаниях. В теме 5 анализируются философские проблемы обоснования уголовного наказания. Последняя тема посвящена постмодернистской юриспруденции. Читателю предлагается ознакомиться с результатом применения деконструктивистского подхода, подвергающего сомнению не только правомочность существования отдельных правовых понятий, но и в целом самого института юриспруденции в ее нынешнем виде.

Учебное пособие предназначено для студентов и преподавателей юридических и философских учебных заведений, специалистов-правоведов и всех, интересующихся проблемами философии и права.

## Тема I. ЧТО ТАКОЕ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА?

Предмет, метод и необходимость философии права

Что является предметом философии права? Какие области она в себя включает? Как соотносится с другими дисциплинами (в частности, с теорией права)? На эти вопросы нет единого ответа[2]. Это—обычная ситуация для любой общественной науки.

В данной работе мы будем исходить из того, что философия права есть применение метода философского анализа к сфере права, критическая рефлексия над основными понятиями и проблемами юриспруденции. Философия права рассматривает вопросы сущности и социальной природы права; соотношение права и морали; философские проблемы преступления и наказания, анализирует ключевые принципы и понятия законодательства: «справедливость», «право», «обязанность», «правовая ответственность», «равенство перед законом» и т. д. Философия права решает как аналитические задачи – логический анализ и прояснение основных юридических понятий, так и нормативные – дает критическую оценку функционирования права, например, обосновывает практику уголовных наказаний (или отрицает, или предлагает реформировать ее).

Может возникнуть вопрос: а зачем вообще нужна философия права? Для чего изучать ее в вузе будущим юристам? Может быть, ее проблематика интересна только специалистам-теоретикам и не нужна тем, кто собирается стать «практическими работниками», специалистами в области хозяйственного, международного, уголовного права? Ответ на этот вопрос примерно таков, каков ответ на вопрос: а зачем нужна философия? Философия, то есть представление о мире и человеке, о ценностях, о том, что важно в жизни, как следует жить есть у каждого человека, даже у того, кто считает, что философия не нужна. Поэтому у человека нет выбора между философией и отсутствием философии. Выбор есть только между «плохой» философией и «хорошей».

Так же и каждый юрист имеет свои, по сути, философские представления о том, что такое закон, правовая система, права и обязанности, справедливость, и т. д. Иными словами, все работники юридических профессий имеют свои представления, свои рабочие гипотезы о том, что является их задачей, как лучше всего выполнять свои функции, в чем основной смысл их деятельности, какова роль права в обществе и т. д. Только у того, кто не изучает философию права, обычно, эти представления непродуманны, недостаточно систематичны, нередко смутны и противоречивы.

Как указывал американский философ Ф. С. Нортроп, в юриспруденции, как и во всем остальном, единственная разница между человеком «без философии» и «с философией» заключается в том, что последний знает, в чем его философия заключается и поэтому яснее представляет себе основания суждения о действительности[3].

Философия права учит ясности и организованности юридического мышления. Анализируя сущность права в целом, философия права является незаменимой основой для более конкретного изучения отдельных законов и правовых систем. В своей практике юристы неизбежно сталкиваются с философскими вопросами. Часто это связано с тем, что возникают проблемы с пониманием и интерпретацией основных понятий права.

Рассмотрим конкретный пример. В 1944 году один германский солдат на короткое время (всего один день) смог побывать у себя дома. В разговоре со своей женой он высказал некоторые суждения о нацистском режиме. В частности, он неодобрительно отозвался о Гитлере и верхушке Рейха и заявил, что ему жаль, что Гитлер не был убит во время покушения (20 июля 1944 г.). Вскоре после его отъезда жена, которая за время долгого отсутствия мужа завела себе любовников и желала избавиться от законного супруга, донесла на него лидеру местного отделения национал-социалистической партии, заявив, что «человек, сказавший такое, не достоин жизни». В результате муж был судим военным трибуналом и приговорен к смерти (заметим, что нацистские законы не обязывали жену в данной ситуации доносить на мужа властям). Однако приговор не был приведен в исполнение. После короткого тюремного заключения этот солдат был снова отправлен на Восточный фронт.

После войны, в 1949 г., его жена была судима западногерманским судом за незаконное лишение своего мужа свободы. Женщина заявила, что ее муж был заключен в тюрьму согласно нацистским законам того времени и, соответственно, она не совершила никакого преступления. Апелляционный суд, куда в конце концов поступило дело, признал ее виновной, хотя муж и был лишен свободы на основании приговора суда за нарушение закона, поскольку, как заявил апелляционный суд, этот закон «противоречил здравой совести и чувству справедливости всех порядочных людей»[4].

Аналогичные ситуации нередко возникали в те годы, когда в западногерманских

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
судах рассматривались дела доносчиков и военных преступников., Обвиняемые часто утверждали, что они не виновны, так как поступали в соответствии с законами того времени. Но суды заявляли, что те законы недействительны, так как противоречат фундаментальным принципам морали или правам человека. В постановлениях некоторых судов говорилось, что законы нацистской Германии противоречат высшему закону и поэтому не являются законами.

Предположим, что решение по одному из таких дел пришлось бы выносить Вам. В этом случае Вам необходимо иметь свое суждение по поводу многих вопросов. Что такое «права человека», вообще «права»? Когда их нарушение является достаточно «грубым»? И что из этого следует? Действительно ли закон, грубо нарушающий права человека, не является законом вообще? И если да, то что из этого следует? Означает ли это, что люди свободны от обязанности подчиняться такому закону?

Это может вывести нас на еще более общие вопросы: обязаны ли люди вообще подчиняться законам? Если да, то в чем основание этой обязанности? Является ли она абсолютной или ограниченной? Если ограниченной, то каким образом?

Другая группа вопросов связана с обоснованием судебных решений. Очевидно, что судебные решения должны быть на чем-то основаны. Что является этим основанием? В обычных, рутинных случаях все ясно: есть статья кодекса, под которую попадает дело. Но что делать, если в кодексе есть пробелы или неясности? На основе чего судья должен принимать решения в этом случае? Может ли он использовать какие-то другие правовые документы? Может ли он опираться на какие-либо внеправовые соображения? Например, принимать то решение, которое более способствует общественному благу? Эти вопросы всегда, пусть зачастую в неявной форме, встают перед юристами и составляют важную часть проблематики философии права.

## Тема II. СУЩНОСТЬ ПРАВА

Что такое право?

Одной из главных проблем философии права является проблема определения самого понятия «право» или «закон». На протяжении веков ведутся дискуссии по этому вопросу. Даются самые разные, порой странные и неожиданные ответы. Учебники по философии права часто посвящают целые главы детальному обсуждению того, чем является и чем не является право.

Почему эта проблема вообще существует? Почему она так важна? Не начинаются же учебники химии с длительных рассуждений на тему о том, что такое химия? Не известны и многовековые жаркие споры о том, что такое физика, медицина и т. д. Что в понятии права такого сложного?

Отчасти проблема обусловлена существованием пограничных феноменов – таких феноменов, которые имеют много общего с правом, но и много несходных с ним черт. Например: право первобытных народов и международное право – это право или нет? Если да, то где законодательные органы, которые его устанавливают; где суды, которые применяют это право; где карательные органы, которые силой проводят эти законы в жизнь?

Однако главное даже не в этом, и дискуссии «что есть право?» разворачивались в основном в других плоскостях. Крупнейший английский правовед XX в. Герберт Харт сформулировал три вопроса, которые порождают массу проблем при анализе понятия право (но и делают этот анализ интересным) [5].

- Каково соотношение права и принуждения?

Право – это механизм социального контроле. Законы нередко регламентируют поведение человека, делают его не добровольным, обязательным. Принуждение – неотъемлемый элемент любой системы права. Законы нередко вынуждают людей делать то, чего они не ле тали бы по своему желанию. Сколько людей пойдет в российскую армию, если не будет закона о призыве?

Обязательность и недобровольность, однако, бывает разная. Если Вас окружают бандиты и потребуют отдать им деньги. Вы тоже сделаете это недобровольно. Так есть ли разница между требованиями закона и требованиями бандитов? Бандиты требуют от Вас определенного поведения и угрожают смертью, если Вы

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) откажетесь им повиноваться. Уголовный кодекс тоже требует от Вас определенного поведения и тоже угрожает разными наказаниями (в том числе и смертью), если вы не подчинитесь.

Мы, однако, чувствуем разницу между требованиями бандитов и требованиями закона, даже когда речь идет об уголовном праве. И в том, и в другом случае есть принуждение, но принуждение со стороны бандитов явно неправового характера. Более того, как только мы начинаем рассматривать другие области права, становится трудно утверждать, что право обязательно включает в себя принуждение. Как насчет заключения брака? Принуждают ли законы кого-либо вступать в брак? Как насчет составления завещания? Законы в целом не заставляют кого-то против желания вступать в брак или составлять завещание. Они наоборот, как бы говорят: «Если вы хотите сделать то-то, то делайте так-то и так-то». Тем самым законы облегчают жизнь людей, так как ясно расписывают процедуры, например заключения брака и т. д. Возможно, элемент силы, принуждения есть и в этих законах, но его присутствие далеко не очевидно.

- Каково соотношение права и морали?

И право, и мораль ограничивают свободу нашего поведения, накладывают на нас определенные обязанности, говорят о долге, ответственности и т. д. Очень часто они требуют одного и того же, например, запрещают убийство и изнасилование. Поэтому иногда трудно провести грань между правом и моралью. С другой стороны, бывает так, что закон требует от людей аморального поведения (например, некоторые законы нацистской Германии или сталинского Советского Союза). Значит, в определенных ситуациях требования права и морали могут быть различны.

- Что такое нормы права, и сводится ли право только к нормам?

Никто не отрицает существования правовых норм. Но что такое нормы права? В каком смысле они «существуют»? Чем они отличаются от других норм, например, от правил этикета, обычаев? Можно ли считать, что правовые системы состоят исключительно из правовых норм, или в них есть что-то еще? Действительно ли судьи выносят решения на основании норм права, или это безнадежное упрощение того, как они в реальности принимают решения? Как быть с тем, что судьям приходится выносить приговор и в тех случаях, когда нормы права неясны, или противоречивы?

Рассмотрим некоторые теории, которые пытались ответить на вопрос о том, что такое право.

Классические теории естественного права: их происхождение и развитие

Идеи естественного права пришли к нам из глубины веков. Они коренятся в древних представлениях о единстве социального и природного (естественного) порядка.

Мир, космос представлялся людям древности и средневековья разумно устроенным, совершенным, а общество рассматривалось как часть природы. Поскольку человек и общество есть часть природы, поэтому и для людей природа (или Бог) задает их предназначение, устанавливает законы и цели.

Например, в Китае испокон веков считалось, что император правит потому, что «имеет мандат» Неба на правление. Близким подобному мировоззрению является и средневековое христианство.

Согласно средневековым представлениям, мир создан Богом, а смысл человеческого существования – в достижении спасения. Общество, устроенное в соответствии с христианской доктриной, предполагает, что 1 рад Земной должен стремиться воплотить Град Божий, а земные правители поставлены от Бога. Каждому сословию предписано, что оно должно делать, чтобы соответствовать Божественному плану. Каждый человек, даже самый бедный крестьянин, не просто пашет и сеет, ведет рутинную, однообразную жизнь (очень многие никогда даже не покидали пределы родной деревни). Нет, соблюдая религиозные праздники, посещая церковь, творя молитвы, он принимает участие в мировой драме искупления и спасения, в его жизни есть высший смысл и цель.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Следовательно, природный и нравственный порядок взаимосвязаны. Нравственная жизнь состоит в том, чтобы жить в соответствии с природным (или Божественным) предназначением.

И наоборот, нарушение нравственных норм вызывает природные и социальные бедствия. В Римской империи верили, что причиной землетрясений является гомосексуализм. В Китае вплоть до 1911 г. считалось, что наводнения, засухи, ливневые дожди, а также другие природные и социальные катаклизмы случаются из-за недостаточного нравственного совершенства императора. Поэтому, например, во время одного из вторжений варваров в Китай мнения высших чиновников о том, что надлежит делать, разделились. Одни призывали укреплять армию, но другие предлагали укреплять дух императора, считая, что тогда проблема решится сама собой.

На основе подобных представлений возникает теория естественного права, которую начали разрабатывать в Древней Греции софисты, Платон и Аристотель. Аристотель полагал, что у всякой вещи есть четыре первопричины: материальная (то, из чего состоит вещь), формальная (форма, или структура вещи), движущая (то, что создает вещь) и целевая (то, ради чего существует вещь). Например, материальной причиной кувшина является глина, формальной – форма кувшина, которая была в голове гончара, движущей – действия гончара, целевой – то, ради чего был изготовлен кувшин, допустим, для хранения воды.

Аристотель считал, что цель (предназначение) есть и у природных объектов, и у всех живых существ. Например, дождь идет потому, что растения нуждаются во влаге. С определенными целями существуют и звезды, и галактики.

Если мы знаем цель (предназначение) объекта, мы можем четко определить, когда объект является хорошим (качественным): тогда, когда он полностью реализует свою цель. Нож существует для того, чтобы резать, следовательно, хорошим ножом является тот, который хорошо режет. Целью человеческой жизни, по Аристотелю, является реализация человеческой природы, достижение высшего блага, или эвдаймонии – процветания.

Мы можем определить то, какие действия являются правильными, а какие нет. Правильно то, что соответствует назначению в жизни, неправильно то, что противоречит этому. Чтобы понять, как правильно поступать, мы должны подумать о том, в чем наше назначение, для какой цели мы созданы. Правильна та жизнь, которая позволяет реализовать предназначение человека.

Можно пояснить эту идею с помощью следующего примера. Сексуальные отношения в природе существуют для деторождения. Потомство – естественная цель этих отношений. Соответственно, сексуальная активность, не ставящая таких целей, неестественна, противоречит природе и неправильна. Это значит, что мастурбация, гомосексуализм и использование противозачаточных средств должны быть осуждены. Именно такова и сейчас точка зрения католической церкви, придерживающейся теории естественного права. Неправильны также аборт (прерывание естественного процесса развития человеческого существа) и эвтаназия (нарушение естественного стремления к сохранению жизни), тоже осуждаемые католической церковью.

Аристотель в духе своего учения утверждал, что человеческие законы должны быть «естественными», то есть соответствовать законам природы. Законодательство, противоречащее законам природы, не имеет моральной и юридической силы. Комментируя в «Риторике» один из «противоестественных» законов (запрещение тираном Креоном хоронить убитого в битве), Аристотель писал: «Если писанный закон против нас, мы должны обращаться ко всеобщему закону, апеллируя к его большей честности и справедливости. Мы должны доказывать, что принципы справедливости вечны и неизменны и что всеобщий закон также не меняется, так как это естественный закон, а писанные законы меняются».

Идеи естественного права высказывались также в Древнем Риме Цицероном, стоиками и рядом видных юристов.

В наиболее систематической форме эта теория была представлена в трудах великого средневекового мыслителя Фомы Аквинского (1225-1274). Он утверждал, что Бог создал все в этом мире с определенной целью. Мы должны с помощью разума понять божественный замысел и поступать в соответствии с ним, если мы хотим поступать правильно. Фома Аквинский различает четыре вида законов: вечный закон, естественный закон, божественный закон и

Вечный закон выражает собой божественный разум. Это вечный план мироздания, с помощью которого Бог упорядочивает вселенную. Естественный закон – это выражение вечного закона во всем сотворенном (в том числе и человеке). В соответствии с естественным законом всё стремится к реализации заложенных в нем целей. Например, все живые существа желают блага и избегают зла, стремятся к самосохранению и наилучшей жизни в соответствии с их природными задатками. В человеке естественный закон проявляется в стремлении вести жизнь, в которой реализовалась бы человеческая разумная природа. Проявлениями этого внутренне присущего человеку стремления являются желание жить в обществе, рожать и воспитывать детей, стремиться к истине и развитию разума.

Божественный закон – это божественное откровение, данное людям в Ветхом и Новом Завете. Человеческий же закон – это законодательство, специально принятое людьми и предназначенное для общества. Фома Аквинский определяет его как повеление разума для общего блага, обнародованное тем, кто имеет попечение о сообществе. Фома подчеркивает, что человеческий закон – это производная от естественного закона.

Человеческий закон регулирует поведение людей с помощью принуждения. Но это принуждение оправдано только тогда, когда основывается на природе человека: оно всего лишь средство реализации того, что по своей сущности разумно и правильно. Истинный закон всегда имеет своей целью общее благо. Если же человеческий закон противоречит естественному или божественному закону, это означает, что он не является законом в правильном понимании этого слова, и подчиняться ему не следует.

Более поздний, более индивидуалистический вариант теории естественного права возникает в XVII-XVIII вв. Это – теория естественных прав человека. Данный вариант теории естественного права был весьма влиятелен в эпоху Просвещения и оказал большое воздействие на идеологию американской и французской революций XVIII в.

Согласно концепции естественных прав человека, люди имеют определенные права, прежде всего, право на жизнь, свободу и собственность естественным образом, то есть просто в силу того, что они люди, и никакое государство не может отнять у них эти права. Если законы страны не признают естественных прав, значит – это не законы вообще (они не имеют юридической силы).

Теории естественного права утверждают, что система социального принуждения может называться правом только тогда, когда она соответствует природе (смыслам и целям) существования человека. А это значит, что «...есть сущностная, необходимая связь между правом и моралью. Веления права и требования морали не только иногда совпадают, это не случайный факт, которого могло бы и не быть. Согласно теориям естественного права, сама идея, сама сущность закона такова, что он должен соответствовать требованиям морали. Это не означает, что право и мораль совпадают полностью. Есть много нравственных обязательств, которые не представлены в праве (например, обязанности вежливости и благодарности), многие требования закона не имеют морального содержания (к примеру, официальная инструкция о том, чтобы некоторые документы сдавались в 3-х экземплярах). Однако истина в том, что какое-либо правило может быть законом только если оно требует как минимум морально допустимого. По этому поводу существует знаменитое высказывание одного из отцов церкви, св. Августина (354-430): «Несправедливый закон – это не закон вообще» (*lex injusta non est lex*). Моральность – это необходимое условие для законности. Соответствие некоторым требованиям морали – это часть самого определения закона»[6].

#### Критика классических теорий естественного права

Идея о том, что в природе заложен какой-то смысл, какие-то цели, что у природы, общества и человека есть какое-то предназначение, соответствует телеологическому мировоззрению. Отличительная черта этого мировоззрения – вера в заранее predetermined смысл и цель человеческого существования. Современное естествознание исходит из идеи причинности и считает телеологическое мировоззрение донаучным. Мы уже не можем, как это делал Аристотель, считать, что дождь идет оттого, что растения нуждаются во влаге...

Но даже если допустить, что природа и космос подчинены определенному плану, то моральная теория, построенная на этой идее, все равно будет сталкиваться с серьезными проблемами. Допустим, я имею какое-то предназначение, заданное Богом или природой. Но каким образом из этого следует, что я нравственно обязан действовать в соответствии с этим предназначением? Действовать не в соответствии с планами Бога, не выполнять то, для чего меня создал Бог, неблагоприятно: Бог может меня наказать. Но будет ли это неморально? Если Бог повелевает, чтобы я принес в жертву своего старшего сына, разве я не могу сказать, что это повеление есть зло, и я не буду ему подчиняться[7]?

С другой стороны, многие вещи, которые мы осуждаем, являются очень естественными. Убийство, например, в природе встречается на каждом шагу. Природа требует от нас, чтобы мы плодились и размножались. Означает ли это, что всякий раз, когда человек имеет возможность заняться сексом с целью зачатия потомства, но не делает этого, он поступает аморально?

Современная социальная теория считает, что общество – это очень искусственное образование, в нем практически нет ничего естественного. Общество во многом строится как раз на преодолении природных, естественных побуждений (например, вводит запрет на агрессию, ограничивает проявления сексуальной активности).

Кроме того, когда теоретики естественного права хотят ясно выразить, чего же именно требует естественное право, они могут сформулировать это только в очень общей форме. Например, Фома Аквинский утверждал, что первый принцип естественного права гласит: «Делай добро и избегай зла». Но от таких абстрактных формулировок немного толку. Как только начинаются попытки конкретизировать, теория естественного права дает мало определенных ответов и вызывает много вопросов.

Возьмем пример с естественными или неестественными сексуальными отношениями. Официальная доктрина католической церкви, основанная на идеях естественного права, осуждает гомосексуализм и любые сексуальные отношения, не имеющие целью деторождение, как неестественные и противоречащие природе. Однако гомосексуализм встречается и у животных (возможно, в качестве одной из приспособительных поведенческих стратегий в условиях угрозы перенаселенности). В таком случае, разве гомосексуализм не естественен? Если супруги не могут иметь детей, будут ли сексуальные отношения между ними аморальны? Есть серьезные основания полагать, что моногамия для человека неестественна, напротив, биологически он предрасположен иметь несколько сексуальных партнеров. Почему же тогда церковь это осуждает? Смерть является естественным исходом для тяжело больного человека. Означает ли это, что не следует вмешиваться в естественный процесс, давая ему лекарство?[8]

Критики теории естественного права утверждают, что она основывается на неправдоподобной картине мира и субъективных мнениях разных людей. Поэтому английский правовед Джереми Бентам (1748–1832) назвал теорию естественного права «чепухой на ходулях». Действительно, и это было только что продемонстрировано, многие из положений классической теории естественного права очень уязвимы для критики. Означает ли это, что мы должны полностью отбросить данную теорию?

Заметим, что теория включает несколько базовых идей. Возможно, спорна только часть из них. Классическая теория естественного права содержит:

- (1) телеологические представления о разумном устройстве вселенной, наличии целей в природе;
- (2) идею единства природного и социального порядков, заданности моральных и правовых норм природой или Богом;
- (3) идею неразрывной связи морали и права: несправедливый закон – это не закон вообще. Мы не обязаны принимать все три эти утверждения.

Сейчас мы уже не можем всерьез придерживаться телеологического мировоззрения. Но у нас остается возможность признавать идею (3), то есть воспринимать мораль как необходимое условие для существования самого закона. Мы также можем попытаться сохранить идею (2), отказавшись для этого от традиционных мифологических и религиозных интерпретаций естественного

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) права и понимая теорию естественного права как концепцию, увязывающую мораль и право с некоторыми фундаментальными особенностями мира и человека (например, потребностями людей в самосохранении и совместном сосуществовании). Такие попытки делаются в настоящее время, они будут рассмотрены подробнее ниже.

Однако даже модифицированная таким образом теория естественного права вызывает возражения по поводу того, что она смешивает мораль и право, которые просто суть разные вещи. Например, Фома Аквинский утверждал: «Закон есть не что иное как повеление разума для общего блага, обнародованное тем, кто имеет попечение о сообществе <...> Человеческий закон имеет природу закона постольку, поскольку он причастен правильному разуму <.. .> Если же он отклоняется от разума, он называется несправедливым законом и имеет природу не закона, но насилия <...> Такие законы суть скорее акты насилия, потому что, как говорит Августин, несправедливый закон, по-видимому, не является законом вообще» [9].

Комментируя это высказывание, современный правовед Дж. Мёрфи пишет: «Похоже, здесь происходит следующее: идеальный, или совершенный, или морально благой, закон рассматривается как часть морального порядка; это правильное понимание, но из него делается ошибочная идентификация закона как такового с моралью. Совпадение с моралью, достигаемое в идеале, начинает рассматриваться не как возможная или желаемое свойство закона, но как часть самого понятия «закон». Получается, что фраза «морально приемлемый закон» избыточна, а фраза «аморальный закон» противоречива. Когда Аквинат говорит о «согласии с разумом», об «общем благе», он, по-видимому, имеет в виду не только желаемые черты закона, но и саму суть закона, само определение закона. И такая точка зрения вызывает очевидные возражения. В любом обществе есть правила, которые явно являются законами и при этом явно морально нейтральны – например, правило о том, что владелец автомобиля должен пройти техосмотр до первого числа марта. Аквинат признает, что такие правила являются законами, но непонятно, до какой степени это признание совместимо с тем определением закона, которое он дает. Такие правила, хотя и совместимы с общим благом, тем не менее не служат общему благу так явно, как, например, закон, запрещающий убийство. Однако допустим, что здесь Аквинат может защитить свою позицию. Но что бесспорно и является главным в его теории, так это то, что порочные, несправедливые законы не являются законами вообще, что все требования закона должны, по определению, требовать только морально допустимого поведения. Однако мощным возражением против этого является очевидное существование юридических правил, которые мы вынуждены признать законами, даже если считаем их морально порочными. <...> фраза «Этот закон несправедлив и аморален, и я, исходя из нравственных принципов, не буду уважать его и подчиняться ему» не выглядит противоречивой, а фраза «Этот закон справедлив, и я морально одобряю его» – избыточной, как это было бы, если бы утверждения классической теории естественного права принимались буквально» [10].

Возникает вопрос: если у теории естественного права столько «проблем», и против нее существует столько сильных возражений, почему же она имеет и сейчас много сторонников? Эта теория очень привлекательна потому, что утверждает, что законы в каком-то смысле не принимаются, а «находятся», что не все можно принять в качестве закона – есть некоторые естественные ограничения, высшие законы, при нарушении которых закон перестает быть таковым. Утверждая, что справедливость – неотъемлемое качество права, теория естественного права дает основания для критики законов с точки зрения нравственности, дает духовную опору в борьбе за отмену несправедливых законов. (Ниже будет рассмотрен ряд современных естественно-правовых теорий.)

Юридический позитивизм. Теория Дж. Остина

Юридический позитивизм возникает как реакция на классическую теорию естественного права. Его исходная идея – резко выраженное различие между правом и моралью. Основателями юридического позитивизма явились англичане Джереми Бентам и Джон Остин (1790–1859).

Джон Остин первым сформулировал основные положения теории юридического позитивизма. Остин заявил, что философия права (или юриспруденция, как он предпочитал называть ее) имеет две важные, но различные задачи. Он провел



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
границу между аналитической юриспруденцией и нормативной юриспруденцией. Аналитическая юриспруденция занимается безоценочным анализом понятий и структуры права. Нормативная юриспруденция включает в себя оценку, критику права и делает утверждения о том, каким право должно быть. Это разграничение двух разделов юриспруденции подразумевает, что вся концепция Остина основана на отрицании теории естественного права. По теории естественного права, право есть право только в том случае, если оно соответствует некоторым нормативным стандартам, если оно такое, каким ему предписано быть, а несправедливый закон – это не закон вообще.

Право, установленное (posited, given its position) человеческими властями, называется позитивным правом, поэтому и название данной группы теорий – юридический позитивизм.

Теорию Остина часто называют командной теорией права, потому что он делает понятие команды (повеления) главным в своей концепции закона. Остин утверждает, что все законы – это команды (повеления), даже тогда, когда они не выражены в повелительной форме. Почему он делает такое утверждение? На основании чего решает, что именно концепция команды отражает истинную сущность закона? Остин выявил недобровольный характер требований законодательства.

Закон – это принудительный метод социального контроля. Он требует внимания и повиновения от тех, к кому обращает свои директивы. Согласно Остину, утверждение: «Есть закон против X, но вы все равно можете делать X безнаказанно» – бессмысленно. Такой «закон» не способен контролировать социальное поведение, а значит, противоречит самой идеи закона.

Что такое команда? Остин определяет команду во-первых, как обозначение своего желания; во-вторых, как способность нанести вред или ущерб за неудовлетворение этого желания. Скомандовать людям: «делайте X», – означает просто высказать свое желание, чтобы они делали X, и дать им понять, что в нашей власти нанести им какой-то вред или ущерб, если они не сделают X. Остин называет этот возможный вред или ущерб санкцией. Человек, которому отдали команду, согласно Остину, обязан, должен, или имеет обязательство сделать то, что было приказано.

Поначалу, такая концепция команды и основанная на ней теория права может показаться несколько странной. Должен ли я хотеть или желать получить некоторый результат, чтобы отдать вам команду? Разве не может сержант приказывать солдату выполнить какое-то опасное поручение, руководствуясь представлениями о собственном долге, но втайне надеясь, что солдат не выполнит его команды и не погибнет.

Законодатели в парламенте часто голосуют за те или иные законы, подчиняясь партийной дисциплине, и нередко дают команды, совершенно не понимая смысла законов и, соответственно, не имея желания реализовать цели этих законов. Конечно, было бы странно, если бы люди всегда в общем и целом отдавали команды типа «сделайте то-то», не имея ни малейшего желания, чтобы это было сделано, но связь между желанием и командой не является такой сильной, чтобы команда включала в себя желание по определению.

Кроме того, кажется странным утверждать, что человеку не отдали команду, если у «командующего» нет реальной возможности применить карательные меры в случае неподчинения. Допустим, гражданин Сидоров не подчиняется распоряжению начальства или закону и бежит в Аргентину, где до него не могут добраться. Никакие санкции против него невозможны. Означает ли это, что на самом деле никакой команды ему отдано не было, что никакого закона он не нарушил? Если это так, то можно сказать, что чем более хитро и изворотливо кто-то избегает санкций, которыми ему угрожают, тем более он свободен от правовых обязанностей.

Чтобы избежать этих абсурдных сентенций, один из теоретиков юридического позитивизма XX в., Ханс Кельзен (1881–1973), единственным условием, позволяющим выражению желания приобрести статус команды, предложил считать провозглашение или требование этим желанием санкции. При этом не обязательно должна быть существенная вероятность, что санкция будет действительно реализована.

Но даже если так – разумно ли полагать, что концепция санкции сущностно связана с концепцией права? Должны ли все законы иметь санкции? Есть

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
основания думать, что нет. Если брать уголовное право в качестве модели права, то теория закона как санкции будет выглядеть весьма правдоподобно. Уголовное законодательство имеет целью помешать людям делать некоторые дела. Метод предотвращения здесь – санкция. К каждому поступку как бы привешивается ярлык с ценой: если ты сделаешь это, то заплатишь своей собственностью, свободой, жизнью.

Но когда мы начинаем рассматривать другие области права, то теория санкций кажется менее правдоподобной. Возьмем правила заключения контрактов. Они существуют не для того, чтобы запрещать нам совершать некоторые поступки, но для чтобы позволить нам сделать что-либо официально. Они говорят: «Если вы хотите сделать X (например, сделать ваш контракт законным в этой стране) вы должны сделать Y (например, оформить его в письменном виде)». Если мы не следуем законам о контрактах, то никакого наказания нам законы не предусматривают. Мы просто тогда не можем сделать то, чего хотим.

Остин отдавал себе отчет в том, что многие реально существующие законы плохо укладываются в его схему. Но он не готов был от нее отказаться и шел на всякие теоретические ухищрения, вроде «молчаливой команды» или попыток найти санкции даже в законах о браке. Один из его последователей, Х. Кельзен, попытался провести границу между тем, что он называет «наказывающими» и «лишающими» санкциями.

Что значит подвергнуться наказывающей санкции? Это значит, быть наказанным государством, как в случае с уголовным правом. А что значит подвергнуться «лишающей» санкции? Это значит лишиться официального утверждения ваших сделок со стороны государства (это и происходит, когда мы не следуем законам о заключении контрактов).

Подобные усложнения, однако, выглядят искусственными. Они напоминают попытку показать, что правила игры в футбол – это на самом деле система наказаний игроков судьей, или что все люди, несмотря на то, что некоторые из них явные альтруисты, все-таки «по своей сути эгоисты».

Г. Харт критиковал теорию санкций, утверждая, что она смешивает понятия «должен» (в смысле «вынужден») и «имею долг» (в смысле «мой долг сделать то-то и то-то», «у меня есть обязанность сделать то-то и то-то»). Должен ли я отдать деньги преступнику, который наставил на меня пистолет и требует «кошелек или жизнь»?

Должен, если хочу сохранить свою жизнь. Но можно ли сказать: «Мой долг – отдать этому человеку деньги»? А что получается по Остину? Если преступник желает моих денег, высказывает это желание мне и ясно дает понять, что он намеревается и имеет возможность нанести вред мне, в случае невыполнения его требований, значит, по определению Остина, он дал мне команду, чтобы я отдал ему деньги. Но, согласно Остину, получить команду – значит иметь обязанность (долг), следовательно, получается, что мой долг – отдать деньги преступнику, что выглядит абсурдным. Кроме того, выходит, что преступник, поскольку он дает команды, законодательствует.

Однако Остин видит эту опасность и поясняет свою идею следующим образом: закон не должен отождествляться с любой командой, закон – это особая разновидность команды. Мы, естественно, хотим отличать команды государства, которые являются законами, от незаконных команд преступника, поэтому мы должны найти те специфические черты, которые позволяют нам из всех команд выявлять правовые по своей природе команды. Что именно делает команду законом? Что мы должны добавить к команде, чтобы сделать ее законом?

Ответ Остина таков: правовое отличается от неправового по происхождению[11]. Тест на определения законности таков: З есть закон в некоторой правовой системе С, если можно установить происхождение З от лица или группы лиц, чьи действия определяют законность для С. Остин называет это лицо или группу лиц сувереном. Поэтому окончательная формулировка главной идеи Дж. Остина такова: право – это команда суверена. Настоящие законы (и законные распоряжения) исходят (прямо или опосредованно) от суверена. Другие команды (например, незаконная команда преступника) не имеют такого происхождения, поэтому не являются законами.

Верна ли эта теория? Для ответа на этот вопрос мы должны

разобраться с концепцией суверенитета. Что Остин имеет в виду, называя лицо

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) или группу лиц сувереном? Есть ли «явно суверенные» лица или группы лиц во всех тех системах, которые мы называем правовыми? Если обнаружится, что концепция суверенитета противоречива или не дает ничего для понимания реально существующих систем позитивного права, то ценность данной концепции будет весьма сомнительной.

Так как Остин желает избежать всякого смешения правовой и моральной проблематики, то он не определяет суверенитет через нравственные или оценочные понятия. Он, например, не говорит, что суверен – это тот, кто имеет право править, или тот, кто правит легитимно. Вместо этого он дает чисто эмпирическую характеристику суверенитета: «Сущностная специфика позитивного права (или разница между позитивным правом и правом не позитивным) может быть определена следующим образом. Каждый позитивный закон, то есть каждый закон, строго так называемый, устанавливается суверенным лицом или группой лиц для члена или членов независимого политического общества, в котором это лицо или группа лиц является сувереном, или высшей властью. Или, иначе говоря, устанавливается монархом, или группой правителей, для лица или лиц, находящихся в подчинении у автора (авторов) закона. Даже если он [закон. – С. М.] прямо происходит из другого источника (например, обычая или морали), он все равно есть позитивный закон, или закон, строго так называемый, в силу института суверена как высшей политической власти <...> Высшая власть, называемая суверенитетом, и независимое политическое общество, которое предполагается суверенитетом, отличается от другой высшей власти и от другого общества следующими чертами или особенностями:

1. Большинство членов данного общества обычно повинуются или подчиняются определенной и общей для них высшей власти, будь то некий индивид, или организация, или группа лиц.
2. Этот индивид или группа лиц не повинуются обычно определенному высшему лицу <...>
3. Если определенному высшему лицу, не повинующемуся обычно подобному высшему лицу, обычно повинуются большая часть населения данного общества, то это определенное высшее лицо есть суверен в данном обществе и общество (включая высшее лицо) есть общество политическое и независимое»[12].

Это – очень фактологическая и эмпирическая характеристика суверенитета и права. Если какому-то человеку повинуются большинство (более 50 % населения данного общества), а он не повинуются никому другому, значит, этот человек – суверен. Если он выражает желания, чтобы было сделано то-то и то-то, и делает правдоподобные угрозы причинить вред тем, кто не исполнит его желания, значит, он отдает команды и, учитывая его статус суверена, эти команды суть законы.

Можно ли принять данную теорию права? Эта теория проста и элегантна. Все сложные особенности правовых систем она объясняет с помощью нескольких простых понятий – «желание», «санкция», «угроза», «привычка» и т. д. Идея того, что правовой статус определяется происхождением есть выдающаяся находка Остина, которая используется и современными теоретиками позитивизма. Однако многое в теории Джона Остина не выдерживает критики[13].

Критика Дж. Остина Г. Хартом

Г. Харт указывает на ряд серьезных недостатков теории права как приказов, подкрепленных угрозами. Во-первых, такая модель имеет больше всего сходства с уголовным законодательством. Уголовный кодекс предьявляет к нам определенные требования, запрещает некоторое поведение под угрозой наказания. Страх перед наказаниями (в числе других факторов) заставляет нас подчиняться требованиям уголовного законодательства. Но даже уголовное законодательство не укладывается в рамки теории команд, подкрепленных угрозами. Такие команды отдаются другим. Но уголовное законодательство применяется и к тем, кто его принял, налагает обязанности и на самих законодателей.

Во-вторых, есть другие области права, где аналогия с приказами и угрозами совершенно не работает. Например, законы, регулирующие заключение браков, составление завещаний, подписание контрактов. Эти законы никого ни к чему

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) не принуждают. Они не угрожают никакими наказаниями. Они не заставляют никого жениться или писать завещания. Наоборот, они дают людям права и обеспечивают средствами для реализации их желаний, создавая для этого особые процедуры. Эти законы не говорят: «Поступай так, а не то будешь наказан», они говорят: «Если хочешь того-то, делай так-то».

В-третьих, по своему происхождению некоторые законы не были сознательно провозглашены (как это происходит в случае с приказом), но возникли на основе обычая.

И, в-четвертых, командная теория Остина либо искажает, либо не может объяснить две фундаментальные особенности правовых систем, а именно: «преемственность законодательной власти и сохранение законов в течение долгого времени после того, как законодатель и те, кто обычно ему подчинялся, отошли в мир иной» [14].

Поясняя этот тезис, Харт предлагает рассмотреть следующую ситуацию. Предположим, что в некоторой стране долгое время правит абсолютный монарх – король Рекс I. В течение своего правления он отдает множество команд, подкрепленных угрозами, и в целом люди привыкли повиноваться ему. Поскольку большинство населения повинуетя ему, а он не повинуетя никому, то, согласно теории Остина, Рекс I является сувереном, а его команды – правом. После долгого успешного правления Рекс I умирает, и на престол восходит его сын Рекс II, который начинает тоже издавать различные повеления.

Но что происходит после смерти Рекса I? По теории Остина получается, что все право умерло вместе с ним! Поскольку Рекс II только взошел на престол, еще никто не выработал привычку повиноваться ему и, следовательно, Рекс II не является сувереном, а его повеления – законами! До тех пор, пока население не выработает привычку повиноваться новому монарху, перед нами общество полного беззакония, в котором законодательствовать в принципе невозможно.

Действительно, иногда, в смутные времена, возникают ситуации когда, после смещения прежних вождей, никто не знает, у кого власть и каким законам подчиняться. Но эти ситуации нетипичны. Обычно, власть спокойно передается законным путем. Даже в абсолютных монархиях, когда глава государства умирает, никто не впадает в панику по поводу того, что никакого права, видимо, больше нет, и мы живем в состоянии полного беззакония. Никто не ждет с нетерпением, когда же какому-то человеку привыкнет повиноваться большинство населения, а значит, в обществе снова появится суверен и законы. По теории же Остина выходит, что любая передача власти от одного лидера к другому есть революция, так как нет еще никого, кому бы привычно подчинялось большинство населения, и мы должны очень опасаться любой смены власти. Таким образом, эта теория не согласуется с реальной жизнью.

Почему мы не опасаемся беззакония и хаоса при каждой смене правителя? Потому что во всех обществах, даже в абсолютных монархиях, есть правила, которые обеспечивают преемственность законодательной власти. Например, в Киевской Руси существовало правило о том, что сувереном является старший из ныне живущих мужчин-членов рода Рюриковичей. В современных демократических государствах это сложные правила, регулирующие избрание президента и членов парламента.

Когда говорят о преемственности законодательной власти, обычно, используют выражения вроде «правила престолонаследия», «право на трон», «законный преемник», «официальный пост» и т. д. Но есть ли в теории Остина место для подобных понятий? Нет, ибо в мире Остина нет правил, и, соответственно, нет прав, законных притязаний на власть. Эти понятия невозможно объяснить в терминах команд, подкрепленных угрозами.

С другой стороны, так как для Остина законы–это команды суверена, то правило, определяющее, кто есть суверен, существует до суверена и не может быть издано им. «Объясняя преемственность права и законодательной власти, невозможно избежать использования понятия правил – правил наследования, правил принятия законов, правил, определяющих, что есть официальный пост и т. д. Главным же недостатком теории Дж. Остина является то, что в ней нет места для самой идеи правил. Стремясь избежать моральных правил в своем анализе юридических феноменов, Остин зашел слишком далеко и стал избегать использования любых правил, даже юридических.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
А они необходимы для анализа ключевых понятий права (в том числе и для любимого Остиным «суверенитета»). Избегая любых, не только моральных, нормативных понятий, Остин вынужден описывать все правовые термины через такие эмпирические факты, как выражение желания, привычное повиновение, вероятность санкции и т. д. Как ни остроумна подобная попытка, мы уже видели, что она не годится в качестве целостной систематической теории права. Сосредоточивая внимание на отдельных законах как проявлениях индивидуальных команд, Остин не видит того, что обычно некоторое правило или постановление X является законом потому, что X есть часть некоторой социальной системы принятия правил – системы, в свою очередь описываемой через правила» [15].

Дж. Мёрфи и Дж. Коулмен в своем учебнике по философии права задаются вопросом: почему Джон Остин, несомненно философ большого масштаба и интеллектуальной силы, пришел к таким глубоким заблуждениям в своем анализе права. Они полагают, что Дж. Остин поддался соблазну, который часто подстерегает и лучшие умы – соблазну быть очарованным слишком простой, слишком «узкой» моделью анализируемого объекта. Если вы, думая о праве, имеете перед мысленным взором, прежде всего, уголовное право, то, вполне вероятно, вы согласитесь с тем, что право – это набор команд, сопровождаемых санкциями. Если ваша модель правовой системы – это модель абсолютной монархии, то идея того, что команды, сопровождаемые санкциями, приобретают статус законов в силу исхождения от суверена, вам может понравиться. Но как только вы не будете зацикливаться на чем-то одном и посмотрите на все разнообразие законов и правовых систем, эти идеи перестанут казаться вам верными.

Возьмем, для примера, правовую систему современной России (или Франции, Великобритании, Германии, США и т. д.). Кто в ней является сувереном в остиновском смысле слова? Мы не найдем здесь высшей командной власти, так как правовая система основана на разделении и балансе властей, предполагающих, что каждая ветвь власти имеет определенные правовые возможности контролировать и ограничивать другую. Каждая из них не может делать все, что заблагорассудится, но действует в рамках ограничений, налагаемых Конституцией. Правовые ограничения суверенной власти обычны для нашей правовой системы, но сама идея существования ограничений не улаживается в теорию Остина. Должны ли мы сделать из этого вывод, что Россия, Франция, США и все другие демократические страны на самом деле не имеют правовой системы, не имеют законов, потому что в них нет остиновского неограниченного суверенитета? Прибегать к такому невероятному заключению, чтобы спасти теорию – это уже слишком. Не лучше ли предложить другую теорию, более гибкую, более близкую к жизни, охватывающую все разнообразие законов?

Постостиновские юридические позитивисты отказываются от командной теории и теории суверенитета Остина, пытаясь разработать теории, концентрирующиеся на правовых системах (а не отдельных законах) и юридических правилах (а не актах отдельных личностей). Эти теории остаются позитивистскими, поскольку они:

- настаивают на четком разграничении права и морали (правила и нормы, которые они подчеркивают, не моральные по своей природе);
- предлагают критерий происхождения как тест на законность (данное правило есть закон, если оно возникло определенным образом, то есть, если оно было принято в соответствии с правилами принятия законов в данном обществе, к примеру, утверждено законодательным органом) [16].

Рассмотрим самую влиятельную из современных позитивистских теорий – теорию Г. Харта.

Теория Г. Харта: первичные и вторичные правила

Книга Г. Харта «Понятие права» (The Concept of Law, 1961) многими расценивается как наиболее выдающееся произведение философии права XX в. Теория юридического позитивизма в ней наложена в наиболее систематическом и убедительном форме.

Согласно Г. Харту, Остин начал с совершенно правильного утверждения, что там, где есть закон, поведение людей становится в некотором отношении

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) несвободным, обязательным. Это утверждение – хороший отправной пункт для построения теории права, и сам Харт предлагает начать с этого же, но избегая ошибок Остина. Вспомним ситуацию с вооруженным грабителем. А приказывает В отдать ему деньги и угрожает застрелить его в случае неповиновения. Согласно остиновской теории, эта ситуация иллюстрирует понятие обязанности и долга в целом. Правовые обязанности – одна из разновидностей обязанностей, А – это суверен, привычно отдающий команды.

Почему утверждение о том, что данная ситуация разъясняет смысл понятия «обязанность», может показаться правдоподобным? Дело в том, что если В подчинился, то мы можем сказать, что он был должен так поступить. Но можем ли мы сказать, что это был его долг, что в этом заключались обязательства В? – Конечно же, нет.

Когда мы говорим: «В такой-то ситуации некий человек должен был поступить так-то», мы часто имеем в виду лишь мысли и мотивы поведения этого человека. «В должен был отдать деньги» – эта фраза может просто означать, что в данной ситуации В верил в то, что если он не отдаст деньги, то его убьют, и отдал кошелек, чтобы избежать смерти. Но когда мы говорим о том, что некто «имел обязательство» сделать то-то, или что «это был его долг поступить так», мы имеем в виду совсем другое. Информация о мыслях и намерениях человека здесь не при чем. Долг любого человека – почитать своих родителей, и этот долг остается в силе, даже если человек о нем не знает или не считает должным его выполнять. Обязанность говорить правду остается в силе, даже если человек (возможно, вполне обоснованно) считает, что ложь сойдет ему с рук.

В чем же заключается разница? Почему обязанности не возникают в ситуации нападения грабителя и возникают в других случаях? Дело в том, что понятие «обязанность» подразумевает наличие социальных норм, или правил. Эти нормы провозглашают определенные образцы поведения. Когда мы говорим: «Его долг был поступить таким-то образом», мы указываем на некое общее правило, требующее определенного поведения, и подразумеваем, что данный конкретный случай регулируется этим правилом. Существует общее правило «не воруй», и человек обязан не воровать, даже если представилась отличная возможность что-то украсть. В случае с грабителем нет общего правила «грабители – это лучшие люди нашего общества, и наш долг – выполнять любые их желания».

Главная причина провала командной теории права в том, что теория, будучи основанной на таких понятиях, как «приказ», «подчинение», «привычка» и «угроза», не включает самого главного понятия – понятия «нормы», или «правила».

Что такое социальные нормы, или правила? И чем отличаются они от традиций или привычек? И то, и другое регулирует поведение людей. Используя пример Харта, попробуем обнаружить разницу между высказываниями «у них есть обычай по субботам ходить в кино» и «существует правило, что мужчины должны обнажать голову, входя в церковь»? И в том, и в другом случае речь идет о регулярном, повторяющемся, предсказуемом поведении групп людей. Ведь мы можем даже сказать: «По субботам они, как правило, ходят в кино».

Несмотря на это сходство, есть и существенная разница между просто обычным, привычным, стереотипным поведением и выполнением социальных норм. Во-первых, когда мы имеем дело с привычным поведением группы людей, это означает только то, что члены группы поступают примерно одинаково. Если кто-то ведет себя иначе чем большинство, совершенно не обязательно, что за это он будет порицаем.

Допустим, если все жители деревни выращивают на окнах герань, а один вдруг высаживает комнатный лимон, нет причины осуждать его. Сам факт сходства, или стереотипности поведения членов группы, еще не означает наличия правила, диктующего это поведение.

Если же правило существует, отклонение от него рассматривается как ошибка или вина. На несоблюдающего правило будет оказано давление со стороны группы, с тем, чтобы он вернулся к соблюдению нормы. Формы давления или критики могут быть различными в зависимости от нарушенной нормы. Например, мужчина, стоящий в церкви в шляпе, встретится с косыми взглядами и, возможно, будет вскоре изгнан из церкви.

Во-вторых, когда нарушается норма, отклоняющееся поведение не просто

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) критикуется. Мы не просто недовольны им. Мы считаем, что у нас есть законные основания для критики, что мы правы, когда критикуем и призываем «отступника» вернуться к норме.

В третьих, согласно Г. Харту, у норм есть «внутренний аспект». Привычное поведение означает лишь то, что все члены группы ведут себя сходным образом (допустим, по субботам ходят в баню). При этом один может никак не оценивать поведение других, даже не зная, что они ведут себя также, как он. Следовательно, нет оснований полагать, что кто-то будет стремиться к тому, чтобы все продолжали себя вести одинаково. Но если существует социальная норма, то, по крайней мере, некоторые члены группы будут рассматривать ее как образец поведения, которому должна следовать вся группа.

Например, при игре в шахматы игроки не просто по привычке двигают слона по диагонали, а ладью по прямой, они рассматривают это как обязательную норму для всех, кто играет в эту игру. Если начинающий игрок нарушит правило, то он подвергнется критике, от него потребуют ходить так, как надо, и нарушитель признает правомерность критики и требований.

Когда речь идет о правилах и нормах, обычно используется императив и категоричность: «ты не должен был двигать фигуру так», «ты должен поступать так-то», «это правильно», «это недопустимо», то есть говорят о долге и обязанностях.

Разницу между нормами и привычками Остин не учитывает. Для него соблюдение законов сводится к привычке, к привычному повиновению, он не видит нормативного аспекта законопослушного поведения.

Чтобы понять, что такое обязанность, недостаточно отличить социальные нормы от групповых привычек. Обязанность предполагает существование нормы, но не всякая норма налагает обязанности. Правила этикета или культурной речи это, несомненно, правила: их изучают, их стараются поддерживать, за их несоблюдение критикуют, используя характерный нормативный язык: шапку в помещении надо снимать, нехорошо говорить через каждое слово «как бы» и «типа». Но использовать в применении к этим правилам, или к правилам шахматной игры понятие «долг» в принципе неправильно.

Хотя нередко нет жесткой границы между правилами, налагающими обязанности, и рекомендуемыми нормами, общая идея их разграничения ясна: правила налагают на нас обязанности тогда, когда «общая потребность в их соблюдении значительна, и социальное давление на тех, кто им не подчиняется или собирается не подчиниться, велико» [17]. «...» социальное давление может принимать форму только общей враждебной или критической реакции «...» Оно может ограничиваться словесным порицанием или призывами к соблюдению нарушенного правила; оно может сильно зависеть от наличия чувств стыда, раскаяния или вины. В этом случае мы, вероятно, классифицируем эти правила как часть морали данной социальной группы и обязательства, ими налагаемые, как нравственные обязанности. Напротив, когда физические санкции обычны или играют важную роль среди форм социального давления, даже если они четко не определены и осуществляются не официальными лицами, а всем сообществом, мы будем склонны к тому, чтобы классифицировать эти правила как примитивную форму права» [18].

Итак, социальное принуждение к соблюдению правил – главное для правил, налагающих обязанности. Их соблюдение рассматривается как необходимое условие для жизни общества. Это относится к правилам, ограничивающим насилие, контролирующим соблюдение обещаний, выполнение служебных обязанностей и т. д.

Именно по отношению к ним чаще всего применяются слова «обязанность» и «долг». Обычно считается, что выполнение этих правил выгодно всему обществу, но может противоречить интересам соблюдающего их человека, поэтому о них часто думают как о требующих самоограничения или даже самопожертвования.

К социальным нормам можно относиться двояким образом: с позиции стороннего наблюдателя, не принимающего эти нормы, и с позиции члена группы, принимающего эти нормы и руководствующегося ими. Г. Харт называет это «внешней» и «внутренней» точкой зрения на правила.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Сторонний наблюдатель (допустим, этнограф, изучающий какое-то дикое племя, или марсианин, наблюдающий за жизнью людей), возможно, будет просто фиксировать регулярно повторяющиеся поступки людей, а также враждебную реакцию или наказания, следующие за отклонением от стандартного поведения. Со временем он сможет установить связь между «отклоняющимся» поведением и враждебной реакцией и предсказывать вероятность санкций за нестандартное поведение. Это позволит ему многое узнать о группе и даже (в случае соблюдения общепринятых норм) самому жить в ней, не подвергаясь многим опасностям.

Однако, если наблюдатель будет придерживаться «внешней» точки зрения, не пытаясь понять, как сами члены группы оценивают свое поведение, он будет описывать их жизнь не в категориях правил, обязанностей, долга, а в терминах регулярности, вероятности.

Например, наблюдая за движением транспорта на оживленной улице, он напишет: «Обнаружена высокая вероятность, что когда загорается красный свет, то движение транспорта останавливается». Таким образом, важнейшая сторона социальной жизни останется непонятой этим наблюдателем: он не поймет, что для водителей красный свет – это не просто знак того, что остальные водители остановятся, но сигнал остановиться, основание остановиться, норма поведения и обязанность.

Некоторые люди воспринимают существующие в обществе правила именно с позиции такого стороннего наблюдателя, то есть как нечто чисто внешнее, внутренне чуждое им. Здесь уместно вспомнить, что известный американский юрист Оливер Венделл Холмс (1841-1935) говорил «о восприятии закона "плохим человеком"». «Плохой человек» рассуждает примерно так: «Понапринимали законов! Ни своровать, ни ограбить спокойно уже нельзя!». Для него законы – это досадная помеха, не дающая делать все, что хочется. Однако и «хороший человек» может иметь внешнюю точку зрения на закон, например, если он живет в нацистской Германии или сталинском Советском Союзе и не согласен с их чудовищными законами.

Однако в любом нормальном стабильном обществе большинство людей, особенно тех, кто занимает официальные должности, принимают внутреннюю точку зрения на закон, то есть принимают эти законы как руководство к действию, считают их правильными, внутренне согласны с ними. Они принимают их

как основания для требований, критики или наказания. Они одобряют поведение тех людей, которые подчиняются этим правилам и осуждают тех, кто их нарушает. Для них нарушение правила – это не повод ожидать враждебной реакции (как считал Остин, по сути придерживавшийся «внешней» точки зрения на правовую систему), но основание для враждебности.

Харт разграничивает два типа правил. Правила первого типа, которые можно назвать базовыми или первичными правилами, требуют от людей совершать или не совершать те или иные действия, независимо от желания людей.

Правила второго типа обеспечивают возможность что-либо делать, вводить новые первичные правила, отменять, изменять или контролировать функционирование старых. Правила первого типа налагают обязанности; правила второго типа дают полномочия.

Основную идею теории Г. Харта можно выразить так: право – это сочетание первичных и вторичных правил. Что это значит?

Г. Харт предлагает представить, как выглядело бы общество, в котором еще нет законодательных органов, судов и официальных лиц? (Такие общества существуют, например, отсталые племена.)

Никакое общество не может существовать, когда в нем не регулируется поведение людей: если не будет правил поведения и все будут делать то, что им захочется – общество развалится. Даже в до-правовом обществе какие-то правила поведения будут. И это будут первичные правила, то есть правила поведения для членов группы, правила, устанавливающие обязанности.

Примерами таких правил в современном обществе могут быть запреты ходить по газонам, переходить улицу на красный свет и т. д.

Природа человека такова, что в любом обществе правила должны ограничивать



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
насилие, запрещать воровство и ложь. Предположим, что большинство людей  
внутренне принимает эти правила. Что будет происходить в таком обществе?

Г. Харт пишет, что «только небольшое сообщество, тесно связанное узами  
родства, общими чувствами и верованиями и помещенное в стабильную среду,  
может успешно обходиться одними <...> первичными правилами»[19]. В любом  
другом обществе, которое попытается обойтись только первичными правилами,  
сразу же возникнут серьезные проблемы. Первая такая проблема – проблема  
неопределенности правил. Я могу быть не уверен в том, какие именно правила  
существуют (является ли обычай снимать головной убор в церкви просто  
требованием этикета, или действительно существует правило, обязывающее меня  
так поступать?).

В обществе могут быть разногласия по поводу того, каким правилам следует  
подчиняться. Кроме того, я могу знать правила, но не знать, что делать,  
когда эти правила противоречат друг другу. Например, Антигона в пьесе  
Софокла признает два первичных правила: «хорони умерших родственников» и  
«повинуйся царю». Но что ей делать, когда царь Креон запрещает ей  
похоронить погибшего в битве брата (он считает его предателем)?[20]

Поскольку первичные правила – это набор отдельных правил поведения для  
людей, в них (по определению) нет «правил о правилах», которые позволяли бы  
отличать «наши» правила от «не наших» и выходить из положения в случае  
конфликта правил.

Другая проблема, которая обязательно возникнет, – это проблема статичности  
(негибкости) первичных правил. Ситуация может со временем сильно  
измениться, и старые правила могут оказаться совершенно непригодными в  
новых условиях. Тогда требуется ввести новые правила (допустим, снизить  
налоги) или отменить устаревшие (например, запрет на обучение женщин в  
высших учебных заведениях). Но в рамках «режима первичных правил» у нас нет  
способа делать подобные изменения – все, что у нас есть, это набор  
различных «делай то-то» и «не делай того-то».

В-третьих, возникает проблема неэффективности правил. Допустим, два  
человека признают одни и те же правила для заключения договора, но один  
считает, что они были соблюдены, а другой – что нет. Как решить, был ли  
заключен договор, и должен ли он соблюдаться? Или, допустим, кто-то  
набрасывается на вас с кулаками, явно нарушая правило о неприменении  
физической силы против невинных граждан. Много ли вам пользы от этого  
правила, если нет никого, кто мог бы заставить его соблюдать (властей,  
полиции и т. д.).

Как видим, в обществе с одними первичными правилами, с их неясностью,  
негибкостью и неэффективностью хорошего мало. Что же делать? Как улучшить  
ситуацию в таком обществе? Г. Харт предлагает ввести новый тип правил,  
вторичные правила.

Это – правила о правилах, «<...> в то время как первичные правила касаются  
действий, которые индивиды должны или не должны предпринимать, вторичные  
правила касаются самих первичных правил. Они устанавливают способы,  
которыми первичные правила могут <...> признаваться, вводиться, отменяться,  
изменяться и которыми может достоверно устанавливаться факт их нарушения».

Согласно Г. Харту, «правила признания», «правила изменения» и «правила  
принятия решений» (adjudication) есть три взаимосвязанных типа вторичных  
правил. Каждый из этих типов позволяет решать проблемы до-правового  
общества.

«Правило признания» позволяет определять (признавать), что действительно  
является правилом в данном обществе (и тем самым бороться с проблемой  
неопределенности). Оно устанавливает некоторое качество, или особенность,  
наличие которой у рассматриваемого первичного правила и является  
подтверждением того, что это действительно наше первичное правило[21]. В  
простых обществах может быть всего лишь одно вторичное правило, например:  
«все, что написано на этих медных табличках, является нашими законами, и  
ничего кроме этого», или «все, что велит король, является законом».

В более развитых обществах дело обстоит несколько сложнее. Г. Харт пишет:  
«В развитой правовой системе правила признания, конечно, более сложны;  
вместо того, чтобы определять правила по их наличию в каком-либо тексте или

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) список, они определяют их по некоторым общим характеристикам, которыми обладают первичные правила. Это может быть то, что они установлены соответствующими учреждениями, или то, что они давно существуют как обычай, или по их отношению к судебным решениям. Более того, там, где критериями является более чем одна общая характеристика, и возможен их конфликт, может быть предусмотрена иерархия критериев, как, например, традиционное подчинение обычного или прецедентного права статутам [то есть принятым законодательными органами юридическим документам. – С. М.] как "более высокому" источнику права»[22].

Итак, «правило признания» решает проблему правовой неопределенности.

«Правила изменения» наделяют отдельных лиц или группы людей (например, законодательные собрания) полномочиями для введения и отмены правил. Тем самым они преодолевают статичность системы первичных правил.

«Правила принятия решений» наделяют некоторых индивидов (например, судей) полномочиями решать, было ли нарушено то или иное первичное правило, устанавливают процедуру принятия таких решений, а также обычно наделяют правом назначать наказания за нарушение правил. Тем самым они ликвидируют проблему правовой неэффективности, возникающую в случае конфликта первичных правил.

Итак, вторичные правила устанавливают не обязанности людей, а полномочия и властные механизмы для подтверждения действительности правил, создания новых правил и разрешения конфликтов по поводу правил. Как видим, эти правила чрезвычайно важны для правовых систем. По сути, именно они делают их системами. Говоря упрощенно, юридические правила являются частью единой правовой системы, если они имеют одно и то же происхождение, то есть, если можно проследить их происхождение от одного и того же «правила признания» (или группы «правил признания»). Они также позволяют нам ответить на вопрос: что означает, что юридические правила существуют?

Правило П существует в правовой системе С, если мы можем проследить его происхождение от правил (правила) признания, определяющих, что является законным в С.

Например, правило, ограничивающее скорость транспорта в пределах города, если оно принято в соответствии с должными законодательными процедурами, будет существовать на законном основании, даже если никто никогда это правило не соблюдает. Теперь мы можем отличить (чего не получилось у Остина) нормативное существование юридического правила от фактического существования тех или иных действий, а также их предсказуемости.

Но как быть с самим «правилом признания»? Что означает сказать, что оно существует? Мы не можем установить, существует оно или нет, проследив (как мы это делаем с другими правилами) его происхождение от «правила признания», то есть от самого себя. Мы не можем говорить о его законности, так как оно само является критерием законности. Поэтому о существовании «правила признания» мы говорим в несколько ином (дескриптивном) смысле.

«Правило признания» – это то правило, на основании которого действительно устанавливается законность тех или иных положений, решаются сложные проблемы и конфликты в законодательстве. Конституция является таким «правилом признания» (или его частью) потому, что она действительно фактически выполняет такую роль.

Если, допустим, завтра все граждане России, суды, правительство и другие государственные органы станут полностью игнорировать Конституцию (например, произойдет революция), то невозможно уже будет сказать, что Конституция является «правилом признания» в России. Харт пишет об этом так: «Утверждение о том, что существует (первичное) правило <...> – это внутреннее утверждение, подразумевающее принимаемое, но не упомянутое правило признания, и означающее (примерно) законность в соответствии с критерием законности данной правовой системы. В этом смысле, однако <...> правило признания отличается от других правил правовой системы. Утверждение о том, что оно существует, может быть только фактическим утверждением. Ибо если какое-либо другое правило системы может быть законным и в этом смысле существовать, даже если его все игнорируют, правило признания существует только как сложная, но обычно согласованная деятельность судов, официальных и частных лиц по установлению того, что есть закон на основании некоторых

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) критериев. Его существование – это факт»[23]. Согласно Харту, сочетание первичных и вторичных правил – это «сердце любой правовой системы»[24].

Теперь мы имеем представление о том, что такое хартовская теория права как система первичных и вторичных правил. Как видим, это – весьма глубокая и убедительная теория, и многие увидели в ней окончательный ответ на вопрос о том, что такое право.

Однако некоторые критики остались несогласны и с теорией Харта. Они считают, что даже самый лучший вариант юридического позитивизма все равно искажает сущность права. Несколько альтернативных теорий будут рассмотрены ниже.

### Юридический реализм

В конце XIX в. в Соединенных Штатах Америки возникло новое направление философии права, называемое юридическим реализмом. Это направление, наиболее видными представителями которого были Оливер Венделл Холмс, Джером Франк (1889-1957) и Карл Ллевеллин (1893-1962), встало в оппозицию как к теории естественного права, так и к юридическому позитивизму и предложило новый взгляд на то, что такое право.

Юридический реализм во многом базировался на философии прагматизма. Это философское направление также зародилось в Америке в конце XIX в. Для него характерно недоверие к чисто теоретической деятельности, оторванной от практики, стремление обратить философию к реальной жизни, сделать ее средством для решения социальных проблем.

В духе прагматистского подхода американские реалисты полагали, что юридическая теория конца XIX в. оторвалась от жизни. Они считали, что для того, чтобы понять сущность права, нужно обратиться не к абстрактным теориям, а к реальным судебным процессам. Один из реалистов, Джон Грэй (1798-1850), даже утверждал, что все законодательные акты – это всего лишь источники права, само же право – это решения судей. О. В. Холмс заявил, что право – это «предсказания о том, что в реальности будут делать судьи, и не более того».

Реалисты утверждали, что то, как судьи на самом деле решают судебные дела, во многом не соответствует тому, как это описывается в учебниках. Официальная теория учит, что есть целостная система законов, которые применяются строго и беспристрастно объективными и логически мыслящими судьями к конкретным делам. Соответственно, решения выносятся осознанно и осмысленно.

«Нет ничего более неправильного», – заявили реалисты. Законодательство, по их мнению, всегда неполно и содержит момент неопределенности. Полнота и определенность недостижимы и нежелательны – жизнь меняется, возникают новые ситуации, не укладывающиеся в существующее законодательство. В условиях неточности и неопределенности, а иногда и противоречивости законодательства, судьи нередко приходят к решениям интуитивно и лишь задним числом придают им вид результатов рационального мыслительного процесса.

Как мы уже видели, согласно Г. Харту, право есть система правил. Реалисты, однако, полагали, что судебные дела не могут рассматриваться как процесс применения правил. Если бы это было так, то непонятно, почему вообще столько дел разбирается в судах? Почему люди просто не применяют правила, как они это делают при игре в шахматы? И почему исход судебного процесса часто далеко не ясен, не предопределен? Разве так бывает, когда применяются правила? Если бы право было списком правил, тогда судебные дела мог бы решать и компьютер. В реальной жизни на решение суда влияет много факторов, в том числе – психология судей, их система ценностей, неосознаваемые предпочтения и предрассудки. Поэтому решения судей, по сути, непредсказуемы. Как говорил О. В. Холмс, жизнь права не подчиняется логике.

Юридический реализм может показаться циничным, оправдывающим судебный произвол учением. Кроме того, возникают большие сомнения относительно ее правильности. Дж. Мёрфи пишет: «Рассмотрим утверждение О. В. Холмса: "право – это предсказание того, что решат суды". Возникают некоторые очевидные вопросы: (1) а что такое "суд"? Не является ли это вопросом теории права,

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) при ответе на который мы не сможем обойтись без понятия "правил" (Г. Харт назвал бы их правилами признания)? (2) Что, согласно реализму, делает судья, интерпретируя закон в применении к конкретному случаю? В соответствии с данной теорией, он <.. .> предсказывает то, что он сам решит. Что бы это могло значить? (3) В теории юридического реализма мы не можем провести разграничения между тем, что является юридически правомерным при принятии судебного решения (например, прецеденты в прецедентном праве) и неправомерным (например, взятки); поскольку для этой теории все факторы, влияющие на решение судьи, находятся как бы на одном уровне. Короче говоря, эта теория не учитывает того, что некоторые факторы (например, прецеденты) существуют не только для того, чтобы объяснить решение судьи, но и чтобы рационально обосновать его для всех с точки зрения правовых стандартов данного общества. Да, в трудных случаях нет единственного решения, логически вытекающего из правил. Но из этого не следует, что можно решать все, что угодно. (4) Если в трудных случаях правила не определяют однозначно, какое решение должно быть принято, важно видеть, что в подавляющем большинстве случаев возникающие юридические вопросы просто не доходят до суда, потому что имеются ясные правила, и ответ на них и так очевиден. <...> Поскольку юристы и судьи уделяют много внимания сложным судебным делам, они, возможно, склонны переоценивать «непредопределенность» вынесения судебных решений и не видеть, что большинство дел достаточно ясно» [25].

Юридические реалисты, однако, не были циниками и (возможно, за исключением ряда крайних представителей движения) не считали, что судебные решения принимаются произвольно. По их мнению, юридические нормы существуют и влияют на принятие решений, но они (нормы) – всего лишь один из факторов, влияющих на поведение судей. Они стремились смотреть правде в глаза и называть вещи своими именами. Если суровая реальность такова, что внеправовые факторы неизбежно влияют на решения суда, мы должны учитывать это. Необходимо открыто провозгласить, что при вынесении судебных решений некоторые внеправовые факторы обязательно должны приниматься во внимание.

Например, судьи должны учитывать возможные последствия их решений и принимать то, которое более всего способствует общественному благу. Так, член Верховного суда США Луис Брандейс считал, что во многих сложных случаях судьи должны выходить за рамки существующего законодательства, но решать дела не на основе прихоти, а из соображений социальной политики. Он утверждал, что судьи должны учитывать социальные последствия своих решений и там, где недостаточно ясные правила оставляют им свободу выбора, принимать мудрые решения, наилучшие для блага общества. Брандейс часто предлагал вниманию судей длинные аналитические доклады, содержащие социологические данные о том, как повлияют на общество те или иные решения.

По мнению Дж. Мёрфи, если мы посмотрим на то, как в реальной жизни выносятся решения в судах, придется признать, что в трудных случаях судьи не ограничиваются простым применением правил. Это не означает, что сложные дела они могут решать как им заблагорассудится. Это значит, что у судьи есть определенная свобода выбора в случаях, когда либо вообще нет правил (вакуум в законодательстве), либо правила слишком неясные, либо противоречат друг другу. Однако такая «свобода» явно не совместима с четким, определенным характером правил, которые однозначно говорят «да» или «нет». Поэтому в том, что говорят правовые реалисты много важного и интересного.

Если юридический позитивизм является правильной теорией права, то он должен распространяться на все области права, включая сложные случаи. Однако сложные случаи могут быть неопределенны или недостаточно определены существующими правилами, и поэтому являются контрпримером для теории права как системы правил. Это наиболее серьезное возражение против юридического позитивизма, и современные дискуссии о нем в основном концентрируются вокруг вопроса: может ли юридический позитивизм предложить теорию судебных решений, особенно в сложных случаях? Это не ускользнуло от Харта, который признал ее самой сложной проблемой для своей теории [26]. Мы еще будем рассматривать эту проблему подробнее.

#### Возрождение естественного права

Теории, выдвигаемые в современной философии права, настолько сложны и многомерны, что часто не укладываются в какие-то жесткие рамки, и относить

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
их однозначно к юридическому позитивизму, естественному праву или юридическому реализму было бы упрощением. Авторы этих теорий стараются прежде всего найти истину, а не вписаться в одно из существующих направлений, каждое из которых имеет свои сильные стороны.

Тем не менее можно сказать, что в последние десятилетия происходит возрождение естественного права. Начало этому процессу было положено в послевоенной Германии, когда перед судами встал вопрос о наказании тех, кто совершал преступления при нацистском режиме. Очень часто нацистские преступники действовали в полном соответствии с чудовищными законами фашистской Германии. Суды должны были решить, можно ли наказывать людей, которые действовали в рамках некогда существовавшего законодательства, и если да, то на каких основаниях? Можно ли утверждать, что нацистские законы нарушали естественное право и, соответственно, не имели юридической силы? Обсуждение подобных вопросов заставило обратить внимание на многие проблемы законности и справедливости и вновь привлекло внимание к естественно-правовой аргументации.

В отличие от создателей классических теорий естественного права современные сторонники данного направления не пытаются построить грандиозные философские и теологические доктрины и вывести из них то, каким должно быть право. Однако они разделяют традиционное для теории естественного права представление о том, что право и мораль неразрывно связаны. Эта связь, возможно, не настолько сильная, как считали теоретики классических систем естественного права, но существуют логические и концептуальные связи между правом и моралью, и мы не можем понять, что такое право, не обращаясь к понятиям нравственности.

Даже сам Г. Харт, крупнейший из позитивистов современности, сделал некоторые уступки теории естественного права. Он выдвинул идею минимального содержания естественного права (minimal content of natural law) в любой правовой системе [27]. Нужно иметь в виду, утверждает Харт, что право и мораль – это важнейшие социальные институты, которые регулируют поведение людей по отношению к основным человеческим ценностям. Уже вследствие этого право и мораль с необходимостью будут пересекаться, то есть они будут, хотя бы отчасти, заниматься одними и теми же темами и решать одни и те же проблемы. Поскольку эти темы и проблемы являются, в некотором смысле, естественными условиями человеческого существования, пересечение между правом и моралью можно рассматривать как уступку теории естественного права.

Рассмотрим некоторые из фундаментальных и естественных особенностей мира и человека.

Во-первых, люди хотят жить в безопасности, но в то же время они весьма уязвимы; нападения со стороны других людей может легко причинить им вред. (В отличие от ракообразных они не имеют прочных панцирей, которые защищали бы их от побоев и т. д.).

Во-вторых, люди примерно равны по своим силам, способностям и интеллекту (при этом объем познаний у них достаточно ограничен), поэтому всем им выгодно взаимопомощь и сотрудничество. Это утверждение не означает, что нет сильных и слабых, умных и дураков. Речь идет о примерном равенстве, то есть о том, что нет людей, которые совершенно не нуждались бы в сотрудничестве с другими людьми. Если бы некоторые были сильными как Кинг-Конг, и при этом с интеллектом, как у тысячи Эйнштейнов, этим некоторым было бы совершенно не нужно сотрудничество с остальным человечеством.

В-третьих, для людей характерен ограниченный альтруизм, и часто они руководствуются только своей личной выгодой. Это не означает: все люди – эгоисты. Люди именно ограниченные альтруисты, они любят делать добро и заботиться о ближних, но, обычно, когда это не отнимает слишком много сил и энергии. Когда мы думаем о том, как нам жить в обществе, мы не можем рассчитывать на то, что все люди будут, как мать Тереза, постоянно жертвовать собой ради других, и требовать этого от них нельзя. Поэтому мы не можем рассчитывать на то, что люди будут сотрудничать и идти на уступки друг другу добровольно.

В-четвертых, мы живем в мире умеренно ограниченных ресурсов, то есть мы не можем обеспечить изобилие для каждого без сотрудничества между людьми. Наш мир мог бы быть иным. Он мог бы быть миром тотальной нехватки ресурсов,

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) когда никакое сотрудничество и взаимопомощь не могли бы прокормить всех и шла бы война за скудное продовольствие. Он мог бы быть миром изобилия – когда мы все жили бы по нескольку человек на плодородных островах южных морей и природа обеспечивала бы нас всем с огромным избытком без всяких наших усилий. В первом случае сотрудничество между людьми было бы невозможно, во втором – в нем не было бы необходимости.

В-пятых, у людей ограничена способность к самоконтролю.

Если бы наш мир и мы сами были бы другими тогда мораль и право тоже были бы совсем другими. Если бы у нас всех были прочные панцири, как у омаров или у черепах, логично предположить, что наказание за нанесение побоев было бы менее строгим, чем сейчас. Если бы мы совершенно не хотели жить и стремились к смерти – каралось ли бы законом убийство? Если бы мы жили в мире изобилия – была ли бы у нас актуальна идея бережливости? Тогда мы не нуждались бы в принятии каких-либо законов о справедливом распределении. Если бы все люди были бы неограниченными альтруистами, мечтающими только о том, как пожертвовать всем для ближнего, нам не нужно было бы почти никаких законов, все проблемы решались бы на основе любви между людьми.

Право и мораль были бы совсем другими, потому что право и мораль – это всего лишь институты, решающие проблемы, которые предопределены фундаментальными особенностями жизни людей. В языке права и морали многое определяется фундаментальными чертами.

Харт так пишет о том простом и очевидном факте, что огромное большинство людей хочет жить и быть в безопасности: «Дело не просто в том, что подавляющее большинство людей хочет жить, пусть даже ценой ужасной нищеты, но в том, что это отражено в структурах нашей мысли и языка <...> Мы не можем убрать это общее желание жить и оставить при этом в целостности такие понятия, как опасность и безопасность, вред и выгода, необходимость и функция, болезнь и лекарство: ибо все эти понятия – это способы одновременно описывать и оценивать вещи в плане того, насколько они способствуют выживанию, которое нами принимается как цель... Мы привержены (этим ценностям) как чему-то, что лежит в основе понятий, употребляемых в (моральных и юридических) спорах – ибо нас беспокоят проблемы продолжения существования, а не проблемы организации клуба самоубийц» [28].

Итак, согласно Харту, есть, по крайней мере, одно обязательное пересечение между правом и моралью: они занимаются (хотя бы отчасти) одними и теми же проблемами. Конечно, для решения этих проблем различные правовые системы могут использовать очень разные методы и принципы. Например, для решения проблемы обеспечения едой в мире ограниченных ресурсов может использоваться и наемный труд, и рабский труд.

Поскольку некоторые из юридических решений базовых проблем человеческого существования могут быть явно антигуманны, получается, что правовая система может иметь «минимальное содержание» естественного права и при этом оставаться совершенно аморальной.

Джон Финнис: фундаментальные ценности и естественное право

Джон Финнис, автор опубликованной в 1980 год книги «Естественное право и естественные права» [29], наряду с Лоном Фуллером и Рональдом Дворкиным, является одним из наиболее известных теоретиков современного естественного права. В упомянутой выше работе Финнис утверждает, что существует семь фундаментальных объективных ценностей, семь базовых благ, необходимых для хорошей жизни каждого человека, независимо от его взглядов и принадлежности к той или иной культуре. Это: жизнь, знание, игра, эстетические переживания, общение (или дружба), практический разум и религия – понимаемая Фуллером, как «вопросы о происхождении космического порядка и человеческой свободы и разума» [30], (в данном, широком, понимании религия не отвергается и атеистами) [31]. Все это – фундаментальные ценности, то есть они ценны сами по себе, а не только как средства достижения каких-либо других целей. Разумеется, существует много других ценностей и целей в жизни, но, как полагает Финнис, все они являются «способами или комбинациями способов»\*\*\* реализации основных семи ценностей.

Согласно Финнису, мы можем стремиться к реализации фундаментальных ценностей только в обществе (например, отношения дружбы требуют более чем одного человека). Отсюда (для решения проблем общественной координации,

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) возникающих в связи с общим стремлением к базовым благам) возникает необходимость в праве как совокупности подкрепленных силой власти правил. Финнис определяет естественное право как «набор принципов практического разума для упорядочивания человеческой жизни и человеческого сообщества»[32]. Конкретные законы должны выводиться из «естественного права» или, что равнозначно, из «законов разума».

Практический разум требует, чтобы фундаментальные ценности уважали в каждом действии[33]. Так, например, закон, запрещающий убийство, основан на требовании практического разума уважать фундаментальную ценность человеческой жизни. Для того, чтобы материальные блага эффективно использовались для хорошей жизни людей, должна быть введена система частной собственности и т. д.

Более детальное определение права у Финниса звучит так: «<...> понятие права относится к правилам, принятым в соответствии с регулируемыми [их принятие. – С. М.] правовыми нормами определенной и эффективной властью (также определяемой и, обычно, формируемой как институт в соответствии с правовыми нормами) для «отдельного» общества, и поддерживаемым санкциями в соответствии с основанными на нормах постановлениями судебных органов. Эта совокупность правил и институтов направлена на разумное разрешение координационных проблем общества <...> во имя общего блага данного сообщества»[34].

Это определение права, как подчеркивает Финнис, построено на основе требований практического разума с учетом основных ценностей и эмпирических особенностей людей и их сообществ.

Финнис различает фокальное, или центральное значение понятия права (право как подкрепленное властью упорядочивание сообщества, направленное на реализацию общего блага (сравни с определением Фомы Аквинского), и его периферийное значение. В фокальном значении суть права раскрывает приведенное выше определение.

Но что если один или несколько из этих составляющих отсутствуют? По мнению Финниса, перед нами тогда все равно право, но только в периферийном, пограничном значении этого понятия:

«Если кто-либо хочет подчеркнуть эмпирическую/историческую значимость или практическую/рациональную желательность санкций, он может сказать, что набор законов без санкций – это не право в подлинном смысле. Если кто-либо хочет подчеркнуть эмпирическую/историческую значимость или практическую/рациональную желательность определенных законодательных и/или судебных учреждений, он может сказать, что в сообществе без таких учреждений настоящая правовая система отсутствует <...> Если кто-то хочет подчеркнуть эмпирическую/историческую значимость или практическую/рациональную желательность правил, устанавливающих или регулирующих <...> изменения в правилах или их принятие, он может сказать, что <...> это не правовая система. Подобные вещи часто говорились, и могут с некоторыми основаниями говорить, при условии, что говорящий хочет привлечь внимание к центральному значению права, а не поместить остальные не-центральные случаи по другому ведомству»[35].

Право, как говорит Финнис, – это «совокупность человеческих действий, предрасположенностей, взаимосвязей и концепций, которые (1) существуют как совокупность в силу их адаптации к суммарным человеческим потребностям, рассматриваемым в свете эмпирических особенностей природы человека, и (2) они обладают иными формами и иной степенью приспособленности или, наоборот, отклонений, намеренных или неосознанных, от этих потребностей, чем то кажется полностью разумному человеку»[36]. Юристам трудно примириться с идеей того, что те или иные установления могут быть более или менее законными, что законность может быть в большей или меньшей степени. Но тем не менее по Фуллеру, это так.

Такой подход позволяет Финнису утверждать следующее: критики неправомерно приписывают теории естественного права представление о том, что несправедливые законы вообще не являются законами. Финнис даже утверждает, что несправедливые законы – это второстепенная проблема для теорий естественного права, а главным для них является «исследовать требования практической разумности по отношению к благу человеческих существ, которые, живя друг с другом в сообществе, сталкиваются с проблемами справедливости и

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) прав, власти, закона и обязанностей»[37]. (С такой категоричной формулировкой, впрочем, кроме него мало кто согласен.)

Несправедливые законы не являются законами в фокальном значении этого понятия: они не содержат одного из элементов «полноценных» законов – направленности на общее благо. Но они являются пограничными случаями законов (входят в полутьнь, как сказал бы Харт). Несправедливые законы (принятые с соблюдением формальных процедур) это все-таки законы, они имеют юридическую силу. Но они не полностью проявляют природу закона и не налагают полноценных правовых обязанностей на граждан. Предельное основание власти правителя, по Финнису, в том, что он (правитель) «имеет возможность и, поэтому, обязанность способствовать общему благу, решая координационные проблемы сообщества. <...> поскольку власть основывается исключительно на потребностях обеспечения общего блага, использование власти правителем глубоко неполноценно, если он использует свои возможности, принимая решения, направленные не на общее благо, но на свое, или своих друзей, или благо партии или фракции, или злоумышляет против какого-либо человека или группы»[38]. Такие решения, хотя они могут быть формально законными, подрывают нравственные основы власти правителя и не обеспечивают моральных оснований для подчинения им. Финнис пишет: «Традиция естественного права не избирала лозунги, приписываемые ей современными критиками, например, «то, что явно аморально не может быть законом», или «некоторые правила не могут быть законами из-за их моральной несправедливости», <...> или что «ничто чудовищное не может нигде иметь статус закона», <...> или что «не может быть несправедливого закона». Напротив, даже в самых прямолинейных формулировках традиция утверждала, что несправедливые ЗАКОНЫ – это не законы. <...> Традиция явно приписывает ужасающе несправедливым правилам юридическую силу в том смысле, что эти правила приняты в судах как руководства для принятия решений или на основе того, что они соответствуют конституционным или иным юридическим нормам, или в обоих этих смыслах. Традиция заходит так далеко, что утверждает, будто может существовать обязанность повиноваться некоторым несправедливым законам, чтобы поддержать уважение к правовой системе в целом <...> *Lex injusta pop est* означает: (1) что некоторое нормативное утверждение имеет для данного сообщества статус закона, (2) что этот закон несправедлив (критическое суждение практического разума, правильное или неправильное) и (3) что подчинение этому закону не обосновано или не требуется <...> принципом практического разума о том, что законы накладывают нравственные обязательства»[39].

Дж. Финнис предлагает вполне убедительный вариант теории естественного права, одновременно, как это видно из определения права, которое он дает, пытается учесть и подходы современного юридического позитивизма. Финниса, однако, критиковали за недостаточную обоснованность его списка фундаментальных благ, недостаточно ясную связь между этими благами и правом, а также за вечную проблему всех теорий естественного права – недостаточную определенность предписаний. Понятно, что фундаментальная ценность жизни диктует закон, запрещающий убийство. Но должны ли быть запрещены аборт? Или убийство тирана?

#### Л. Фуллер: внутренняя мораль права

Одним из современных сторонников теории естественного права является Лон Фуллер (1902–1978), важнейшей работой которого является «Моральность права» (1964) [40]. Фуллер предпринял попытку показать, что к идее естественного права (то есть необходимой связи между правом и моралью) ведут два важных вывода Г. Харта: теория права должна, прежде всего, рассматривать правовые системы, а не отдельные законы; правовые системы могут рассматриваться как системы правил.

Фуллер пишет, что критики теории естественного права справедливо указывают на то, что отдельные правила, даже если они глубоко аморальны, все равно могут являться законами. Но могут ли они оставаться законами, будучи частью правовой системы, которая вся целиком глубоко аморальна? Фуллер отвечает, что нет. Аморальная правовая система перестанет быть правовой системой, потому что она перестанет быть системой правил.

Что означает контролировать поведение людей с помощью правил? Это означает заранее оповещать людей о том, что за некоторые поступки придется расплачиваться таким-то и таким-то образом, и затем обращаться с людьми в соответствии с этими предупреждениями. Но что если правила будут



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) (устанавливаться произвольно (например, одинаковые проступки будут караться по-разному)? Если правила не будут оглашаться? Если они будут вводиться задним числом или меняться, от случая к случаю, или будут туманными и малопонятными, или будут предоставлять властям полную свободу действий? В этих случаях вообще нет смысла называть это контролем с помощью правил.

Лон Фуллер приводит следующий пример. Предположим, существует некий абсолютный монарх. Единственные законы в его государстве – это приказы, отдаваемые этим монархом своим подданным. При этом данный монарх жуткий эгоист и думает исключительно о собственной выгоде. Время от времени монарх отдает команды, обещая награды за подчинение и угрожая расправой за неповиновение. Король, однако, неорганизован и забывчив, плохо следит за тем, как выполняются его указания, и часто наказывает верных и награждает саботажников. Спрашивается, достигнет ли он хотя бы собственных эгоистических целей, пока не добьется хоть какого-то минимального самоконтроля и не покажет подданным, что есть связь между его словом и делом?

Предположим, что наш монарх скрепя сердце начинает следить за тем, чтобы то, что он сказал вчера, соответствовало тому, что он делает сегодня. Это, однако, требует от него столько усилий, что он теперь с трудом формулирует свои приказы. Они становятся настолько невнятными и расплывчатыми, что подданные плохо понимают, чего он хочет от них. Поэтому король, для своей же собственной выгоды, если он хочет, чтобы в его стране было что-то вроде законного порядка, должен подходить и к своей законодательной деятельности более ответственно.

О чем говорит этот пример? О том, что создание и применение юридических норм неизбежно ограничено некими принципами. В числе их – публичность, ясность и понятность, последовательность, выполнимость. Эти принципы (их можно назвать принципами процедурной корректности) – необходимая предпосылка для существования правовой системы. Если их нет, то нет и права.

В качестве примера государства, где не соблюдались принципы процедурной корректности Фуллер называет нацистскую Германию. В ней власти постоянно принимали законы, имеющие обратную силу. Людей бросали в тюрьмы и концлагеря на основании секретных, никогда не публиковавшихся постановлений, задним числом им продляли сроки заключения, то есть власти и суды постоянно нарушали собственные законы. То же самое творилось и в сталинском (да и в послесталинском) Советском Союзе. Недаром правозащитники в СССР в 1960-1980-х годах выступали с таким требованием к властям: «Соблюдайте хотя бы ваши собственные законы».

Правовая система может допускать в своем составе некоторую процедурную некорректность, но когда вся система основана на секретности и произволе, как это было в нацистской Германии и сталинском Советском Союзе, то это фактически означает, что права в точном смысле слова не существует.

Какое отношение это имеет к естественному праву? Принципы процедурной корректности, по Фуллеру, есть «необходимое условие организации отношений людей друг с другом» [41]. Фуллер объясняет, что если мы задумаемся над такими правилами, как «подходи к одинаковым случаям одинаково», «не меняй правила задним числом», «не держи правила в тайне» и т. д., то увидим, что все это – правила, требующие соблюдения моральных ценностей («справедливости или честности»).

Пожалуй, самым ярким примером несправедливости являются случаи, когда наделенное властью лицо, например судья, благосклонно подходит к одной из сторон, в отсутствие каких-либо юридически значимых различий между ними (например, потому что ему просто больше нравится внешность одной из сторон), то есть нарушает принцип «подходи к одинаковым случаям одинаково».

Итак, для того, чтобы правовая система была именно правовой системой (то есть системой правил), большинство ее правил должны удовлетворять моральным стандартам справедливости и честности – таким, как беспристрастность, своевременное уведомление о правилах и т. д. Эти критерии Фуллер называет «внутренней моралью права», или «моралью, которая делает право возможным». Любое право по необходимости морально.

Необходимо учитывать, что «внутренняя мораль права» является только

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) формальной или процедурной, то есть она не накладывает никаких ограничений на содержание юридических правил. Например, ее требования не делают невозможным принятие правила, делающего всех негров рабами (лишь бы об этом было объявлено заранее, рабами сделали бы именно негров, а не белых). Поэтому, как отмечал Харт в своих комментариях к работе Фуллера, моральные критерии Фуллера все равно совместимы с большим количеством несправедливости [42].

Фуллер, однако, говорит о наличии не только «внутренней», но и «внешней моральности права». Нравственные принципы, принимаемые обществом, лежат в основе правовых институтов, обеспечивают их функционирование. Внешняя и внутренняя моральность взаимосвязаны. Невозможно быть искренне приверженным аморальной правовой системе. Поэтому в долгосрочном плане аморальная правовая система невозможна – она будет противоречить общественной нравственности, не будет иметь поддержки общества и долго не продержится.

Р. Дворкин: право как целостность

Наиболее известным из современных сторонников естественного права является американский философ Рональд Дворкин (р. 1931), автор многих книг, например, «Принимая права всерьез» (1976) и «Империя права» (1986) [43]. Р. Дворкин, имевший большую юридическую практику, выступает, как самый мощный критик юридического позитивизма (прежде всего в версии Г. Харта), сосредоточиваясь на самом его уязвимом месте – теории принятия судебных решений в трудных случаях.

Р. Дворкин утверждает, что хартовская модель принятия решений в трудных случаях неудовлетворительна, поскольку, сосредоточивая все внимание на правилах, она не учитывает, что часто такие решения неизбежно основываются и на моральных по своей сути соображениях (теория естественного права). Однако не на всяких моральных соображениях. Р. Дворкин подчеркивает важность правовой традиции, истории и «моральных принципов, лежащих в основе институтов и права данного сообщества»: все это накладывает ограничения на апелляции к морали при принятии судебных решений. Хотя Дворкин и не сводит право к некоторому предельному правилу признания, он тем не менее признает нечто похожее на позитивистское понятие происхождения как важное условие действительности (validity) законов.

Поскольку Дворкин сосредотачивает свое внимание на хартовской модели принятия судебных решений, вернемся к позитивизму и рассмотрим эту модель несколько подробнее.

По мнению многих авторов, слабым местом работы Г. Харта является то, что она не содержит разработанной теории принятия судебных решений. Написанное Хартом можно изложить примерно следующим образом. Право – это система правил. Поэтому судьи часто просто применяют правила, довольно-таки механическим образом. Однако некоторые правила содержат, так сказать, «открытые» понятия – понятия, которые явно работают в некоторых случаях, но неясно, насколько они уместны в «пограничных случаях». Возьмем, к примеру, понятие «транспортное средство».

Предположим, имеется распоряжение, говорящее о том, что нахождение транспортных средств в данном парке запрещено. Понятно, что легковые автомобили, грузовики и автобусы являются такими транспортными средствами. Однако означает ли это, что в парк не может въехать инвалид на инвалидной коляске? Означает ли это постановление, что в парке нельзя кататься детям на велосипедах? На самокатах? На роликовых коньках? Что если кто-то захочет поставить в парке военный монумент с танком на постаменте – распространяется ли запрет и на постамент? Запрещено ли детям приносить в парк игрушечные автомобильчики? Из постановления это неясно, и судья имеет большую свободу в том, как решить эти проблемы.

Поскольку само правило не отвечает на эти вопросы, то нельзя сказать, что судья просто применяет закон, когда их решает. А что же он тогда делает? Согласно Харту, судья в таких случаях законодательствует, и нет никакого смысла это скрывать [44]. Законодатели не могут предусмотреть всех ситуаций, которые могут возникнуть в будущем (например, изобретение роликовых коньков), для них нет никакой возможности создать абсолютно ясные и четкие правила, без малейшего элемента неопределенности. Поэтому судьи в качестве как бы заместителей законодателей с помощью творческого подхода заполняют эти пробелы в законодательстве. Харт пишет: «Фактически все системы разными

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) способами достигают компромисса между двумя социальными целями: необходимостью в некоторых правилах, которыми индивиды могут руководствоваться во многих сферах жизни, не нуждаясь каждый раз в указаниях официальных лиц или в анализе общественной ситуации и необходимостью оставить открытыми для разрешения информированными официальными лицами проблемы, которые могут быть должным образом оценены и разрешены лишь тогда, когда они возникнут в том или ином конкретном случае <...> [когда мы сталкиваемся с неясным понятием. – С. М.], мы сталкиваемся с этими проблемами и можем тогда решить этот вопрос, выбирая между соперничающими интересами таким образом, который более всего удовлетворяет нас. Поступая таким образом, мы делаем более определенной нашу первоначальную цель и решаем вопрос о значении общего понятия в рамках данного правила <...> Открытая структура права означает, что действительно есть области поведения, где многое должно быть оставлено для развития судами или официальными лицами, устанавливающими баланс, в свете обстоятельств, между соперничающими интересами, вес которых меняется от случая к случаю. Тем не менее жизнь права состоит в очень большой степени в том, что оно является руководством для официальных и частных лиц с помощью определенных правил, которые в отличие от применения меняющихся стандартов, не требуют от них свежего суждения в каждом новом случае»[45].

Согласно Р. Дворкину, лучший способ проверить модель Харта – это взять реальные судебные дела и посмотреть, помогает ли теория Харта в них разобраться или искажает ситуацию.

Дворкин утверждает, что в основном искажает. Он считает идею о том, что судьи либо применяют правила, либо законодательствуют, слишком упрощенно. С одной стороны, право содержит не только правила, но и другие юридические основания для принятия решений, в том числе моральные по своей природе.

С другой стороны, судьи не имеют такого простора для законодательствования, как это представляет Г. Харт (именно потому, что они ограничены этими юридическими основаниями).

Чтобы подтвердить свою критику Г. Харта, Р. Дворкин предлагает рассмотреть два судебных дела. Первое из них – процесс «Риггс против Палмера» (1889). Шестнадцатилетний Элмер Пал мер убил своего деда, опасаясь, что тот изменит завещание, по которому все имущество отходило Элмеру (старый джентльмен собрался жениться). Элмер отсидел срок за убийство, и формально ничто не мешало ему получить наследство. Суд должен был решить, законно ли это.

Суд признал, что все законы о завещаниях (правила) на стороне Э. Палмера, то есть эти законы отдают собственность убитому. Однако суд не присудил наследство внуку. Он нашел способ контролировать и изменять существующее правило, сформулировав это таким образом: «действие всех законов, так же как и контрактов, может контролироваться общими, фундаментальными максимами (принципами) обычного права. Никому не должно быть позволено выиграть от собственного мошенничества, получить выгоду от собственного преступления, основывать какие-либо требования на собственной несправедливости или приобретать собственность посредством преступления».

Таким образом, в деле «Риггс против Палмера» имело место не применение правила, а отход от правила на основании иных соображений.

Рассмотрим также дело «Хеннигсен против Blumfield Motors» (1960). Некто Хеннигсен купил автомобиль. При покупке он подписал договор, согласно которому в случае обнаружения дефектов в машине ответственность производителя будет ограничиваться тем, что он заменит дефектные части. В машине обнаружились дефектные части, Хеннигсен из-за этого попал в аварию и получил телесные повреждения. Пострадавший потребовал, чтобы производитель автомобиля оплатил ему расходы на лечение и иные, связанные с аварией расходы, несмотря на положения подписанного им договора.

Закон не поддерживал требования Хеннигсена, но тем не менее суд встал на его сторону. Подчеркивая важность принципа, согласно которому, если речь не идет о мошенничестве, тот, кто подписывает договор не читая, не может потом освобождаться от требований договора (и этот принцип на стороне фирмы-производителя), суд решил, что важны также и другие факторы:

- свобода заключения контрактов;

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
• свобода контракта не является абсолютной и может быть ограничена в интересующей нас области;

- есть «особое обязательство», которое возникает в сложном и безличном (impersonal) обществе, когда кто-либо производит столь широко используемое, сложное, необходимое и потенциально опасное устройство, как автомобиль;
- существует фундаментальная доктрина, согласно которой суды не должны позволять использовать себя в качестве инструментов нечестности и несправедливости;
- суды обычно отказываются участвовать в реализации «сделки», в которой одна сторона несправедливо использует экономические нужды другой.

Таким образом, суд решил: производитель будет нести ответственность, несмотря на договор, эту ответственность ограничивающий, потому что фирма получила бы несправедливое преимущество, если бы покупатели могли приобретать такой необходимый предмет, как автомобиль [46], только подписав договор, не дающий им никакой реальной компенсации ущерба.

Чем интересны этих два дела? Согласно Р. Дворкину, тем, что они не опирались на правила, наоборот, в деле Палмера, решение было принято в противоречии с существующими правилами. Являются ли эти случаи примерами того, как (согласно Харту) судьи законодательствуют, то есть используют свою власть, взвешивая общественные затраты и выгоды аналогично законодательным собраниям?

Р. Дворкин говорит, что нет. В этих случаях судьи явно опираются на ценности, но они не могут, как законодатели, апеллировать к любым ценностям.

Если бы в американский конгресс был избран депутат-коммунист, он мог бы вполне в соответствии со своей ролью голосовать за ликвидацию частной собственности, аргументируя это своей верой (возможно, также верой его избирателей) в то, что частная собственность – зло. Судья не имеет подобной веры. Было бы явным абсурдом, если бы судья вынес приговор в пользу Хеннигсена, обосновав свое решение так: «Я верю, что мы должны поставить капитализм на колени и заставить крупные корпорации платить большие штрафы. Мой приговор – хороший шаг в этом направлении».

Судьи апеллируют к ценностям, но это должны быть ценности той правовой системы, в рамках которой суд действует.

Дворкин называет апелляцию к общим нормам справедливости или честности апелляцией к принципам, и он указывает, что принципы отличаются от правил. Правила, говорит он, подразумевают «все или ничего». Рассмотрим правила игры, допустим, футбола. Существует правило, что если мяч попадает в сетку ворот, то засчитывается гол. То есть если мяч действительно оказывается в сетке, то автоматически засчитывается гол. Никаких споров здесь быть не может. (Конечно, гол не засчитывается, если было положение вне игры, но полная формулировка правила включает это.)

Аналогичным правилом в законодательстве было бы правило о том, что завещание является действительным, если оно сделано в присутствии трех свидетелей. Если было три свидетеля – завещание действительно, если их меньше – недействительно: опять же никакие споры здесь невозможны (если и позволяют исключения, то полная формулировка правила это оговаривает). А что будет, если это правило противоречит другому правилу? Тогда, поскольку правила подразумевают «все или ничего», одно из правил должно быть либо отменено, либо изменено так, чтобы допускать исключение, либо должно быть признано, что в случае конфликта правил одному из них всегда дается преимущество.

Если в государстве есть правило, что никому не может быть отказано в работе на основании его места жительства и другое правило, что работники пожарной охраны должны жить в том городе, в котором работают, то одно из этих правил недействительно. Оно должно быть либо отменено, либо изменено так, чтобы допускать исключения, допустим: никому, кроме лиц, желающих работать в пожарной охране, не может быть отказано в трудоустройстве на основании его места жительства.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Принципы же, утверждает Р. Дворкин, не подразумевают «все или ничего», «да или нет», а работают совершенно по-другому. Они могут на полном основании приниматься во внимание и противоречить друг другу при рассмотрении одного и того же дела. Это, однако, не означает, что дело должно быть решено на основании одного из принципов, а остальные должны быть отброшены или изменены.

Неизменная формулировка принципа может иметь значение во многих делах, но оказаться решающей только в некоторых из них. Дворкин называет это качество (сущностное для принципов и не свойственное для правил) весом. Так, иногда допускается, чтобы человек получил выгоду от своего правонарушения. К примеру, согласно доктрине «adverse possession», если я достаточно долго незаконно хожу по вашей земле, я приобретаю право ходить по вашей земле. Означает ли это, что принцип, согласно которому никто не должен получить выгоду от своего правонарушения, должен быть отброшен или изменен? Нет. Это означает только то, что в данном случае этот принцип перевесили другие принципы. (Возможно, принцип «adverse possession» заключается в том, что жизнь человека не должна резко дестабилизироваться вследствие ликвидации у него права делать то, чего он долгое время полагал себя вправе делать.) Поэтому в отдельном случае могут конфликтовать несколько принципов. Какой из них имеет наибольший вес в конкретном деле – это может быть предметом спора. Но предметом спора не должно быть то, что каждый из принципов имеет отношение к рассматриваемому случаю и должен учитываться.

Те принципы, которые «проигрывают» в одном деле, не отбрасываются и не изменяются (в отличие от правил), так как значение каждого принципа остается неизменным, даже если в данном конкретном случае он перевешивается другими принципами. Каждый принцип, будь он «победителем» или «проигравшим», в следующий раз может снова, в целостности и сохранности, ничуть не изменившись, «вступить в битву».

Принципы – это основания для действий, а основание для действия не перестает быть таковым, даже если в данном конкретном случае какое-то другое основание более важно. Забота о чувствах других – это хорошее основание для действий, каждый порядочный человек должен принимать его во внимание. Но забота о собственном счастье в тех случаях, где я имею на это право, тоже важное основание, и оно дает мне право жениться на Свете, даже если я знаю, что это разобьет сердце Маше.

Предположим, я решаю жениться на Свете и считаю, что я имею на это право, особенно с учетом того, что я никогда не давал Маше никаких оснований на что-то надеяться. Я решаю, что мои права важнее ущерба, нанесенного Маше. Означает ли это, что забота о чувствах других становится теперь менее важным основанием в других случаях или даже в этом случае?

Харт говорит о том, что судьи в трудных случаях «взвешивают» ценности в квазизаконодательной манере с целью интерпретации неясных правил. Дворкин утверждает, что тогда судьи выходят за рамки правил и оперируют различными принципами. Может быть здесь чисто словесные разногласия? Ведь и Г. Харт, и Р. Дворкин согласны, что в трудных делах судьи выходят за рамки правил и «взвешивают» ценности. Не все ли равно, назвать ли это актом законодательства или апелляцией к принципам?

Нет, не все равно, и есть две причины тому. Во-первых, по уже названным причинам, законодательная модель не учитывает то, насколько судьи ограничены в своей роли, насколько они могут апеллировать только к некоторым ценностям. Вообще-то Харт тоже не говорит, что судьи имеют полную свободу рассматривать любые ценности или цели. Он говорит, что задачи суда – делать более определенной нашу первоначальную цель. Так что, может быть, модель Харта не настолько законодательная, как это нам кажется, или даже как сам он полагал. Законодательные органы имеют полную свободу выбора, то есть они свободны считать любой вопрос открытым для обсуждения, полного пересмотра и изменения.

Иначе обстоит дело с судьями. Поскольку судьи связаны принципами правовой системы, в рамках которой они действуют, их процесс принятия решений ограничен и структурирован этими принципами. У них есть лишь незначительная свобода выбора, то есть они должны принимать решения, которые основаны на самом точном «взвешивании» относящихся к делу принципов.

Есть и вторая причина, в силу которой различие между законодательной

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) моделью (предполагающей большую свободу выбора) и моделью принципов (предполагающих ограниченную свободу выбора) действительно важно. От того, какую модель мы примем, очень сильно зависит, как мы будем понимать, чего добивается участник судебного процесса. При законодательной модели он просит суд принять решение, которое будет самым лучшим для общества в целом (поскольку правила слишком неясны, чтобы давать ему какие-либо права, его роль в суде заключается в том, чтобы обратить внимание суда на необходимость принять законодательное решение, надеясь, что это законодательное решение будет выгодным для него и поможет ему выиграть дело).

Согласно модели принципов, судящийся требует защитить право, которое он имеет. Возможно, что, оценивая вес всех имеющих отношение к делу принципов, мы не сможем придти к бесспорному ответу. Но, согласно модели принципов, этим вопросом должен заниматься суд.

С точки зрения Г. Харта, говорить: «У меня было право выиграть» бессмысленно, если дело проиграно; потому что права и обязанности, по Харту, суть то, что определяется правилами. А трудные случаи потому и являются трудными случаями, что они недостаточно определены правилами. Однако, с точки зрения Дворкина, это утверждение будет очень даже осмысленно, если оно позволит оценить принципы лучшим способом (более точно), чем это сделал суд.

Те, кто оказываются в меньшинстве и имеют особое мнение (адвокаты, пишущие апелляции на решения суда, судьи, отменяющие решения судов низшей юрисдикции), скорее выскажутся за модель Р. Дворкина, поскольку полагают, что они составляют апелляции и высказывают особое мнение с точки зрения права, а не просто решают задачу как сбалансировать (или убедить судью сбалансировать) различные социальные интересы. Адвокаты настаивают, что их клиент имел право выиграть дело, а не что было бы хорошо, если бы этот клиент выиграл. Неужели они заблуждаются, или их деятельность является аргументом против модели Харта?

Да и сами мы как потенциальные участники судебного разбирательства чего бы хотели, представ перед судом? Предоставить судье отличную возможность использовать наше дело для того, чтобы воплотить в жизнь его концепцию общественного блага? Не предпочтем ли мы, чтобы суд защищал наши права?[47]

Если Дворкин в общем и целом прав в своей атаке на модель правил, что это означает для программы юридического позитивизма? Во-первых, это ставит под угрозу строгое различие позитивизмом права и морали. Дворкин показывает, что апелляции к принципам, то есть к моральным нормам, находятся в самом сердце судебных решений[48]. Во-вторых, не может быть установлено происхождение общих принципов права от некоего правила признания. По мнению Р. Дворкина, общие принципы права коренятся в моральных основаниях той или иной правовой системы (то есть у другой правовой системы будут другие моральные основания и другое происхождение принципов), но это значительно более слабая версия идеи происхождения, чем у Г. Харта.

До сих пор речь шла в основном о критике Р. Дворкиным позитивистской модели правил. Теперь рассмотрим подробнее его собственную теорию права, особенно принятие судебных решений в трудных случаях. Р. Дворкин называет свою теорию «Тезисом о правах» (The Rights Thesis). Что это такое?

В упрощенной форме тезис Дворкина можно выразить так: даже в сложных случаях судебные решения реализуют (enforce) права на основании принципов. Действительно, если более строго определять принцип, то можно сказать, что принцип – это аргумент о том, что решение уважает или обеспечивает некоторое индивидуальное или коллективное право. Но что такое право? Право – это моральное требование особого рода. Чтобы лучше понять, что это такое, Дворкин сопоставляет апелляции к правам с апелляциями к «соображениям государственной политики» (policy).

Аргумент «от политики» (совершенно уместный в законодательных органах) предполагает, что некоторое решение оправдано, поскольку оно способствует достижению некоторой общественной цели (общего блага). Например, решение об интернировании (заключении в специальные лагеря) американцев японского происхождения после японской атаки на Перл-Харбор на том основании, что это будет способствовать национальной безопасности США и тем самым общему благу, было решением «от политики» (хотя, возможно, и неразумным решением).

Разобравшись с тем, что аргумент «от политики ориентирован на достижение коллективных целей, мы можем теперь сказать, что аргумент «от прав» предполагает, что индивид или группа должны быть уважаемы или защищены определенным образом на основании соображений, отличных от соображений государственной выгоды. Дворкин пишет: «Индивидуальные права – это политические козыри в руках индивидуумов. Индивиды имеют права тогда, когда, по некоторым причинам, коллективная цель – недостаточное основание для причинения им некоего вреда или ущерба»[49].

Если бы кто-то стал возражать против интернирования на том основании, что недопустимо (даже если это и служит интересам общества) подвергать заключению людей, не совершивших никакого преступления и не приговоренных к заключению судом, тогда это был бы аргумент на основании принципа–аргумент о том, что у этих людей есть право не быть интернированными[50].

«Тезис о правах» в интерпретации Дворкина имеет своим следствием тезис о «единственно верном ответе». Когда речь идет о правах, конституционные ли, это права или право на возмещение ущерба в деле о столкновении автомобилей, всегда есть один правильный ответ на вопрос: кто имеет право выиграть дело? Мы склонны сомневаться в этом, так как нет такой процедуры, которая автоматически дала бы нам возможность находить правильный ответ. Но отсутствие процедуры выявления правильного ответа еще не означает, что правильного ответа нет.

Предположим, что, в силу каких-то ограничений, никогда не были бы изобретены микроскопы. Означает ли это, что нет правильного ответа на вопрос: существуют ли организмы настолько маленькие, что их не видно невооруженным глазом?

Дворкин утверждает, что единственно верная модель принятия судебных решений – та, при которой судьи ищут правильный ответ на вопрос: кто имеет право выиграть судебный процесс?» В этом их институциональная роль, и этим судьи отличаются от законодателей, которые могут с полным основанием мотивировать свои решения идеей общего блага.

Роль суда в демократическом обществе не в том, чтобы быть еще одним законодательным органом, выражающим предпочтения большинства. Его роль в том, чтобы выявлять и защищать права индивидов и меньшинств, тем самым, часто ограничивая притязания большинства.

Дворкин создает образ идеального судьи-философа, чья задача в каждом трудном случае найти правильный ответ на вопрос: кто имеет право выиграть судебный процесс? Эта задача предполагает тщательный анализ и оценку притязаний всех сторон на те или иные права, а также разработку общих теоретических представлений о правах (теории права, в которой один случай помогает понять другие случаи и наоборот). Неудивительно, что Дворкин называет своего идеального судью Геркулесом.

Предположим, что существует такой мифический судья, который имеет неограниченные интеллектуальные способности, неограниченную память и сколько угодно времени в своем распоряжении. Такой судья будет обладать всей информацией, относящейся как к истории правил и принципам права, так и к тому делу, по которому ему предстоит вынести решение. Зная все это и будучи в состоянии идеально точно взвесить все противоборствующие в данном деле принципы, Геркулес разработает идеальную теорию права и найдет единственно правильное решение для каждого трудного случая.

Итак, судья должен смотреть на себя как на человека, принимающего решения на основе принципов, то есть решения, предполагающие поиск адекватного выражения и защиты прав. Иначе говоря, суд должен найти правильный ответ на вопрос: кто имеет право выиграть в данном случае? Но как судья должен делать это? Какую интеллектуальную цель должен он ставить и какие средства находить для достижения этой цели? Ему необходима некая теория прав, в рамках которой конкретные споры по поводу прав будут разрешаться. Но как разработать такую теорию?

Общая идея Р. Дворкина в том, что обязанности судей определяются не точными правилами (как считают позитивисты), основанными на правиле признания, а еще и «созвездием принципов». Обязанность суда – найти правильный ответ в рассматриваемом деле, каким бы сложным и спорным оно не было. Правильный

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) ответ, по Дворкину, есть всегда, мы лишь не всегда способны его найти. Источник этой обязанности в прошлом, во всем комплексе судебных и законодательных правил, судебных решений и неписанных принципов права.

Роль судьи, вооруженного этими материалами, в том, чтобы стремиться разработать совершенно цельную (coherent) теорию права и на основе ее вынести решение, которое будет, во-первых, находиться в наибольшем соответствии (best fit) с имеющимися юридическими материалами, то есть предшествующими решениями и законодательством и, во-вторых, представить право в наилучшем свете (in its best possible light), в смысле морального и политического совершенства (soundness), выражающегося в либеральных ценностях справедливости, честности, равенства, правильного судебного процесса (due process) и индивидуальных прав.

Дворкин называет это теорией «права как целостности» (law as integrity). Он утверждает, что «целостность» – это особая ценность, наряду с честностью, справедливостью и равенством. Целостность примерно означает последовательность. Мы хотим, чтобы наше общество последовательно придерживалось одной и той системы принципов (постепенно улучшая ее).

Дворкин проводит аналогию между своей теорией и интерпретацией литературного произведения. Как глашатай права, судья находится в ситуации писателя-сотворца, который должен завершить неоконченный роман в духе архетипа. «Сложность этой задачи моделирует сложность решения трудного дела в духе теории права как целостности»[51].

В продолжении аналогии представим себе, что роман пишет группа авторов, каждый по главе. Каждый автор должен интерпретировать то, что написано до него; новая глава должна сочетаться, быть совместима с тем, что было написано ранее (best fit). Будет странно, если главная героиня, в первой главе называвшаяся Машей, во второй станет именоваться Олей, если одни герои необъяснимо исчезнут, а другие немотивированно появятся, если один и тот же персонаж будет то положительным героем, то негодяем и т. д.

В то же время автор должен стараться сделать роман как можно лучше в плане сюжета, образов и т. д. Автору следует найти наилучший способ продолжить роман. Так же и судья должен стремиться, чтобы его интерпретация наилучшим образом соответствовала существующим юридическим материалам, и, в то же самое время, чтобы она была самой лучшей с точки зрения политической морали.

Рассмотрим эти идеи на примере одного из судебных процессов, упоминаемых Дворкиным, «TVA против Хилла». В 1973 году, во время, когда проблемы экологии в США были в центре общественного внимания, конгресс принял «Акт о находящихся под угрозой исчезновения видах». Этот акт наделял государственного секретаря по внутренним делам правом составлять список видов живых существ, находящихся под угрозой исчезновения (из-за разрушения мест их естественного обитания), и требовать от органов государственной власти предпринимать «меры, необходимые для того, чтобы действия, разрешенные, финансируемые или выполняемые ими не угрожали существованию находящихся под угрозой видов».

Группа экологов боролась против сооружения дамб в долине реки Тенесси. Они обнаружили, что одна почти законченная плотина, которая обошлась более чем в сто миллионов долларов, может разрушить единственное место обитания маленькой рыбки, по-английски называемой snail darter. Эта была самая обычная рыбка, не отличавшаяся красотой, не привлекавшая внимание биологов и не представлявшая, как пишет Р. Дворкин, особой экологической ценности. Тем не менее экологи смогли убедить госсекретаря по внутренним делам внести эту рыбу в список находящихся под угрозой видов и остановить строительство дамбы.

Организация, занимавшаяся строительством плотины, была, естественно, крайне недовольна этим распоряжением. Она заявила, что «Акт о находящихся под угрозой исчезновения видах» не запрещает завершить и ввести в эксплуатацию объекты почти готовые к тому моменту, когда было принято распоряжение госсекретаря. Она утверждала, что слова Акта: «действия, разрешенные, финансируемые или выполняемые» должны относиться только к началу какого-либо проекта, а не к завершению проектов, начатых ранее.

В поддержку своего мнения строители плотины ссылались на различные акты



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) конгресса, принятые уже после распоряжения госсекретаря и свидетельствовавшие о том, что конгресс желает завершения строительства. Так, например, уже после распоряжения конгресс выделил средства на завершение проекта. Различные комитеты конгресса неоднократно подчеркивали, что они не согласны с решением госсекретаря и признают истолкование Акта, даваемое строительной организацией, желая продолжения работ.

Дело дошло до Верховного Суда, и тот постановил, что строительство дамбы, несмотря на огромную растрату общественных средств, должно быть остановлено. Глава Верховного Суда Уоррен Бергер от имени большинства судей заявил, что когда текст закона ясен, Верховный суд не имеет права отказываться применять его только потому, что это приведет к нелепым результатам. Не наше дело, закончил он предаваться гаданиям о том, изменил бы конгресс текст этого акта, если бы предвидел данный конкретный случай. Когда значения слов, употребленных в тексте закона, ясны, например, слово «выполняемые» обычно включает не только начинающиеся, но и продолжающиеся проекты, тогда Верховный Суд должен понимать эти слова в этом же значении (если не будет показано, что на самом деле законодатели имели в виду противоположное).

«Акт о находящихся под угрозой исчезновения видах» не дает оснований для такого вывода, поскольку конгресс явно стремился обеспечить находящимся в опасности видам высокую степень защиты, пусть даже большой ценой. Вполне возможно, и даже вероятно, что законодатели захотели бы спасти этот вид рыбы, несмотря на чудовищные затраты.

Суд отверг последующие доклады комитетов и решения конгресса в пользу сохранения дамбы. Комитеты, выступавшие позже в пользу плотины, заявил Уоррен Бергер, это не те комитеты, которые принимали Акт, и конгрессмены часто голосуют за выделение средств на те или иные цели, не вполне отдавая себе отчет в том, насколько законны эти расходы в соответствии с более ранними решениями конгресса.

Как решил бы это дело идеальный судья-философ (Геркулес) Р. Дворкина? Для Геркулеса конгресс, издавший «Акт о находящихся под угрозой исчезновения видах», – это автор, предшествующий ему самому в процессе законотворчества. Он видит свою роль как роль партнера, развивающего наилучшим образом законодательство конгресса. Судья-философ спрашивает себя, какое прочтение Акта (разрешающее или не разрешающее госсекретарю останавливать почти законченные проекты) показывает его (Акт) в лучшем свете.

Геркулес имеет свое мнение об экологии, о власти, о развитии долины Тенесси, о защите исчезающих видов и, следовательно, о том, будет ли лучше, с учетом всех факторов, остановить строительство дамбы. Предположим, он хочет, чтобы строительство плотины было прекращено. Позволит ли Геркулесу его метод решить, что, поскольку для общества было бы лучше не строить эту дамбу, то и Акт следует интерпретировать как позволяющий госсекретарю это сделать?

Нет, ведь Геркулес стремится не достигать лучших для общества результатов, но найти наилучшее обоснование для имеющегося законодательства. Он пытается интерпретировать историю демократически избранного законодательного органа, принявшего данный акт в некоторых конкретных обстоятельствах, в лучшем свете. Поэтому интерпретация Геркулеса будет учитывать не только его убеждения относительно справедливости и мудрой экологической политики, но и его идеалы политической целостности, честности и правильного судебного процесса.

Он должен сконструировать некоторое обоснование законодательного акта, по возможности согласующееся с остальным действующим законодательством. Таким образом, он должен спросить себя, какая комбинация принципов и соображений государственной политики является наилучшей из допускаемых формулировками акта.

Например, интерпретация «Акта о находящихся под угрозой исчезновения видах», исходящая из того, что целью Акта является защита сельской местности от неэстетичного и шумного строительства, будет явно абсурдной. Было бы глупо предполагать, что законодатели, преследующие такую цель, решили бы достигать ее запрещая только проекты, которые сопряжены с угрозой исчезновения тех или иных биологических видов (независимо от того, насколько эти проекты нарушают мир и покой сельской местности).

Любая приемлемая интерпретация «Акта о находящихся под угрозой исчезновения видах» должна исходить только из соображений защиты биологических организмов. Предположим, Геркулес принимает это, но полагает, что никакая разумная политика защиты видов не оправдывает в данном конкретном случае остановку строительства почти законченной плотины. Нетрудно найти обоснование и для других соображений государственной политики, ограничивающих требования защиты видов: это соображения о том, что растрата государственных средств недопустима. Но остается вопрос, насколько весомы эти соображения в тексте Акта и как они соотносятся со значимостью главных целей защиты видов?

Если текст допускает различные ограничения власти госсекретаря, это может быть истолковано как свидетельство того, что главной цели Акта не придается абсолютное значение. Если же текст делает акцент на главной цели, подчеркивая необходимость жертв ради нее (например, если провозглашается, что госсекретарь не должен учитывать влияние своих распоряжений на рост безработицы), тогда это будет свидетельством в пользу того, что никакие другие, ограничивающие главную цель, соображения государственной политики, не могут использоваться для интерпретации Акта таким образом, чтобы он позволял продолжить строительство дамбы.

Допустим, Геркулес искренне предан делу защиты окружающей среды. Он считает, что потеря даже одного вида – это неизмеримая трагедия. Он полагает, что значительно лучше потерять дамбу, чем рыбку, и с удовлетворением видит, что ничто в тексте Акта не противоречит его взглядам о важности сохранения видов.

Власть секретаря в тексте Акта не ограничивается. Следует ли из этого, что Геркулес решит считать лучшей интерпретацией этого документа, интерпретацией, выставляющей власти в лучшем свете, ту, которая спасает рыбку? Нет, не следует. Собственные убеждения Геркулеса, даже не противоречащие тексту законодательного акта, и его решение о том, какая интерпретация акта лучше всего, – это разные вещи.

Возможно, взгляды Геркулеса не разделяет почти никто в обществе. Решения же о сохранении видов, принимаемые государством, должны основываться на воле народа. Поэтому необходимо учитывать общественное мнение и взгляды законодателей, которые это мнение выражают.

Если дебаты в конгрессе по поводу «Акта о находящихся под угрозой исчезновения видах» выражают некоторые массовые и непротиворечивые убеждения относительно важности сохранения видов, то это должно учитываться. То же самое касается официальных заявлений сенаторов или конгрессменов, являющихся авторами законопроекта, или официальных докладов комитетов конгресса, через которые проходит законодательный акт.

Законодательство «предстает в лучшем свете», когда государство не обманывает народ; поэтому Геркулес предпочитает ту интерпретацию, которая соответствует формальным заявлениям о целях законодательства.

У членов Верховного Суда США, рассматривавших данное дело, возникли разногласия: следует ли принимать во внимание тот факт, что конгресс в решениях, принятых после «Акта о находящихся под угрозой исчезновения видах», давал понять, что строительство дамбы в долине Тенесси не должно быть поставлено под угрозу. Геркулес не сомневается в том, что позднейшие решения конгресса должны учитываться. Они – часть единой законодательной истории общества, той истории, которую надо представить как наиболее авторитетную.

Итак, если Геркулес придерживается мнения (которое преобладало и в Верховном Суде), что более мудрым решением было бы пожертвовать рыбкой, а не плотиной, то он принимает решение следующим образом: «Он полагает, что интерпретация Акта, которая позволяет спасти дамбу, будет лучшей с точки зрения здоровой государственной политики. У него нет никаких оснований, что подтверждает текст акта и принцип честности (поскольку ничто не говорит о том, что народ будет возмущен или оскорблен таким решением) быть против такого прочтения. Ничто в законодательной истории самого Акта, правильно понятого и воспринимаемого как решение общества, не противоречит этому, и позднейшие законодательные решения поддерживают самым явным образом то прочтение, которое он считает лучшим. Он присоединяется к тем членам

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Верховного Суда, которые голосовали против принятого [Верховным Судом. – С. М.] решения»[52].

Э. Д'Амато: судить не по закону, а по справедливости

Один из современных сторонников теории естественного права Энтони Д'Амато в статье «О связи между правом и справедливостью»[53] писал, что он в течение более чем десяти лет убеждает юридические факультеты университетов преподавать справедливость: «Справедливость, утверждаю я, это то, для чего существует право; справедливость – это то, что должны реализовывать юристы <...> Право – это не более, чем набор инструментов <...> мы не должны забывать, что законодательство само по себе не может решить человеческие проблемы. Как и любой другой инструмент, закон может облегчить решение данной проблемы. Но мы не можем ожидать от закона, что он скажет нам, как эта проблема должна быть решена»[54].

Д'Амато отмечает, что при абстрактной формулировке вопроса никто из преподавателей права или юристов не будет возражать против справедливости. Но очень легко сделать так, чтобы поднялась буря возмущения: для этого нужно лишь заявить, что судьи должны решать дела согласно справедливости, а не согласно законам[55]. Именно это Д'Амато и доказывает в своей статье. Изучение данного вопроса служит ему отправной точкой для изучения связи между правом и справедливостью. Вывод, к которому приходит автор: справедливость – это внутренняя неотъемлемая часть права, а не что-то отличное от него.

Д'Амато строит свою аргументацию на основе анализа гипотетической ситуации. Маленький ребенок выбегает на дорогу из-за припаркованной машины (то есть до последнего мгновения его не было видно) прямо перед быстро движущимся автомобилем. У водителя есть одна возможность не задавить ребенка – мгновенно свернуть налево. Но тогда водитель пересечет параллельные белые линии посередине дороги, а это запрещено правилами дорожного движения. (На встречной полосе в момент инцидента никого нет.)

Итак, водитель А (Алиса) в последнее мгновение видит ребенка, сворачивает налево, пересекает параллельные линии и, объехав ребенка, возвращается на свою полосу. Это видит полицейский, который останавливает Алису и вручает ей повестку в дорожный суд. Между ними происходит следующий диалог[56]:

Алиса. Почему вы вручаете мне повестку? Я спасала жизнь ребенка.

Полицейский. Я знаю. Я рад, что вы так поступили. Но вы все-таки нарушили правила дорожного движения.

Алиса. Вы хотите сказать, что мне следовало оставаться на моей полосе и переехать ребенка?

Полицейский. Вы должны понять что, спасая ребенка, вы нарушили закон. Я понимаю, Вы чувствовали, что так надо поступить.

Алиса. Да, я чувствовала. А Вы?

Полицейский. Да, так надо было поступить. Я уверен, что судья в дорожном суде согласится, что это было чисто техническое нарушение.

Алиса. Тогда зачем вручать мне повестку?

Полицейский. Но это было нарушение. Так или иначе, Вы нарушили закон. Мое дело – арестовывать всякого, кто нарушит закон. Это не мое дело – рассуждать о том, почему Вы сделали то, что сделали, пусть даже я и думаю, что Вы поступили правильно.

Следующий диалог происходит в дорожном суде[57]:

Судья. Обвиняемая виновна в пересечении параллельных линий. Заплатите клерку штраф пятьдесят долларов.

Алиса. Подождите. Вы хотите сказать, что мне следовало переехать ребенка?

Судья. В этом суде мы не даем юридических консультаций. Но позвольте мне

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) сказать кое-что от себя. Меня удивляет Ваше поведение. Вы почему-то считаете, что закон должен делать лично для Вас исключение. Законы одинаковы для всех: для Вас, меня и любого другого.

Алиса. Но судья, я совершила морально правильный поступок.

Судья. Вы действительно верите, что совершили морально правильный поступок?

Алиса. Да.

Судья. Тогда почему Вы жалуетесь на штраф? Ради спасения жизни невинного ребенка можно заплатить пятьдесят долларов! Если Вы так уверены в своих убеждениях, Вам следует с радостью заплатить штраф и идти домой с сознанием того, что Вы спасли жизнь и поступили правильно. Следующий!

Но Алиса не желает признавать себя нарушителем закона, когда она не сделала ничего плохого. Она изучает правила дорожного движения, действующие в ее штате. Статья 205 гласит: «На дорожное полотно должна быть нанесена четкая разметка в целях регулирования дорожного движения.

1. Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде прерывистой белой линии, водителям разрешается пересекать эту линию в тех случаях, когда это не сопряжено с опасностью и только после подачи сигнала о намерении пересечь эту линию.

2. Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде непрерывной белой линии, водителям не разрешается пересекать эту линию, за исключением чрезвычайных ситуаций, и только тогда, когда это не сопряжено с опасностью.

3. Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде двойных (параллельных) белых линий, водителям запрещено пересекать эти линии»[58].

Алиса подает апелляцию. Она утверждает, что в ее случае пункт 3 статьи 205 привел к несправедливости, и суду следовало бы сделать исключение для случая с выбегающим ребенком. (Ниже приводятся отрывки из постановления апелляционного суда.)

«Апеллянт утверждает, что статья 205 в том виде, как она была применена, служит несправедливости. Апеллянт заявляет, что был несправедливо наказан за техническое нарушение правила параллельных линий, в то время как его целью было спасение жизни ребенка.

Текст правила, однако, ясен и не допускает никаких исключений. В статье 205 нет ничего, что могло бы быть истолковано как допускающее возможность исключения в случаях, когда, по мнению водителя, есть необходимость нарушить правило. <...>

Мы знаем о мужественном решении апелланта нарушить закон для спасения жизни ребенка. Но факт остается фактом: она нарушила закон. Штраф, налагаемый законом, как отметил и судья в дорожном суде, это небольшая цена за спасение жизни ребенка.

Дорожный суд не имеет полномочий изменять законы. Такие полномочия принадлежат законодательным органам. Задача суда – применять те законы, которые имеются. Нет сомнений, если бы мы считали, что суд вправе отступить от ясного текста закона, то в данном случае были бы наибольшие основания для этого. Тем не менее за отступление от ясного текста закона пришлось бы заплатить большую цену. Была бы подорвана уверенность населения в ясности значения законов. Была бы подорвана уверенность законодателей в судебной власти. Мы сделали ли бы суды высшими (и при этом неизбираемыми, недемократичными) арбитрами в понимании того, что такое закон.

Суды должны уважать ясный смысл законов. <...> Правило параллельных линий – это правило, утвержденное законодательным органом. Если возникает ситуация, когда применение данного правила приводит к несправедливости, суд не может использовать это как основание для отмены закона. У суда нет конституционного права отменять законы или, во имя справедливости, вписывать в них исключения, когда текст законов исключений не допускает. В конституционном демократическом государстве только законодательный орган, представляющий волю народа, имеет право принимать, дополнять и изменять законы и исключения из них. Если суд примет на себя роль законодательного

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) органа, то тем самым он поставит под угрозу свое существование. Возникнет такая неопределенность, которая будет значительно хуже, чем время от времени возникающая несправедливость, когда закон применяется точно в соответствии с его текстом.

<...> Мы рекомендовали бы апеллянту ходатайствовать перед законодательным органом об изменении правила параллельных линий, вместо того, чтобы просить дорожный суд выступать в качестве законодательного органа».

Тем временем происходит новое дорожно-транспортное происшествие. Водитель Б (Брюс) в аналогичной ситуации переезжает выбежавшего на дорогу ребенка. Присутствующий на месте полицейский вызывает «скорую помощь» (что уже не имеет значения – ребенок мертв), но не вручает Брюсу повестку в суд за нарушение правил дорожного движения. Алиса, Брюс, родители погибшего ребенка и один из законодателей приглашаются на телевизионное шоу. Ниже приводятся отрывки из их ответов на вопросы.

Ведущий. Подумали ли Вы о том, чтобы пересечь параллельные белые линии для того, чтобы не задавить ребенка?

Брюс. И да, и нет. Поймите, я не тот человек, который нарушает закон. Я никогда не нарушал даже правил дорожного движения. Я снова и снова думаю об этом случае, о несчастном ребенке, но тогда какой-то внутренний голос запрещал мне пересечь линии.

Ведущий. Если бы это произошло снова, вы бы пересекли их?

Брюс. Конечно. Но легко это говорить сейчас. Если вы законопослушный гражданин, вы инстинктивно повинуетесь законам. Надеюсь, что я смогу поступить иначе, если это, не дай Бог, повторится, но не могу быть в этом полностью уверенным.

Голос из зала. Законодатели, которые приняли такие правила, разве не они настоящие убийцы этого ребенка?

Законодатель. Мой комитет вскоре проведет слушания об этом правиле.

Ведущий. Когда вы принимали этот закон, Вы имели в виду, что линии нельзя пересекать даже для спасения жизни?

Законодатель. Мы не подумали об этом. Но ответ на ваш вопрос – конечно же, нет.

Ведущий. Вы предвидели возможность того, что за пересечение линий для спасения жизни водитель будет оштрафован судом?

Законодатель. Конечно же, нет.

Ведущий. Но вы приняли правило без исключений.

Законодатель. Да. Но мы приняли правила в надежде на то, что человеческие существа, люди, называемые судьями, будут применять их разумным образом. Так называемые судьи в деле Алисы действовали как роботы, как компьютеры. Если бы мы хотели, чтобы закон применяли компьютеры, то сэкономили бы кучу денег. Но у нас есть для этого судьи, потому что мы хотим, чтобы они применяли законы в свете требований справедливости.

Ведущий. А компьютеры не могут этого?

Законодатель. Да. Единственное, на что мы не можем запрограммировать компьютеры, – это чувство справедливости.

Ведущий. Так вы полагаете, что было несправедливо оштрафовать Алису на пятьдесят долларов?

Законодатель. Меня беспокоят не пятьдесят долларов (я думаю, и Алису тоже).

Ведущий. Тогда что же?

Законодатель. Созданный прецедент. Из-за дела Алисы людям внушается: пересекать параллельные линии всегда противозаконно. И люди (такие, как

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) Брюс) усваивают это. Они, раз суд говорит им, что данное действие незаконно, никогда не сделают это. У них возникает инстинктивная реакция: никогда не делать этого, даже для спасения жизни.

После телепрограммы в обществе растет неодобрение в адрес решения апелляционного суда. Алиса обращается в Верховный Суд штата. Тем временем начинаются слушания в конгрессе по поводу пересмотра правил дорожного движения. Сторонники Алисы предлагают принять статью 205 пункт 3 в следующей формулировке [59]: «Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде двойных (параллельных) белых линий посередине, водителям запрещено пересекать эти линии, за исключением тех случаев, когда это не сопряжено с опасностью и абсолютно необходимо для спасения жизни выбежавшего на дорогу ребенка».

Выясняется, однако, что изменить правила дорожного движения очень непросто. Ряд выступающих указал на серьезные недостатки новой формулировки. Что значит «абсолютно необходимо»? Водители типа Брюса будут колебаться по этому поводу, и их промедление может оказаться фатальным. Почему речь идет именно о выбежавшем на дорогу ребенке? А если он просто стоит на дороге? Один из депутатов предлагает убрать «абсолютно необходимо» и «выбежавшего». Но другой указывает, что получившаяся фраза «для спасения жизни ребенка» может быть понята как «для спасения жизни находящегося в машине ребенка» (например, если его везут в больницу).

Другие говорят о том, что формулировка «для спасения жизни» неудачна потому, что не следует требовать от водителя не наезжать на ребенка, если у него есть основания полагать, что в результате столкновения ребенок будет только серьезно ранен, но не убит.

Третьи ставят вопрос о том, почему в предложенном тексте упоминается только ребенок? Ведь в такой ситуации может оказаться и подслеповатый старик. Человек может упасть из кузова грузовика или выпрыгнуть из багажника, где его держали похитители, и, без всякой своей вины, оказаться прямо перед движущимся на него автомобилем. Поэтому предлагается заменить слово «ребенка» на слово «человека».

Но тут на сцену выходят защитники животных. Почему нельзя пересечь линии, если это нужно для спасения жизни белки или кошки? Им отвечают, что лучше переехать белку, чем позволять водителям пересекать белые линии с риском для человеческой жизни. Ведь для предотвращения такого риска и были

придуманы эти линии. Но защитники животных заявляют, что формулировка «когда это не сопряжено с опасностью» решает проблему.

После нескольких дней дискуссии один из законодателей предлагает найти выход, используя общее понятие «чрезвычайная ситуация». Двойные белые линии могут быть пересечены только в чрезвычайной ситуации. Да, но тогда, как указывает другой законодатель, двойные белые линии становятся тем же, чем одинарная белая линия, а пункт 3 статьи 205 тем же, чем и пункт 2. Может быть, тогда и упростить правила, просто отменив пункт 3? Однако один из законодателей замечает, что должна быть причина, по которой были введены двойные белые линии, и нельзя менять законодательство, не разобравшись, какая это была причина.

Небольшой экскурс в историю законодательства показал, что первоначально на дорогах была только одинарная разделительная белая линия. Пересекать ее разрешалось в случае чрезвычайной ситуации, не сопряженной с риском для жизни. Однако вскоре обнаружилось, что на практике водители стали пересекать эту линию слишком часто, оправдываясь, будучи остановленными полицией, тем, что у них «чрезвычайная ситуация». «Чрезвычайные ситуации» включали: необходимость успеть в аэропорт, необходимость спасти белку, вовремя прибыть на очень важное совещание и т. д. Поэтому законодатели решили ввести двойные белые линии.

Итак, на слушаниях в комитете выяснилось, что эти линии выполняют полезную функцию. Однако как быть с делом Алисы? Как можно сформулировать исключение для этого случая, но не применять общих понятий типа «чрезвычайная ситуация», которые поддаются чрезвычайно широкому толкованию и порождают массу проблем? Как ни старались законодатели, ничего у них не получилось, и тогда они пригласили эксперта по психолингвистике.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Эксперт объяснила, что «слова, символы и знаки, такие, как двойная белая линия, имеют для людей смысл только в контексте <...> Например, сигнал «стоп» на углу улицы был бы непонятен для пришельца из космоса. <...> Остановить что? Дыхание? Функционирование внутренних органов? Как долго стоять остановившись? И только наблюдая за дорожным движением, пришелец смог бы установить, что знак «стоп» означает «остановись, потом двигайся дальше», что он применяется только к автомобилям, но не пешеходам и т. д. Другими словами, пришелец начал бы осознавать контекст и понимать смысл знака «стоп».

Любой закон обязательно носит общий характер <...> Даже если закон содержит исключение, то само исключение тоже носит общий характер. Законы, как и слова, сигналы и знаки, могут иметь только общее значение. Реальные люди, живущие в реальном мире, могут использовать эти обобщения только как руководство к действию в определенном контексте, в котором они неизбежно интерпретируют обобщения. Например, Алиса интерпретировала двойные белые линии как устанавливающие общий запрет на определенные перемещения при вождении автомобиля. Но она расценила этот общий запрет как потерявший силу в условиях непредвиденного появления ребенка на проезжей части. Почему она интерпретировала эти линии как не принуждающие ее к тому, чтобы переехать ребенка? Просто ей показалось абсурдным, что правило дорожного движения требует от нее сознательно убить ребенка. Поэтому она интерпретировала это правило как не требующее от нее убить ребенка.

Мы используем общие понятия, знаки и символы и принимаем общие правила, так как это наиболее эффективный способ сообщать людям о ситуациях в целом. Но общая эффективность не должна равняться общему принуждению. Двойные белые линии эффективны как раз потому, что они несут определенное послание водителям. Это послание примерно такое: не пересекайте линии, если только нет объективных непреодолимых оснований, основанных на справедливости, чтобы сделать это. «Но, – заключила эксперт, – вам не следует включать в текст закона то, что я сказала, иначе вы уничтожите послание, которое должны сообщать белые линии. Вы откроете дверь удобным для водителей объяснениям того, что такое объективно непреодолимые основания. Мое мнение: разделительные белые линии и так содержат это самое послание, если разумно интерпретируются разумными водителями и разумными судьями» [60].

Тем временем дело Алисы поступает в Верховный Суд ее штата. Суд единогласно отменяет постановление апелляционного суда и выносит решение в пользу Алисы. Вот отрывки из постановления Верховного Суда. «<...> Рассмотрим вопрос о том, какие правила принял бы законодательный орган, если бы законодатель предвидел возможность ситуации с выбежавшим на дорогу ребенком. Законодательная власть могла бы поступить двояким образом. Она могла либо вписать в правила исключение для данной ситуации, либо сознательно подчеркнуть, что правило не имеет исключений, даже для данной ситуации. <...> Рассмотрим каждую из этих возможностей.

Начнем с первой из них (здесь Суд повторяет аргументацию, имевшую место в ходе слушаний в конгрессе, и заканчивает тем, что соглашается с доводами психолога).

Поэтому мы заключаем, что наилучшей формулировкой исключения было бы «если этого требует справедливость». Но если исключение записать в текст правила именно так, то водители истолкуют его слишком широко. Поэтому мы должны полагать, что данное исключение должно конструироваться судьями как часть данной системы правил. В этом смысле это правило ничем не отличается от других законов. Единственно разумный способ интерпретации законов любым судом заключается в том, чтобы интерпретировать их в контексте справедливости. В частности, суды не должны понимать и принимать законы буквально, если буквальная интерпретация вредит требованиям справедливости. Законы пишут на основе социальной справедливости, а не в отрыве от общественных и человеческих соображений (словно это компьютерные программы).

Соображения справедливости, о которых мы говорим, конечно, будут меняться в зависимости от ситуации и ее контекста. Но это не слабость, а сила закона. Суды должны интерпретировать законы не механически, но как люди, столкнувшиеся с новыми ситуациями (многие из которых не были предусмотрены законодателями) и разумно их осмысляющие.

Для правил дорожного движения таким контекстом является безопасность и

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
эффективность движения. Каждое правило – это попытка законодателей обеспечить баланс между эффективностью движения и безопасностью водителей и пешеходов. Так, двойные белые линии введены для того, чтобы водители двигались по своей полосе и не выезжали на другие полосы (что поставило бы под угрозу безопасность их самих и других водителей).

Но правило двойных белых линий не будет выполнять свою функцию обеспечения безопасности, если его интерпретация ставит под угрозу жизнь пешеходов. Интерпретировать правило как требующее переезжать выбежавшего на дорогу ребенка, когда водитель может безо всякой опасности избежать этого, означает противоречить общей цели законодателей, принявших правила дорожного движения. <...> Никакое правило интерпретации, исходящее из «ясного смысла текста», не должно препятствовать суду интерпретировать закон в соответствии с фундаментальными требованиями справедливости, лежащими в основе общих целей законодательства.

Но допустим, что законодатели поступят иначе и специально не допустят исключения из правила. Например, пункт 3 статьи 205 мог бы звучать так: «Если на дорожное полотно нанесена продольная разметка в виде двойных (параллельных) белых линий, водителям запрещено пересекать эти линии, даже для спасения жизни выбежавшего на дорогу ребенка».

Последняя формулировка звучит чудовищно. Невероятно, что какой-либо законодательный орган мог принять такое правило. Но именно такую интерпретацию дали существующей статье 205 полицейский и дорожный суд. <...> Сказать, что воображаемая формулировка чудовищна – это сказать другими словами, что для любого суда чудовищно полагать, будто законодатели хотели, чтобы существующая статья 205 (3) толковалась так, словно в ней содержится бесчеловечное положение.

<...> Но мы можем пойти еще дальше. Предположим, законодатели действительно предложили чудовищную формулировку. Естественно, что это вызвало бы возмущение народа <...> Поэтому крайне маловероятно, что такая формулировка вообще была бы предложена и тем более принята.

<...> Но в конце концов, давайте предположим чудовищное. Допустим, законодатели приняли именно эту воображаемую формулировку. Если именно она была бы в правилах дорожного движения – был ли должен дорожный суд признать подателя петиции (то есть Алису. – С. М.) виновной в нарушении правил дорожного движения?

Мы полагаем, что нет <...> Суд должен провозгласить такое положение правил недействительным, противоречащим элементарным соображениям справедливости, лежащим в основе правовой системы в целом. Когда государство приговаривает кого-либо к смерти, обвиняемый имеет право на честное и открытое судопроизводство. Обвиняемый должен быть признан виновным в совершении преступления, караемого смертью, с... .> Соответственно, любые правила дорожного движения, которые приговаривают к смерти невинного ребенка, когда этого можно было легко избежать, нарушают общественные представления об элементарной справедливости. <...> Человек не может быть приговорен к смерти правилами дорожного движения.,

В силу всех этих причин, мы заключаем, что не имеет смысла интерпретировать статью 205 так, как это сделали суды низших юрисдикций. Настоящий смысл статьи 205 – смысл, который ей придали принявшие ее законодатели не содержат слова статьи 205 в отрыве от социального контекста. Напротив, настоящий смысл определяется тем, каким образом правовая система в целом влияет на общество – а именно помогает обеспечивать в этом обществе справедливость. Не учитывать соображения честности и справедливости при интерпретации законов – значит не понимать смысл законов»[61].

Эта гипотетическая ситуация должна, по мнению Э. Д'Амато, показать, что юридически неправомерно исключать соображения справедливости при интерпретации и применении законов, ибо соображения справедливости – суть права. Право включает в себя справедливость, правовая система – это система применения справедливости к решению человеческих конфликтов. Судьи должны решать дела по справедливости[62].

### Тема III. ВЛАСТЬ ЗАКОНА

Законность власти и долг повиноваться закону



Достаточно ненадолго задуматься, чтобы понять, какому огромному количеству правил должен каждый день подчиняться каждый человек. Эти правила определяют, как он должен себя вести в общественных местах, как надо обращаться с другими людьми, какие вещи ему принадлежат, а какие – нет, с какой скоростью можно ехать по дороге и т. д. Эти правила называются законами.

Одни люди (парламентарии) принимают законы и определяют наказания за их несоблюдение. Другие (органы правопорядка) следят затем, чтобы все принятые законы соблюдались. Тот, кто нарушает их, рискует нажить себе неприятности – от небольшого штрафа до длительного тюремного заключения и даже смертной казни.

На протяжении долгого времени люди подчинялись закону просто в силу обычая, привычки или из страха. Однако мыслящие люди, например, Сократ, стали поднимать вопрос о нравственной обязанности подчиняться закону. Неправильно подчиняться закону только потому, что есть обычай подчиняться ему – многие обычаи могут быть иррациональными и несправедливыми. Отсюда вопросы: как морально серьезный и разумный человек обязан относиться к закону? При каких условиях он должен ему подчиняться? И должен ли подчиняться вообще?

Действительно, почему я должен подчиняться правилам, придуманным не мной, а другими людьми, правилам, к соблюдению которых меня принуждают, угрожая карами за несоблюдение? Ведь мы же не одобряем того, кто, угрожая оружием, требует дать ему денег? Почему же мы одобряем группу людей, которая, угрожая тюрьмой или смертью, требует дать им денег (заплатить налоги), или весьма вероятно пойти на смерть в начатой ими войне? Как совместить это с тем, что человеку для жизни необходима свобода и автономия, возможность самому принимать решения о том, как поступать? Если парламент принял какой-то закон, обязан ли я повиноваться ему просто из страха перед последствиями неповиновения, или у меня есть нравственная обязанность подчиниться (даже если я категорически не согласен с этим законом)?

Правовые обязанности – это обязанности подчиняться законам просто в силу того, что это законы вне зависимости, есть ли дополнительные моральные основания для повиновения [63].

Большинство из нас без колебаний подчиняется законам, запрещающим убийство. Если спросить обычного человека, почему он воздерживается от убийств, он, скорее всего, ответит, что убийство чудовищно, аморально. У нас явно вызывает серьезное беспокойство тот человек, который скажет, что причина по которой он не убивает, в том, что убийство запрещено законом. Здесь мы имеем закон, который совпадает с тем, что от людей требует нравственность.

Однако существуют законы которые, как нам кажется, слабо связаны с требованиями морали. Например, правила дорожного движения. Человек может верить в то, что у него есть нравственная обязанность останавливаться на красный свет даже при полном отсутствии автомобилей, но только потому, что этого требует от него закон.

Конечно, иногда люди думают, что те или иные законы требуют от нас действий, противоречащих нравственности. Например, мы можем полагать, что в нашей стране несправедливая налоговая система. Но даже в этом случае добропорядочный гражданин может чувствовать, что все равно надо платить налоги и, хотя и неохотно, платить их потому, что этого требует закон.

Итак, можно ли доказать существование нравственной обязанности соблюдать законы? Как указывает современный правовед Марк Теббит, существует три распространенных способа обосновать долг повиноваться законам.

Во-первых, это концептуальное обоснование. Согласно этому способу необходимость повиноваться закону очевидна, поскольку закон есть то, что необходимо исполнять. Обязанность повиноваться заключается в самом понятии закона. Сказать «Х есть закон», – просто означает: следует повиноваться Х. Неповиновение недопустимо по определению, и санкции закона автоматически оправданы. Долг повиновения выводится из самой идеи легальности и не зависит от содержания законов.

Во-вторых, существуют консеквенциалистские обоснования долга (указывающие на конечный результат). Необходимость повиноваться закону в данном случае

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) обосновывается с помощью указания на положительные эффекты повиновения (порядок, поддержание цивилизованной жизни) и негативные последствия неповиновения. Убедительность аргументации зависит от того, какие правовые системы обсуждаются. В отличие от концептуалистских доводов, консеквенциализм в принципе допускает возможность, что неповиновение имеет лучшие последствия, чем повиновение.

В-третьих, это контрактарное обоснование, согласно которому долг повиновения законам возникает на основе соглашения, явного или неявного, между правителями и населением. Закону следует повиноваться не потому, что от неповиновения будет хуже, а потому, что повиновение закону входит в данные нами обязательства [64].

Рассмотрим более детально различные концепции, обосновывающие долг повиноваться закону.

### Философский анархизм

Некоторые авторы утверждают, что нравственной обязанности повиноваться закону не существует. Наиболее серьезное обоснование этой точки зрения было дано сторонником философского анархизма Робертом Полом Вулфом в его книге «В защиту анархизма». Опираясь на идеи Иммануила Канта об автономии индивидов, Роберт Пол Вулф указывает, что люди – это существа, наделенные разумом и свободой воли, поэтому они несут ответственность за свои действия.

Автономный индивид живет не по чьей-то указке, он принимает решения сам. Он может сделать то, что ему сказали другие, но не потому, что ему велели сделать это. Для такого человека не существует повеления. Если кто-то отдает ему команды и ожидает их исполнения, то он как свободный и ответственный человек будет учитывать это и, вполне возможно, подчинится (например, приказам капитана тонущего судна), но только потому, что приказы разумны и правильны, а не потому, что их отдает человек, наделенный властью. В конечном счете решение о том, как поступить, автономный индивид всегда должен принимать сам.

И так, согласно Р. П. Вулфу, всегда существует конфликт между претензиями государства на право управлять человеком и автономией индивида. Человек должен быть автором своих решений, сам управлять собой и не допускать, чтобы правили им. Поэтому он не может признать долг подчиняться законам просто потому, что это законы. Это не означает, что он станет нарушать законы, требовать немедленной ликвидации государства и т. д. Но он будет подчиняться законам и поддерживать государственное устройство только потому, что он лично согласен с их целями (преимущества порядка, защиты частной собственности и т. д.).

Сам факт того, что это – закон, не дает никаких оснований для подчинения. Философский анархист, скорее всего, будет вести себя как добропорядочный гражданин, но он никогда не признает легитимность государства и нравственную обязанность выполнять его повеления [65].

В некотором отношении идеи Р. П. Вулфа кажутся весьма привлекательными. Разве не правильно, что разумный и ответственный человек не должен слепо следовать закону, но всегда думать о том, оправдан ли этот закон? Это действительно так, но до определенной степени. Тот, кто скажет, что никогда не надо ставить под сомнение никакие законы и всегда надо соблюдать любой закон, должен будет согласиться с выводом, что жители нацистской Германии и сталинского Советского Союза имели нравственную обязанность соблюдать чудовищные законы этих режимов. Следовательно, должен быть некоторый предел для безоглядного подчинения закону.

Но нелегко сказать, где должен пролегать этот предел. Если мы примем противоположную точку зрения (не следует повиноваться закону, если он не соответствует твоим моральным убеждениям) – к чему это может привести? Многие люди считают, что значительная часть собираемых налогов расходуется неправильно. Означает ли это, что население имеет право прекратить платить большую часть налогов?

Некоторые люди считают несправедливым, что одни получают в наследство большие состояния, а другие – ничего. Если некто полагает, что сын «нового

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) русского» не имеет никакого морального права на унаследованную собственность, и считает, что соблюдать закон надо только тогда, когда он соответствует вашим нравственным взглядам, что (кроме страха наказания) может удержать этого человека от похищения чужой собственности?

Примеров на эту тему может быть приведено множество. Они показывают, что если мы примем точку зрения философского анархизма и в общественных делах будем руководствоваться только своими личными нравственными соображениями, мы придем к хаосу. Будет значительно лучше, если мы примем общие и обязательные для всех законы (пусть и не всегда совершенные), которыми будем руководствоваться в своих взаимоотношениях, чем позволить каждому действовать на основании его суждений о том, какими должны быть наилучшие законы.

#### Теории естественного права о правовых обязанностях

Теория естественного права использует концептуальное обоснование долга повиноваться закону. Этот долг вытекает из самого понятия закона. Так как правовой порядок сущностно связан с моральным порядком, то закон по определению будет морален, и у нас есть нравственные основания для повиновения закону.

Это, однако, распространяется только на законы в подлинном смысле этого слова, то есть справедливые законы, а не на все законы, существующие в данном обществе (некоторые из них могут быть несправедливыми и, значит, по сути законами не являться). Человек обязан подчиняться закону, только если содержание закона морально. Должен ли я подчиняться закону, запрещающему убийство? Да, потому что убийство есть зло.

Должен ли я подчиняться закону о том, что некоторые документы должны быть представлены в 3-х экземплярах? Да, если данный закон стремится создать удобства для административного аппарата, который делает добро (с точки зрения нравственных законов, требование предъявлять документ в 3-х экземплярах не является нравственным злом). Должен ли я подчиняться закону, который требует, чтобы я убивал невинных людей во время войны? Нет, потому что этот закон несправедлив и, значит, вообще не является законом.

Все вышесказанное не означает, что теория естественного права требует обязательного неподчинения несправедливым законам. Фома Аквинский утверждал, что некоторым, скажем так, умеренно несправедливым законам, хотя они и не являются законами в полном смысле этого слова, следует повиноваться во избежание большего зла бунтов или хаоса (консеквенциалистское обоснование) [66]. Однако если законы грубо нарушают естественный или божественный закон, то подчиняться им не следует.

#### Проблема повиновения закону с точки зрения юридического позитивизма

Среди позитивистов нет единой точки зрения на данную проблему. Некоторые из них утверждали, что любой закон, который имеет юридическую силу, то есть соответствует чисто техническим критериям законности, автоматически порождает вместе со своей легальностью долг повиновения.

С другой стороны, многие позитивисты полагают, что наличие формальных критериев законности никак не связано с обязанностью соблюдения закона. Согласно этой точке зрения, происхождение закона от правила признания удостоверяет его статус как действительного закона. Легальность данного закона дает основания государству применять силу для проведения его в жизнь, однако, легальность не решает вопроса о том, следует ли этим законным действиям государства подчиняться.

Некоторые позитивисты доказывают обязанность повиновения на основе консеквенциалистских доводов о негативных последствиях отрицания этого долга. Джереми Бентам, например, полагал, что мы должны найти середину между двумя крайностями. Одна из них – это позиция анархиста, который утверждает, что закон, не отвечающий его идеалу – это не закон, и он свободен не только критиковать его, но и не принимать его во внимание. Другая крайность – позиция реакционера, который полагает, что закон не допускает никакой критики. Позиция самого Бентама предполагала «повиноваться пунктуально, критиковать свободно» [67].

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) и Бентам, и Остин опасались анархии, которая может последовать, если человек будет считать себя свободным от соблюдения законов, которые ему не нравятся. В то же время они признавали, что законы могут достигнуть такой степени несправедливости и бесчеловечности, что нашей нравственной обязанностью будет не повиноваться и сопротивляться им[68]. Видимо, примерно такова же позиция и Г. Харта, с одобрением писавшего об этих идеях Бентама и Остина.

## Теории общественного договора

Иначе отвечают на вопрос о законности власти и долге повиноваться закону теории общественного договора.

Как вообще появляются у людей какие-либо обязанности (в том числе и вследствие договоров и обещаний)? Если вы договорились с вашим другом о том, что встретитесь с ним в восемь часов вечера, у вас появляется обязанность прийти на эту встречу в назначенное время. Нельзя ли таким же образом найти основание и для наших политических обязанностей? Если бы удалось показать, что государство имеет право управлять нами, и мы должны подчиняться его законам потому, что мы согласились на это, то была бы блестяще решена проблема правовых обязательств. Такое решение пытаются найти теории общественного договора.

Идея общественного договора очень древняя, она возникла уже в античности и была довольно популярна в средневековье. Классические версии современного варианта этой теории были разработаны в XVII-XVIII веках Томасом Гоббсом (1588-1679), Джоном Локком (1632-1704) и Жан-Жаком Руссо (1712-1778). Каковы основные положения этой теории?

Есть хорошая стратегия для того, чтобы понять, почему что-то есть: представить себе, что было бы, если бы этого не было. Теоретики общественного договора начинают с вопроса о том, что было бы, если бы не было социальных правил и принуждения к их соблюдению (законов, полиции, судов, правительства)? В данной ситуации каждый мог бы жить, как хочет, не будучи скован никакими ограничениями. Теоретики общественного договора называют это «естественным состоянием» (the state of nature). Какой была бы жизнь в этом состоянии?

Т. Гоббс пишет: «В таком [естественном. – М. С.] состоянии нет места для трудолюбия, так как никому не гарантированы плоды его труда, и потому нет земледелия, судоходства; морской торговли, удобных зданий, нет средств движения и передвижения вещей, требующих большой силы, нет знания земной поверхности, исчисления времени, ремесла, литературы, нет общества, а, что хуже всего, есть вечный страх и постоянная опасность насильственной смерти, и жизнь человека одинока, бедна, беспросветна, тупа и кратковременна»[69]. Т. Гоббс также говорит, что естественное состояние – это *bellum omnium contra omnes*[70] – «война всех против всех».

В своей знаменитой работе «Левиафан...» Гоббс доказывает, что ничего не может быть хуже жизни без защиты государства, и существование правительства необходимо для того, чтобы мы не вступили в «войну всех против всех».

Почему Гоббс считал естественное состояние таким ужасным? Согласно Гоббсу, природа человека такова, что в отсутствие государственной власти она неизбежно вовлечет нас в серьезные конфликты. Человек по своей природе постоянно ищет «блаженства», или «наслаждения», постоянно стремится достичь желаемого. Без контроля государства это неустанное стремление реализовать свои желания приводит к «войне всех против всех». Почему?

Во-первых, у нас есть одинаковые потребности. Мы все нуждаемся в одном и том же – еде, одежде, жилище.

Во-вторых, имеет место нехватка ресурсов. Мы живем не в Эдемском саду. В нашем мире необходимых вещей часто не хватает на всех.

В-третьих, кто же будет обладать необходимыми для жизни ресурсами в условиях, когда их на всех не хватает? Мы все хотим жить, и жить как можно лучше, и каждый из нас предпочтет иметь как можно больше. Но ведь все другие хотят того же, и люди примерно равны в том смысле, что обладают примерно одинаковой физической и интеллектуальной силой, и любой человек

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) может убить любого другого. «Более слабый имеет достаточно силы, чтобы путем тайных махинаций или путем союза с другими, кому грозит та же опасность, убить более сильного» [71].

В-четвертых, можем ли мы полагаться на милосердие или добрую волю других людей? Не можем, так как людям присущ ограниченный альтруизм. Люди не являются полными эгоистами, но они очень заботятся о себе, и нельзя рассчитывать на то, что когда их жизненные интересы столкнутся с вашими, они уступят [72].

Итак, что же получается? Мы все нуждаемся в одном и том же, и этого не хватает на всех. Поэтому возникает конкуренция за обладание ограниченными ресурсами. Но никто не имеет достаточно сил, чтобы победить в этой конкуренции, и никто, или почти никто, не пожертвует своими интересами в пользу других. В результате, как пишет Гоббс, мы получим «постоянное состояние войны, войны одного со всеми». И это война, в которой никто не защищен от нападения других, в ней никто не победит. Самая разумная стратегия для каждого в «естественном состоянии» – захватывать то, в чем он нуждается, и быть начеку, готовясь к защите своего имущества от других, и даже наносить по другим превентивные (предупреждающие) удары. Но так будут поступать все. Поэтому жизнь в «естественном состоянии» окажется невыносимой.

Гоббс не считал, что это всего лишь абстрактные рассуждения. Он указывал, что такое действительно случается, когда государство рушится, например, во время гражданской войны. Люди начинают лихорадочно запасать продукты, вооружаться и укреплять свои жилища. Мы можем добавить, что опыт XX века подтвердил мнение Т. Гоббса, согласно которому не может быть ничего хуже, чем жизнь без государства. В России это почувствовали, когда после февральской революции 1917 г. государство фактически перестало существовать (была ликвидирована полиция, развалилась армия), и в результате последовали ужасы Октябрьской революции и гражданской войны. Тот, кто хочет познакомиться с тем, как выглядит жизнь без государства, может поехать в Косово, Сомали, Афганистан, Чечню или Конго. Картина всегда одна и та же – гражданская война, резня и произвол многочисленных банд.

В связи со сказанным выше рассмотрим «Дилемму заключенного». Двое преступников, А и В, совершают ограбление, после чего их задерживает полиция. У них находят оружие, на ношение которого у преступников, нет разрешения, однако награбленное они уже успели спрятать. Что делает полиция? Полиция применяет обычную в такой ситуации тактику: задержанных уводят в разные камеры, после чего допрашивают поодиночке. Если они признаются в совершении ограбления, то получают по три года. Но никаких улик против преступников нет, поэтому, если А и В будут отрицать факт участия в ограблении, максимум, что им смогут дать – это по полгода за незаконное ноше-

ние оружия. Но если один из них признается, а другой – нет, то первый за сотрудничество со следствием получит свободу, а второй (за заперательство) – пять лет тюрьмы. Представим возможные варианты в виде таблицы.

Стратегии поведения заключения В	Срок тюремного заключения А		Срок тюремного
Оба признаются	3 года	3 года	
Оба не признаются	0,5 года	0,5 года	
А признается, В – нет	0 лет	5 лет	
В признается, А – нет	5 лет	0 лет	

Как должны поступить в такой ситуации преступники? Каждый из них стоит перед выбором: то ли признаваться, то ли отпираться от всего. А думает: «Если я не признаюсь, и В тоже не признается, то мы получим всего по полгода. Но что, если я не буду признаваться, а В признается?» Точно также думает и В. В результате оба признаются и получают по 3 года. А могли бы получить срок в шесть раз меньше!

Как же так получилось? Почему два взрослых разумных человека, действуя в собственных интересах, рассуждая совершенно правильно, получают не лучший результат, хотя вполне могли бы получить оптимальный? Они получают не лучший результат, потому что не сотрудничают, не действуют согласованно. Не сотрудничают они, так как не доверяют друг другу. А не доверяют они друг другу из-за того, что в данной ситуации нет никаких гарантий, что товарищ по ограблению не захочет действовать только в собственных интересах и выйти

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) на свободу, оставив другого за решеткой на пять лет.

«Дилемма заключенного» – это пример того, как рациональное на индивидуальном уровне поведение приводит к плохим результатам на уровне коллективном. Ситуации, аналогичные этой дилемме, нередко возникают в жизни общества. Особенно часто это происходит, когда речь идет об эксплуатации природных ресурсов.

Рационально ли обедневшему, много месяцев не получающему зарплату жителю Приморского края, идти в тайгу на заготовку женьшеня и других лекарственных растений? Да, рационально, но так поступают многие, полностью уничтожая ценные растения, от чего плохо всем.

Рационально ли старушке в конце августа 1998 гола, сразу после дефолта, бежать за мукой и сахаром, опасаясь, что цены на них еще больше вырастут? Да, рационально, но так поступают все старушки, и цены именно от этого еще больше вырастают.

Если возникают слухи о проблемах у какого-то банка, рационально ли бежать забирать свой вклад? Естественно, но так поступают все вкладчики, банк обанкротится, и вклады почти у всех пропадут (даже если первоначальные слухи и были ложными).

Что нужно для того, чтобы выйти из «естественного состояния»? Нужно найти возможность для сотрудничества. Если люди перестанут стоять с ножом у горла друг друга и начнут сотрудничать, они смогут увеличить производительность своего труда и, в целом, радикально улучшить свою жизнь. В «естественном состоянии» не сотрудничать с другими, нападать на них – самая рациональная индивидуальная стратегия поведения (но на коллективном уровне суммарный результат применения таких индивидуальных стратегий ужасен). Люди не сотрудничают, поскольку не уверены в том, что будут сотрудничать другие. Если даже они о чем-то договорятся, попытаются ввести какие-то ограничения, то одни будут соблюдать их, а другие – нет. Тот, кто попытается сотрудничать, окажется ни с чем и, весьма возможно, погибнет.

Но для организации коллективного действия людям необходимы гарантии. Во-первых, гарантии безопасности: люди должны иметь возможность работать совместно, не опасаясь нападения, кражи или предательства. Во-вторых, люди должны иметь возможность полагаться на других, знать, что те выполняют договоренности, сделают обещанное.

Если один человек выращивает хлеб, другой лечит больных, а третий строит дома – все должны быть уверены в том, что могут рассчитывать на выполнение другими их обязательств. Но для этого, как указывает Гоббс, и необходимо государство. Именно государство с его системой законов, полицией, судами обеспечивает защиту от нападений и соблюдение людьми договоренностей друг с другом.

Поэтому для того, чтобы выйти из «естественного состояния», люди должны согласиться соблюдать правила совместной жизни (законы) и создать организацию, способную силой принуждать к исполнению этих законов. Согласно Гоббсу, такая договоренность действительно существует, она называется общественным договором. Этот добровольный акт является источником легитимности установившейся власти и основанием для обязанности ей подчиняться.

Главная идея общественного договора может быть выражена словами Дж. Локка: «Я <...> утверждаю, что все люди по природе находятся [в естественном состоянии] и остаются там, пока по своему собственному согласию не сделают себя членами политического общества» [73]. То есть политическая власть надо мной может возникнуть только как результат моего добровольного действия. Человек может иметь политическую власть надо мной, только если я согласился дать ему эту власть. Государство возникает как следствие индивидуального, добровольного согласия каждого. Если государство правит без согласия людей, оно не имеет права это делать и является нелегитимным.

Всеобщность и добровольность – вот основы теории общественного договора. Они блестяще объясняют, почему государство имеет право править нами, и почему мы должны подчиняться его законам: потому что мы все добровольно согласились на это. Осталось показать, что всеобщее и добровольное согласие на создание государства существует. А это крайне трудно сделать.

Где мы можем найти в реальной жизни общественный договор? Некоторые авторы, в том числе Т. Гоббс, считали, что было реальное историческое событие, так называемый «первоначальный договор». Был момент в истории, когда наши предки заключили договор и перешли из «естественного состояния» к гражданскому обществу. Подобная концепция является предметом насмешек большинства авторов, они просят указать, в каком музее хранится текст «первоначального договора», где, в каких хрониках отмечено это событие. Не говоря уже о технических проблемах коммуникации и т. д., критики, начиная с Ж.-Ж. Руссо указывали, что древние люди просто не обладали достаточно развитым абстрактным мышлением, чтобы создать такой документ.

Но даже если бы подобный контракт и был в действительности, что бы это доказывало? Допустим, этот договор действовал на протяжении одного поколения, но как быть с последующими поколениями? Ни одна юридическая система не позволяет одному поколению заключить такой контракт, который бы обязывал все последующие поколения. А именно это и предполагает теория «первоначального договора». Может ли быть так, что каждый из нас сознательно и добровольно дал свое согласие на то, чтобы было государство? Спрашивал кто-нибудь вас, уважаемый читатель, согласны ли вы с тем, чтобы вами правили?

Здесь возможно возражение: согласие может даваться менее явным образом, например, путем голосования на выборах. Голосуя за действующую власть, мы тем самым выражаем свое согласие. Как быть с теми, кто голосовал против? Можно утверждать, что они, даже голосуя против, самим фактом участия в голосовании признают нашу политическую систему в целом. Но как, однако, быть с теми, кто не участвовал в голосовании? Истолковать их поведение как согласие невозможно.

#### Общественный договор на основе «молчаливого согласия»

Пока что попытки построить теорию явного, выраженного согласия людей с существованием государства и его законов не увенчались успехом. Но мы уже столкнулись с тем, что согласие может даваться неявным образом, например, через участие в голосовании. Возможно, что идея «молчаливого согласия» окажется более перспективной?

В диалоге Платона «Критон» представлена следующая ситуация. Сократ несправедливо приговорен к смерти афинским судом. За день до казни в тюрьму к Сократу приходит его друг, богач Критон, и умоляет его бежать – стража подкуплена, и это можно сделать. Однако Сократ отказывается спасти свою жизнь, утверждая, что поступить так было бы несправедливо по отношению к Афинам и их законам.

Законы могли бы сказать: «Отвечай же нам: за какую вину собираешься ты погубить нас и город? Не мы ли, во-первых, родили тебя, не с нашего ли благословения отец твой получил себе в жены мать твою и произвел тебя на свет? Ну вот и скажи: порицаешь ли ты что-нибудь в тех из нас, которые относятся к браку? <...> Но, может быть, ты порицаешь те, которые относятся к воспитанию родившегося и к его образованию, каковое ты сам и получил? Разве не хорошо распорядились те из нас, которые, требовали от твоего отца дать тебе мусическое и гимнастическое воспитание? <...> «Ну вот и рассуди, Сократ, – скажут, вероятно, Законы, – правду ли мы говорим, что несправедливо то, что ты задумал теперь с нами сделать? В самом деле, мы, которые тебя родили, вскормили, воспитали, наделили всевозможными благами, как, и всех прочих граждан, в то же время мы предупреждаем каждого из афинян (занесенного в гражданский список и ознакомленного с государственным делами и с нами, Законами), что если мы ему не нравимся, то ему предоставляется взять свое имущество и идти, куда он хочет. <...> О том же из вас, кто остается, зная как мы судим в наших судах и ведем в городе прочие дела, о таком мы говорим, что он на деле согласился с нами исполнять то, что мы велим <...> У нас, Сократ, имеются неоспоримые доказательства того, что тебе нравились и мы, и наш город, потому что не сидел бы ты в нем так упорно, как не сидит ни один афинянин с... .> ты никогда не путешествовал, как прочие люди <...> вот до чего предпочитал ты нас и соглашался жить под нашим управлением; да и детьми обзавелся ты в нашем городе, потому что он тебе нравится. <...> Итак, прежде всего, отвечай нам вот на что: правду ли мы говорим или неправду, утверждая, что ты не на словах, а на деле согласился жить под нашим управлением?».

Критон соглашается с этой аргументацией, и Сократ заключает, что в таком случае Законы могут сказать ему: « < . . . > не нарушаешь ли ты обязательства и договоры, которые ты с нами заключил, не буди принужденным заключать их и не буди обманутым < . . . >?» [74].

Все основные теоретики общественного договора (Гоббс, Локк и Руссо) в различной степени полагаются на идею «молчаливого согласия». Здесь ключевой является мысль о том, что человек, получая блага от государства, в котором живет, тем самым выражает свое молчаливое согласие с его существованием.

В частности, Джон Локк так формулировал идею о том, что политические обязательства могут возникать через молчаливое согласие: «Каждый человек, который имеет какое-либо владение или наслаждается какими-то благами на любых территориях любого государства, тем самым дает свое молчаливое согласие, и тем самым обязан повиноваться законам этого правительства < . . . > как и любой другой под его властью, будь его владением земля его или его наследников, или жилье, снятое на неделю, или даже если он просто свободно путешествует по дороге» [75].

Итак, принимая защиту и другие блага от государства, я молчаливо соглашаюсь с его существованием и тем самым принимаю на себя обязательства подчиняться его законам.

Этот вывод очень уязвим для следующего возражения: а как выразить несогласие? Взять и уехать из данного государства, как это подразумевают Законы в диалоге «Критон»? По этому поводу красноречиво высказался Дэвид Юм (1711–1776): «Можем ли мы всерьез говорить, что бедный крестьянин или ремесленник имеет право свободно покинуть свою страну, когда он не знает иностранного языка и чужих обычаев и перебивается со дня на день с помощью небольшого заработка, который у него есть? Мы можем в равной степени утверждать, что человек, оставаясь на корабле, свободно соглашается с властью его хозяина, хотя его принесли на борт спящим, и ему придется прыгнуть в океан и погибнуть, как только он решится корабль покинуть» [76].

Возражение Юма показывает, что само по себе проживание в государстве не может быть истолковано как согласие. В противном случае – ничто не может считаться несогласием, кроме эмиграции из страны. Но это слишком недостаточный аргумент для того, чтобы полагать, что все, кто остается, согласны с правящим режимом.

Эмиграция для большинства людей – социально и культурно слишком тяжелый процесс. Мы живем не в Древней Греции, когда было можно выйти пешком из своего города и попасть в соседнее государство, где и жить. В современном мире возможностей для эмиграции все меньше и меньше, эмигрировать становится просто некуда. Поэтому идея «молчаливого согласия» не работает. Долг повиноваться законам не может быть обоснован таким образом.

#### Гипотетический общественный договор

Допустим, вы играете с кем-то в карты. Карты розданы, ваш партнер открыл свои, а вы еще только собираетесь это сделать. Вдруг вы видите, что одна карта лежит на полу. Вы предлагаете пересдать, но ваш партнер не соглашается. Может быть, ему выпали отличные карты впервые за вечер, и ему очень жалко с ними расставаться. Он говорит: «Все, раньше надо было смотреть, а сейчас уже роздано, будем играть». Вы не соглашаетесь.

Какие возможны выходы из данной ситуации? Возможно, ваш партнер – более сильная личность, чем вы, он психологически подавит и заставит вас согласиться со своим мнением. Возможно, спор будет решен путем применения физической силы. Но, если мы хотим решить этот спор с помощью и справедливого решения, возможны и другие стратегии.

Например, может быть так, что еще до начала игры мы заключили какое-то соглашение. Мы написали длинный текст, предусматривающий все спорные моменты, которые могут возникнуть, в том числе и этот. Мы смотрим в текст и вычитываем там, как надо поступить. Эта ситуация не очень правдоподобна. Более реально могло быть то, что перед игрой мы заключили устное соглашение играть по каким-то правилам. Ссылка на эти правила может решить спор.

Но что если не было никакого договора, на который мы могли бы опереться?



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
что еще можно сделать? Есть возможность обратиться к незаинтересованному, беспристрастному третьему лицу. Допустим, присутствует человек, которого мы оба уважаем и готовы согласиться с тем решением, которое он вынесет.

И наконец, мы можем воспользоваться гипотетическим договором. Мы можем, в нашем воображении, представить себе, о чем бы мы договорились, если бы обсудили этот вопрос до начала игры. Вы бы сказали вашему партнеру: «Ты не соглашаешься только потому, что у тебя выпали хорошие карты. Это мешает тебе беспристрастно оценить ситуацию с позиции справедливости». Может быть, вам удалось бы убедить его, что если бы мы предусмотрели этот случай заранее, то согласились бы, что в такой ситуации карты надо пересдать [77].

Этот пример хорошо показывает, как можно обосновывать правовые обязанности с помощью идеи гипотетического договора.

Сторонники концепции гипотетического общественного договора полагают, что тестом на легитимность существующих социальных институтов является вопрос: могут ли они представить себя участниками договора о создании этих институтов? Таким образом, легитимность удостоверяется мысленным экспериментом, в ходе которого мы проверяем универсальную приемлемость законов, политических институтов или социальной системы в целом.

Идея гипотетического общественного договора была впервые сформулирована И. Кантом, утверждавшим, что справедливое законодательство должно основываться на рационально представимой возможности согласия с ним всех.

Теории гипотетического общественного договора с их ключевой идеей о том, что социальные институты являются справедливыми, только если мы можем представить их как результат свободного выбора людей, были и остаются важным направлением, развивающимся в рамках политической и правовой теории. Наиболее известным из современных сторонников этой идеи является Дж. Ролз, о теории которого будет сказано ниже. Попытаемся разобраться, что же такое гипотетический общественный договор, и может ли он служить основанием для обязательства повиноваться закону.

Всякий договор предполагает согласие. Теории общественного договора утверждают, что государство и его законы могут быть легитимны только тогда, когда основаны на согласии народа с ними. Мы видели, что попытки найти это согласие, выраженное явно или не явно, не увенчиваются успехом. Поэтому возникает идея о том, что общественный договор и согласие, которые имеются в виду, являются чисто гипотетическими. Идея общественного договора – это просто описание того, что бы мы сделали, оказавшись в «естественном состоянии». И, согласно этой концепции, если мы поймем, что в «естественном состоянии» мы договорились бы о создании государства, этого уже достаточно для того, чтобы показать легитимность государства и, соответственно, наличие обязанности повиноваться закону.

Оказавшись в «естественном состоянии» и будучи рационально мыслящими людьми, мы сделали бы все, чтобы создать государство. В частности, мы бы сознательно и добровольно приняли договор о его создании. Хотя почти никто не выражает явно и официально свое согласие с существованием государства, тем не менее в некотором смысле это согласие имеется. Если бы нас спросили об этом, и мы бы имели достаточно времени, чтобы серьезно подумать над этим вопросом, мы выразили бы свое согласие. Можно сказать, что это согласие есть, просто мы его не осознаем так же, как мы можем иметь некоторые представления, не осознавая этого. Проведя мысленный эксперимент, мы понимаем, что согласие в нас уже имеется.

Насколько силен этот аргумент? Увы, как говорит об этом Дж. Хэмптон, «гипотетический договор не стоит того листа бумаги, на котором он не написан» [78]. Тот факт, что я гипотетически согласился бы с какими-то правилами, еще дает основания применять их против меня, если я с ними не согласился в действительности. Невыраженное или даже неосознаваемое согласие никого ни к чему не обязывает ни в моральном, ни в правовом отношении. Никто не может иметь какие-то обязательства в силу гипотетического договора, но только в силу реального.

Кроме того, вполне возможно, что некоторые люди (анархисты), проведя мысленный эксперимент, все-таки предпочтут «естественное состояние» государству. Поэтому необходимое для теорий общественного договора согласие всех не достигается.

## Утилитаризм

Неспособность теории общественного договора обосновать легитимность государства и долг повиноваться законам заставляет обратиться к другим теориям обоснования этого долга, в том числе и к теории утилитаризма. Основателями утилитаризма стали Джереми Бентам и Джон Стюарт Милль (1806–1873).

Ключевая идея утилитаризма заключается в том, что морально правильно то действие, которое в данной ситуации приносит наибольшее количество пользы [79]. По-другому данный принцип можно сформулировать так: когда у нас есть выбор между различными действиями (между разными вариантами государственной политики и т. д.), мы должны выбрать то, которое будет иметь наилучшие последствия для всех, кого оно касается.

Полезность разные авторы понимали по-разному: как счастье, удовольствие, удовлетворение желаний или предпочтений, благополучие. Чаще всего речь идет о счастье, поэтому, когда это не оговорено, мы тоже будем понимать под полезностью именно счастье. Один из основоположников утилитаризма Джереми Бентам в книге «Принципы морали и законодательства» (1789) дает такую формулировку: «Под принципом пользы понимается тот принцип, который одобряет или не одобряет любое действие, исходя из того, увеличивает или уменьшает оно счастье той стороны, чьи интересы затрагиваются <...>». В другом месте Бентам формулирует цель утилитаризма «обеспечение наибольшего счастья наибольшего числа людей».

Заметим, теория утилитаризма тем самым подразумевает, что можно измерять количество счастья и сравнивать уровень счастья, которое испытывают разные люди. Уже это кажется абсурдным. Как мы можем делать утверждения типа «Иванов сегодня в 2,5 раза счастливее, чем Сидоров, хотя вчера он был в 3,3 раза счастливее Сидорова»? Однако в принципе такие сравнения возможны, и мы их делаем. Мы знаем, что некоторые люди, например, испытывают гораздо больше удовольствия от той или иной пищи или развлечений, чем мы сами. Мы знаем, что одни люди несчастны, а другие испытывают наслаждение от жизни и т. д.

Может показаться, что утилитаризм – это совсем не радикальная идея, что проповедует «прописные истины». Кто будет спорить, что люди должны стараться делать так, чтобы страданий было меньше, а счастья больше? Но, во-первых, то, что сделали Бентам и Милль было для их времени не менее радикально, чем две другие интеллектуальные революции XIX в. (революции К. Маркса и Ч. Дарвина).

Утилитаризм не опирается на Бога и какие-либо божественные установления. Его целью является счастье в этом мире, и мы имеем право (и даже обязаны) делать все для достижения этого счастья. В то время это была революционная идея.

В чем привлекательность утилитаризма? У него есть два плюса. Во-первых, цель, которую преследуют утилитаристы, не зависит от существования Бога, души или подобных сомнительных и спорных (с точки зрения современного человека) оснований. В древности и в средние века основой существования общества и человека был миф или религия, вера в то, что мироздание имеет какой-то смысл и цель.

Многие люди до сих пор считают, что без этих основ мы останемся только с набором правил, типа «делай то», «не делай этого», смысл и цель которых неясны.

Относительно утилитаризма этого не скажешь. Его цель (счастье или благосостояние, или благополучие) – это то, к чему мы все стремимся для себя и для тех, кого мы любим. Утилитаристы просто требуют, чтобы это делалось беспристрастно, для каждого. Являемся ли мы детьми Бога или нет, есть ли у нас душа, обладаем ли свободной волей или нет, мы можем страдать и блаженствовать, нам может быть лучше или хуже. Независимо от того, насколько мы религиозны или нерелигиозны, мы не можем отрицать, что стремимся к тому, чтобы нам было лучше, и предпочитаем счастье несчастью.

Другая привлекательная черта утилитаризма – его внимание к результатам

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) действия (то, что называется консеквенциализмом). Утилитаризм требует, чтобы мы учитывали, действительно ли конкретное действие человека или группы, та или иная мера, предпринимаемая государством, приносит пользу или вред.

Есть люди, утверждающие, что нечто несет зло (например, гомосексуализм, стриптиз, рок-музыка), но не способные указать, в чем именно это зло заключается. Консеквенциализм гласит: «Если ты осуждаешь что-то, покажи, кому от этого стало хуже». Если в гомосексуальные отношения вступают взрослые люди по взаимному согласию, кому от этого плохо?

С другой стороны, консеквенциализм утверждает, что нечто является хорошим, только если оно делает чью-то жизнь лучше. В этом заключается его принципиальное отличие от моральных теорий, состоящих из правил, которым надо следовать, независимо от того, какие будут последствия.

Утилитаризм, как может показаться, предлагает ясный способ решения моральных и социально-политических проблем. Чтобы определить, какая политика является правильной, нам не нужно искать духовных вождей, обращаться к традиции, часто не дающей ясного ответа на вопросы современности, изучать теории мироздания и природы человека, как правило смутные и противоречащие друг другу. Нам нужно всего лишь измерить изменения в благосостоянии людей.

Утилитаризм исторически был прогрессивен. Он требовал, чтобы обычаи и авторитеты, которые угнетали людей в течение столетий, были проверены на то, улучшают ли они жизнь людей.

Возвращаясь к главной теме, рассмотрим, как выглядит утилитаристская теория политических обязательств. Джереми Бентам утверждал, что мы должны повиноваться нашим правителям до тех пор, пока выгоды подчинения перевешивают его тяготы. Это выглядит как теория о том, что следует повиноваться закону в том и только в том случае, если повиновение приносит больше счастья обществу, чем неповиновение.

Но если это так, то теория утилитаризма – это программа неподчинения законам. Действительно, мое счастье – часть всеобщего счастья. Поэтому, если нарушение закона (например, похищение шоколадки из большого супермаркета) увеличивает мое счастье, и при этом никто не испытывает ощутимого ущерба, то получается, что утилитаризм не только позволяет, но даже требует воровать.

Вряд ли это тот результат, которого хотят утилитаристы, и у них есть хорошее возражение: что произойдет, если все мы будем нарушать законы, когда нам покажется, что их нарушение увеличит всеобщее счастье? Например, любой человек будет красть мои вещи, если его счастье от этого увеличится больше, чем уменьшится мое. Право собственности окажется под угрозой, все будут опасаться за свое имущество, и это приведет к увеличению всеобщего несчастья, а не счастья.

Поэтому, может сказать утилитарист, мы нуждаемся в том, чтобы соблюдать законы, даже если нарушение одного из них в каком-то конкретном случае ведет к увеличению общественного счастья. В целом же нам нужна система законов, обязательная для каждого, так как именно это приведет к максимальному общественному счастью в долгосрочной перспективе. Данная разновидность утилитаризма называется «непрямой утилитаризм», или «утилитаризм правил» (rule-utilitarianism).

Видимо, примерно такой была точка зрения Дж. Бентама, автора следующих идей:

- Законы должны приниматься тогда и только тогда, когда они более способствуют счастью людей, чем другие возможные законы (или отсутствие таковых).
- Законам следует повиноваться, поскольку это законы (и им будут повиноваться, поскольку неповиновение повлечет наказание), не повиноваться следует только во избежании бедствия.
- Законы должны отменяться и заменяться новыми, если они не выполняют должную утилитарную функцию.

Таким образом, доводы утилитаризма в пользу долга повиновения законам можно представить с помощью силлогизма:

Наилучшим обществом является то, в котором достигается наибольшее количество счастья.

Государство и система законов лучше способствуют достижению счастья, чем отсутствие законов и государства («естественное состояние»).

Следовательно, мы имеем нравственный долг поддерживать государство и повиноваться законам[80].

Если обе посылки верны, то и вывод тоже верен. Никто, кроме анархистов, не сомневается в правильности второго суждения. Поэтому единственной уязвимой частью данного силлогизма является первая посылка – сам фундаментальный принцип полезности. Здесь-то и возникает серьезная проблема. Мало кто из современных философов готов согласиться с основной идеей утилитаризма. Большинство же считает, что она ведет к морально неприемлемым последствиям. В частности, она допускает совершение жутких несправедливостей во имя всеобщего счастья.

Рассмотрим некоторые контраргументы в адрес утилитаризма, затрагивающие ряд фундаментальных философских проблем.

Во-первых, утилитаризм утверждает, что правильные действия те, которые приносят наибольшее благо. Но что есть благо? Классический утилитаристский ответ: благо – это счастье и только счастье. Милль писал следующее: «Доктрина утилитаризма состоит в том, что счастье и только счастье желательно как цель, все остальное – средство для достижения цели» (в самом деле, для чего существуют деньги, вещи и т. д.?).

Идея в том, что счастье (или удовольствие) является единственной и наивысшей целью (а несчастье или страдание, – единственным злом). Теория утилитаризма привлекательна своей простотой и правдоподобной идеей, согласно которой вещи хороши или плохи не сами по себе, а в зависимости от того, какие чувства они заставляют нас испытывать. Чтобы выявить недостатки этой теории, рассмотрим несколько примеров.

В Советском Союзе студентов консерваторий отправляли в колхоз убирать картофель. Для музыкантов это крайне рискованное занятие, например, травма руки может положить конец карьере пианиста. Допустим, такой случай произошел. Талантливый студент-музыкант серьезно повредил руку и не может больше играть. Почему это плохо для него? Гедонист скажет, что это порождает несчастье. Получивший травму будет очень расстраиваться, переживать, страдать каждый раз, когда подумает о том, что все могло быть иначе. И в этом его несчастье.

Но, как нам кажется, подобный способ объяснения несчастья не верен. Ведь дело не в том, что ситуация сама по себе нейтральна, но становится плохой, так как юноша расстраивается и огорчается. Напротив, его переживания – это естественная реакция на действительно трагическую ситуацию. Он мог бы стать музыкантом, выступать с концертами, а теперь не может. Трагедия в этом. Мы не можем устранить эту трагедию просто объяснив ему, что не надо расстраиваться[81].

Американский философ Роберт Нозик предложил очень интересный способ доказать ошибочность утилитаристских представлений. Предположим, что изобретена «Машина наслаждения» – устройство, которое делает человеку инъекции химических веществ (совершенно безвредных), вызывающих ощущения невероятного блаженства. Причем это будут не только «низменные», но и самые «возвышенные» наслаждения. Допустим, будет казаться, что вы едите вкуснейшую пищу и пьете изысканнейшие напитки, слышите прекраснейшую музыку, любуетесь великолепными картинами художников, видите потрясающие пейзажи, читаете и пишете изумительные стихи. Вам будет казаться, что вы бродите по песчаному пляжу на берегу океана и любуетесь закатом, что у вас начинается потрясающий любовный роман... Согласились бы вы провести так всю жизнь? Можно с уверенностью сказать, что очень немногие согласятся на это. А многие даже предпочтут смерть такой жизни, посчитав, что такая жизнь пуста и лишена смысла.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
О чем говорят эти примеры? О том, что мы ценим «вещи», включая творчество и дружбу, сами по себе. Мы счастливы, когда имеем их, но только потому, что мы уже до этого считаем хорошими «вещами». Мы не считаем, что они хорошие только потому, что они делают нас счастливыми. Поэтому лишиться этих «вещей» – это несчастье для нас, независимо от того, сопровождается потеря отрицательными эмоциями, или нет.

Таким образом, гедонизм неправильно понимает природу счастья. Счастье – это не высшая цель, к которой мы стремимся ради него одного, а все остальное – не только средства для достижения этой цели. Нет, счастье – это реакция на достижение того, что мы считаем благом самим по себе. Мы считаем, что дружба хороша сама по себе, поэтому обладание друзьями делает нас счастливыми.

Не верно, будто мы сначала стремимся к счастью, потом решаем, что дружба могла бы сделать нас счастливыми, а затем ищем друзей как средства для этой цели. «Мы хотим в жизни делать вещи, которые считаем стоящими. И хотя мы надеемся, что, делая их, мы будем счастливы, мы не готовы отказаться от них, даже ради гарантированного счастья»[82].

Гедонистические взгляды классических утилитаристов (Бентама и Милля) не являются обязательным элементом доктрины милитаризма. Ныне большинством их последователей они отвергнуты.

Но необходимой частью утилитаризма является утверждение о том, что только результаты имеют значение. Иначе говоря, для того, чтобы определить, какое действие будет правильным, мы должны спросить себя: а что получится в результате? Если мы придем к выводу, что помимо конечного результата что-то еще влияет на выбор правильного действия, тогда будет нанесен удар по самому основанию утилитаризма.

Самые серьезные антиутилитаристские аргументы связаны именно с этой проблемой: они утверждают, что, не только польза, но и многие другие факторы важны при определении, правильно ли совершается действие. Рассмотрим три основных.

Справедливость. Критики говорят, что утилитаризм (в погоне за всеобщим счастьем) часто будет допускать ужасные несправедливости.

Допустим, дело происходит в Древнем Риме. На стадионе 100 тысяч зрителей. Вы – римский император. Толпа требует, чтобы на арену вывели христианина и отдали его на растерзание львам. Что вы как император должны сделать? Допустим, вы сторонник утилитаризма. Вы видите, что 100 тысяч человек получают от зрелища такое огромное наслаждение, которое, скажем так, намного перевесит страдания одного христианина. Если же вы откажете, зрители будут очень огорчены. Таким образом, согласно утилитаризму жизнь одного в данном случае следует (выгодно) пожертвовать.

Или, предположим, что совершено ужасное преступление с многочисленными жертвами (например, террористами взорван жилой дом). В такой ситуации на следственные органы оказывается сильное психологическое давление – от них ожидают максимально быстрого раскрытия преступления и задержания преступников. Население жаждет мести и хочет получить гарантии, что больше этого не повторится. Понятно, что общее счастье значительно увеличится, если виновные будут задержаны и преданы суду. Но противники утилитаризма замечают, что оно увеличится и в том случае, если население будет верить, что виновные арестованы и осуждены, а на самом деле арестуют тех, кто этого преступления не совершал. По крайней мере, наша потребность в отмщении будет удовлетворена, и мы станем спать спокойнее (пусть даже и на основании лжи). Конечно, тогда пострадают невинные. Но кажется весьма вероятным, что увеличение счастья (или уменьшение несчастья) населения в целом перевесит страдания ложно обвиненных, и тогда осуждение невинных с точки зрения утилитаризма будет оправдано.

Согласно критикам утилитаризма, этот пример показывает один из серьезнейших недостатков данной теории – ее несовместимость с идеалами справедливости. Справедливость требует, чтобы мы поступали честно по отношению к людям, чтобы люди получали только то, что они заслуживают. Невинный человек, который не сделал ничего плохого: не совершал убийства и т. д., не должен быть наказан за эти преступления. Требования справедливости и полезности могут противоречить друг другу, поэтому теория, которая говорит, что не

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) имеет значения ничего, кроме полезности, не права.

Права человека. Обратимся к реальному случаю, который рассматривался в одном из апелляционных судов США в 1963 г.

В октябре 1958 г. истец, Анжелин Иорк, стала жертвой избиения. Она пришла в отделение полиции, чтобы подать заявление в суд. Ответчик, полицейский Рон Стори, дежуривший в тот день в участке, сказал Анжелин, что ему необходимо ее сфотографировать. Он проводил Анжелин в комнату, закрыл дверь, приказал раздеться и принимать разные позы, скажем так, довольно раскованные, в которых ее и фотографировал. Сама потерпевшая возражала, говоря, что синяки все равно не будут видны на фотографиях. (По закону никаких фотографий делать не требовалось.)

Позже Стори сообщил истцу, что он никому не показывал ее фотографии и уже уничтожил их. На самом же деле он их распространял среди своих сослуживцев, и некоторые из них печатали себе дополнительные фотографии с негативов, также распространяя их среди своих друзей. Анжелин Иорк подала в суд на полицейских и выиграла дело: ее юридические права были явно нарушены.

Но как быть с аморальным поведением полицейских? Утилитаризм говорит, что действия оправданы, если они приносят больше счастья, чем несчастья. В данном случае мы должны сопоставить неприятные переживания Анжелин Иорк и удовольствие, полученное Стори и его друзьями. Вполне возможно, что их действия повлекли больше счастья, чем несчастья и, значит, с точки зрения утилитаризма оправданы.

Но, как нам кажется, это извращенный подход к делу. При чем тут вообще удовольствие Стори и его сослуживцев? Почему оно вообще должно приниматься во внимание. Полицейские не имели права так обращаться с Анжелин.

Чтобы сделать этот вопрос еще более ясным, предположим, что дело было по-другому. Предположим, что Стори подглядывал за Анжелин через окно ее спальни, а затем сделал фотографии ее в раздетом виде. Допустим, что никто этого не заметил, а он сам никому не показывал фотографии, используя их только для собственного развлечения. Таким образом, единственным результатом его действий было бы увеличение количества его собственного счастья. Как утилитаризм может отрицать, что его действия были правильными? [83]

Сейчас в ваннных комнатах некоторых ни о чем не подозревающих людей установлены скрытые камеры, и этих людей в обнаженном виде любой может видеть в Интернете. Можно ли считать, что этим людям не нанесено никакого ущерба? Нет, ибо люди имеют права, с которыми нельзя бесцеремонно обращаться только потому, что кто-то ожидает получить вследствие этого хорошие результаты.

В случаях, приведенных выше, было нарушено право людей на частную жизнь. Но можно представить себе случаи, когда на карту поставлены другие права – право на свободу слова, свободу совести или даже право на жизнь. Может случиться так, что время от времени хорошие цели будут требовать игнорирования этих прав. Но мы не считаем, что наши права должны быть с легкостью отбрасываемы.

Понятие индивидуальных прав – это не утилитарное понятие. Наоборот, идея права – это идея «защитной сферы» вокруг человека, которая контролирует то, как с человеком можно обращаться, независимо от гипотетических результатов. Может быть, возможны очень хорошие результаты, если человека подвергнуть пытке. Но сущность прав человека как раз в том, что, несмотря на это, человек имеет право не подвергаться пытке.

Соображения, обращенные в прошлое. Допустим, вы обещали кому-то, что встретитесь с ним в центре города вечером. Но вам не хочется делать этого – вам нужно сделать кое-какие свои дела, и вы бы лучше остались дома. Что делать? Допустим, вы полагаете, что польза от завершения своих дел несколько перевешивает неудобство, причиненное вашему другу. Согласно стандартам утилитаризма, вы можете сделать вывод, что правильно остаться дома.

Но это рассуждение не учитывает тот факт, что данное обещание налагает на вас обязательство, которое вы не можете так просто игнорировать. (Конечно,

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
если последствия «верности обещанию» тяжелы; допустим, у вашей матери случится сердечный приступ, вы имеете право нарушить обещание.)

Но небольшое увеличение полезности не может быть основанием для того, чтобы не соблюдать обязательство, которое наложено на вас тем фактом, что вы дали обещание. Поэтому утилитаризм, который придает значение только последствиям, ошибочен.

Почему утилитаризм уязвим для критики такого рода? Потому что он обращен в будущее. Заботясь только о результатах, он сосредоточивает все внимание на том, что будет в результате наших действий. Однако мы обычно думаем, что соображения относительно прошлого тоже имеют значение. То, что вы обещали другу встретиться с ним, – факт уже свершившийся (дело прошлого). А утилитаризм не придает значение прошлому. Можно привести еще много аналогичных примеров.

Если человек не совершил преступление, это является основанием для того, чтобы его не наказывать. Если кто-то сделал вам добро, это может быть причиной для того, чтобы и вы оказали ему услугу. Но утилитаризм лишает прошлое всякого значения, и не позволяет ему влиять на выбор наших действий. В этом большая ошибка утилитаризма.

Реагируя на критику, сторонники утилитаризма предложили модифицировать эту теорию в «утилитаризм правил» (rule-utilitarianism). Напомню, что первоначальную теорию, называют «утилитаризмом действий» (act-utilitarianism).

Классический утилитаризм, «утилитаризм действий», предполагает, что каждое индивидуальное действие должно оцениваться по его вероятным последствиям. Если вам хочется солгать, можно это сделать или нет определяется по возможным последствиям лжи. Именно в этом проблема теории, говорят некоторые ее защитники. Хотя мы знаем, что в целом ложь – зло, очевидно, что в некоторых отдельных случаях она может иметь последствия хорошие.

Таким образом, утилитаризм правил не предполагает, что индивидуальные поступки будут оцениваться по «принципу полезности». Вместо этого, нужно установить правила, исходя из данного принципа, и индивидуальные действия считать правильными или неправильными уже в соответствии с этими правилами.

«Утилитаризм правил», как нам кажется, справляется со всеми антиутилитарными аргументами. «Утилитаризм действий» предполагает, что надо лжесвидетельствовать против невиновного человека тогда, когда последствия лжесвидетельства будут хорошими. Сторонник «утилитаризма правил» не станет рассуждать подобным образом. Он спросит себя: «Какие общие правила поведения принесут наибольшее счастье?» Представим себе два общества, в одном из них люди строго соблюдают правило «не лжесвидетельствуй против невиновного», а в другом – нет. В каком обществе люди будут жить лучше? Ясно, что в первом.

Если мы будем знать, что живем в обществе, в котором невиновных людей бросают в тюрьму, мы не будем чувствовать себя в безопасности, и это значительно уменьшит уровень нашего счастья. Откуда я могу знать, что следующим козлом отпущения не буду именно я? Поэтому мы должны принять правило о том, что люди имеют право не подвергаться наказаниям, если они невиновны.

Аналогичным образом можно доказать необходимость установить правила против нарушения прав человека, нарушения обещаний и т. д. Мы должны принять эти правила, потому что следование им делает жизнь лучше, способствует благосостоянию граждан. После того, как мы примем такие правила, нам уже не придется вспоминать про «принцип полезности», принимая то или иное решение.

Как может показаться, «утилитаризм правил» не противоречит здравому смыслу, справедливости, правам личности и т. д. Он также значительно лучше соответствует нашим моральным нормам.

Действительно, лучше жить в обществе, в котором соблюдают обещания, уважают права людей и т. д., чем в обществе, где в каждом конкретном случае люди руководствуются соображением полезности.

Тем не менее у нас нет никакой гарантии, что правила, обеспечивающие

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) максимальную полезность, будут всегда совпадать с требованиями справедливости, никогда не позволят приносить в жертву полезности интересы меньшинств и т. д. Неоправданно думать, что такие совпадения произойдут автоматически. Так, тюремное заключение невиновных вызовет чувство отсутствия безопасности у людей только в том случае, если они поймут, что происходит. Но если они никогда не узнают правды, то и не будут ни о чем беспокоиться. Уровень счастья не уменьшится. Получается, что заключать в тюрьму невиновных оправдано с точки зрения «утилитаризма правил» (правда никогда не выйдет наружу).

В любом случае, «утилитаризм правил» тоже не выход. Даже если он и дает правильные ответы, то приходит он к ним ложным путем. Согласно «утилитаризму правил», нельзя лжесвидетельствовать против невиновного, потому что в обществе, где начнут допускаться лжесвидетельства, жизнь людей станет хуже (каждый будет чувствовать незащищенность, страх перед клеветой). Нельзя не заплатить человеку, который сделал для вас какую-то работу (если вы заранее обещали ему, что заплатите), потому что у людей будет потеряна вера в обещания.

Но эти аргументы абсурдны! Не платить человеку, который имеет право на деньги, нельзя потому, что он заслуживает оплаты, каковы бы не были последствия для общества в целом в долгосрочной перспективе.

Возможно, что заключение в тюрьму невиновных в долгосрочной перспективе не приведет к увеличению счастья. Но при чем здесь вообще полнота счастья? Невиновные должны не подвергаться заключению просто потому, что они невиновны, к каким бы последствиям это не приводило. Соблюдение обещаний и прав человека – это вообще не средства для увеличения полезности.

Итак, хотя утилитаристское обоснование долга подчиняться закону выглядит сильным, сам утилитаризм оказывается весьма сомнительной теорией.

«Принцип честности»: Г. Харт и др.

Как указывал Дж. Вулф[84], независимо от того, согласились люди жить в государстве или нет, будет нечестно, если они станут получать блага от государства, но откажутся нести тяготы, необходимые для того, чтобы эти блага были. Поэтому, как утверждают некоторые философы, любой, кто получает какие-либо блага от государства, имеет долг честно повиноваться его законам: платить налоги и т. д.

Принцип, лежащий в основе этого представления, сформулировал опять же Г. Харт: «Если какое-либо количество лиц участвует в каком-либо совместном предприятии в соответствии с правилами и таким образом ограничивает свою свободу, те, кто подчинился этим ограничениям, когда это потребуется, имеют право на аналогичное подчинение со стороны тех, кто получил выгоду от их подчинения»[85].

Г. Харт придерживался той точки зрения, что «принцип честности» является «рациональным зерном» идеи «молчаливого согласия». Получение благ, действительно, налагает обязанности перед государством: нечестно пользоваться благами государства, если ты не готов нести свою долю тягот.

Блага – это безопасность и стабильность жизни в обществе, которое имеет и проводит в жизнь систему законов. Тяготы – это политические обязанности. (Если вы сидите в баре с тремя друзьями, и каждый по очереди заказывает пиво для всех, что друзья подумают о вас, если вы, выпив три оплаченных ими бокала пива, сразу же пойдете домой, как только настанет ваша очередь заказывать?)

Если мы принимаем принцип Харта и соглашаемся, что каждый получает выгоды от государства, то из этого следует, что каждый из нас обязан повиноваться государственным законам. Если мы получаем блага от законов, то нечестно и эгоистично нарушать их тогда, когда нам это удобно.

Можно ли доказать, что каждый действительно получает выгоду от существования государства? Для большинства людей аргументы Т. Гоббса в пользу этого (приведены выше) достаточно убедительны. Другая попытка обосновать эту идею была предпринята Д. Юмом.



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Д. Юм начинает с утверждения о том, что каждому из нас выгодна жизнь в обществе, которое основано на принципах справедливости, гарантирующих, например, права частной собственности и личной безопасности. Конечно, в краткосрочной перспективе нам иногда придется чем-то жертвовать, но в долгосрочной перспективе справедливость выгодна. Поскольку справедливость будет торжествовать лишь там, где все повинуются закону, то получается, что повиновение закону в личных интересах каждого.

Но действительно ли подчинение закону в интересах каждого? Если это так, то, как замечает сам Юм, кажется странным, что нас приходится принуждать к повиновению закону под угрозой наказания. Если в наших интересах исполнять законы, почему мы не делаем это добровольно?

Юм отвечает на это, что люди часто действуют не очень рационально. Допустим, у нас есть выбор между двумя действиями. Одно принесет нам небольшую выгоду сегодня, а другое – намного большее благо, но значительно позже. Хотя в наших интересах предпринять второе действие, мы, как указывает Юм, гораздо более склонны выбрать первое. Если вам предложат выбор: 100 долларов сегодня или 300 долларов через три года, что вы выберете? Можно быть уверенным, что многие выберут 100 долларов сегодня. Юм пишет: «Хотя мы можем быть вполне убеждены, что второй предмет превосходит первый, мы не в состоянии руководствоваться в своих действиях этим суждением, но уступаем ходатайству своих аффектов, которые всегда защищают то, что нам близко и смежно. Вот причина того, что люди так часто действуют вопреки своим несомненным интересам, и, в частности, вот почему они предпочитают какое-нибудь незначительное, но наличное преимущество поддержанию общественного порядка, который так сильно зависит от справедливости. Последствия всякого нарушения справедливости кажутся очень отдаленными и не способны уравновесить ни одно из тех непосредственных преимуществ, которые могут быть получены от подобного нарушения» [86].

Таким образом, по мнению Юма, хотя повиноваться закону в наших интересах, это весьма отдаленный, долгосрочный интерес, и мы склонны предпочитать ему сиюминутную выгоду, которую можем получить от нарушения закона.

Если каждый из нас будет следовать своим краткосрочным интересам и действовать несправедливо, общество развалится, к несчастью всех. Поэтому разум велит нам думать о долгосрочной перспективе и подчиняться закону. Но Юм считает, что одного разума недостаточно. Разум, по мнению Юма, «раб страстей». Наши иррациональные страсти, наше стремление к немедленному получению удовольствий побеждают доводы разума.

По Юму, «так как невозможно изменить или исправить что-либо существенное в нашей природе, то самое большее, что мы можем сделать – это изменить обстоятельства и наше положение и сделать так, чтобы соблюдение законов справедливости стало для нас ближайшим, а их нарушение самым отдаленным интересом» [87]. Мы должны найти способ, чтобы соблюдение законов справедливости было бы в наших ближайших интересах. Только так мы будем соблюдать их и тем самым способствовать реализации наших долгосрочных интересов.

В соответствии с этим Д. Юм утверждает, что мы должны создать систему властей, которые будут иметь право принимать законы и проводить их в жизнь под угрозой наказания за неисполнение. Подчинение законам выгодно нам в долгосрочной перспективе, а угроза наказания за неподчинение делает это выгодным и в краткосрочной перспективе. Для нас необходимо принуждение к соблюдению законов, потому что разум бессилён мотивировать нас к этому. Нам нужно заставить действовать в наших же интересах.

Целью Юма было объяснить преимущества государства и то, почему мы в целом готовы смириться с его существованием, даже если оно не основано на нашей согласии. Утверждать, что мы имеем нравственную обязанность соблюдать законы – это уже следующий шаг, и его Юм не сделал. Но этот шаг делает Харт и другие сторонники «принципа честности». Напомним, что согласно принципу Г. Харта, нам всем выгодно существование государства, и было бы нечестно по отношению к согражданам получать эти выгоды, не принимая на себя тягот, необходимых для создания благ («любишь кататься – люби и саночки возить»).

Эти тяготы – политические обязательства. Поэтому честность обязывает нас принять долг повиноваться государству. Но действительно ли мы имеем этот долг? Если мы получаем непрошенные блага, обязаны ли мы платить за них?

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
(Обязан ли я покупать пиво друзьям, если я не просил угощать меня? Если я не давал им основания полагать, что буду платить за них? Не могу ли я рассматривать угощение просто как подарок с их стороны?)

Современный американский философ Роберт Нозик (р. 1938) в своей знаменитой книге «Анархия, государство и утопия» утверждает, что непрошенные блага не создают никаких обязательств давать что-либо взамен. Он приводит следующий пример. Жители вашего микрорайона решили организовать что-то вроде ежедневной развлекательной программы. Каждому жителю назначен день, в который он должен выступить перед другими – играть музыку, петь, рассказывать анекдоты и т. д. Другие жильцы развлекали вас 137 дней, но на 138-й день, когда приходит ваша очередь, обязаны ли вы развлекать других?[88]

Нозик считает очевидным, что нет. Однако, согласно «принципу честности» Харта, вы обязаны это сделать. Вы получили блага, и теперь вы должны что-то дать взамен, сделать что-то для других.

Почему Нозик полагает, что вы ничего не обязаны? Вы не просили об этом благе, вас обеспечили им, невзирая на то, нравится вам это или нет. Возможно, вы предпочли бы не получать никаких благ. Если же мы скажем, что в данном случае у вас возникают обязательства, то получится, что другие могут в принудительном порядке завалить вас благами и затем потребовать что-либо за это, что явно несправедливо.

Возможно, пример Р. Нозика показывает, что нужна модификация «принципа честности». Может быть, долг честности возникает только тогда, когда человек принимает (а не просто получает) блага, понимая, какое бремя с ними будет связано. В случае с развлекательной программой вы приобретаете обязанность рассказывать анекдоты, только если вы приняли решение участвовать в развлекательном проекте. Каждый, кто принимает блага, но сам ничего не вкладывает в их создание, является эксплуататором, и нет ничего несправедливого в том, чтобы заставить такого человека платить. Кажется разумным, что измененный таким образом «принцип честности» порождает обязательства. Принимать блага, но отказываться платить – нечестно.

Однако, как только мы изменим «принцип честности», возникнет новая трудность. Проблема теперь в том, как отличить блага, которые приняты людьми, от тех, которые просто ими получены? В чем будет выражаться принятие благ от государства? Как мы вообще можем от них отказаться? Мы получаем их (или большинство их) независимо от того, хотим мы их или нет. Другими словами, мы имеем здесь те же самые проблемы, что и с идеей «молчаливого согласия».

Даже если мы обойдем эту трудность, разработав утонченную концепцию принятия благ, мы все равно столкнемся с тем, что некоторые люди, вроде анархистов, откажутся от принятия благ. Анархисты могут видеть все преимущество государства, но они видят и трудности, поэтому в их силах предпочесть не иметь ни благ, ни политических обязательств. Соответственно, «принцип честности» не сможет обеспечить универсальности политических обязательств. Он сможет сделать это, только если мы сохраним первоначальную формулировку Харта о «получении» благ. Но, как показывают примеры Р. Нозика и Р. Дворкина, это ведет к проблематичным последствиям. Таким образом, «принцип честности» также не решает проблемы политических обязательств.

Долг поддерживать справедливые институты

В последние десятилетия самой влиятельной в современной политической философии была «теория справедливости» Дж. Ролза[89].

Ролз сделал то, что многим показалось удивительным – он возродил теорию общественного договора, которая к тому времени казалась чем-то принадлежащим далекому прошлому, не имеющим никакого отношения к современности. Ролз использует концепцию гипотетического общественного договора, но не в применении к проблеме государства, организации политической власти (как это обычно делали до него теоретики классического контрактарианизма), а к проблеме справедливости, то есть к проблеме оптимальной организации общества.

Его идея заключается в том, чтобы представить себя в ситуации заключения

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
общественного договора. В этой ситуации мы должны договориться со всеми людьми, с которыми нам предстоит совместно жить, о принципах справедливости, на которых будет основано наше общество. Ролз утверждает, что принципы, принятые в результате этого гипотетического договорного процесса, будут лучшими принципами справедливости, которые мы можем иметь.

Ролз, пытаясь установить принципы, на которых должно быть основано общество – принципы справедливости – начинает с некоторой идеальной ситуации. Он называет эту ситуацию «начальной позицией». В «начальной позиции» люди договариваются о том, как им в дальнейшем жить совместно (это классическая идея всех сторонников теории общественного договора).

«Начальная позиция» сконструирована так, чтобы создать оптимальные условия для принятия честных и справедливых принципов общественного устройства. А для этого нужно исключить все то, что в реальной жизни делает нас пристрастными (наши интересы и ценности) и мешает принять эти принципы.

Ключевая идея Ролза заключается в том, что если справедливость требует беспристрастности, то беспристрастность можно моделировать при помощи неведения, дозирования информации. Например, мы хотим, чтобы торт был разрезан справедливо, то есть на как можно более равные доли, как добиться этого? Мы можем договориться о том, что тот, кто режет торт, возьмет свой кусок последним. Не зная, какой именно кусок достанется ему, он будет заинтересован в том, чтобы куски были одинаковы. Беспристрастность здесь достигается путем ограничения на информацию.

Люди в «начальной позиции» (те люди, которым предстоит заключить гипотетический договор) помещены за «занавес неведения» (*veil of ignorance*). Из-за этого они не знают, каковы их обстоятельства, не могут преднамеренно решить что-либо в свою пользу и, следовательно, будут действовать беспристрастно.

В «начальной позиции» заключающие общественный договор стороны не знают, какое у них место в обществе и к какому классу они принадлежат. Они не знают, какой у них социальный статус, каков их пол и какая раса. Они не знают, каковы их таланты, способности, интеллект, физическая сила и т. д. Они не знают, какие «социальные карты» у них на руках.

Кроме того, они не знают свою «концепцию блага» и, как пишет Ролз, свои «особенные психологические наклонности». Ролз постулирует, что люди в начальной позиции не обладают некоторой важной информацией о своем обществе. Они не знают, какова в нем экономическая и политическая ситуация, уровень цивилизации или культуры, к какому поколению они принадлежат. Но они знают некоторые базовые законы экономики и психологии.

Итак, «начальная позиция» сконструирована. Какие же принципы будут в ней выбраны? Ролз говорит, что каждый из нас в любой момент может представить себя в «начальной позиции» и почувствовать, согласен ли он с ее принципами. Согласно Ролзу, принципы «начальной позиции» такие:

1. Каждый человек имеет право на максимально широкие основные свободы, совместимые с такой же системой свобод для всех.
2. Социальные и экономические неравенства (*inequalities*) должны быть: наиболее полезны для тех, кто находится в наихудшем социально-экономическом положении [второй принцип в узком смысле. – С. М.], и связаны с должностями и занятиями (*offices and positions*), открытыми для всех на условиях честного равенства возможностей [90].

Первый принцип Ролз называет «Принципом свободы», второй – «Принципом различия».

Выбрать какой-либо другой принцип регулирования свободы означает либо дискриминировать какую-то социальную группу (то есть ограничить ее свободу), либо ограничить свободу для всех сразу. Но кто согласится на это, если не будет знать, к какой группе он сам принадлежит? Кто согласится дискриминировать какую-то расу (или какой-то пол), не зная, какой расы и какого пола он сам? И для чего ограничивать свободу всех?

«Принцип различия» будет избран потому, что в «начальной позиции» человеку также совершенно неизвестно, кем он окажется в будущем обществе, и

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
 последствия решения могут быть очень тяжелыми. А решения принимаются раз и навсегда, второй «начальной позиции» не будет. Мы знаем, что в «начальной позиции» мы уже приняли «принцип свободы», поэтому нет угрозы оказаться чьим-либо рабом. Но есть угроза оказаться очень бедным, безработным или бездомным (в любом современном обществе таких людей немало). Так как для каждого есть вероятность оказаться в самом низу социальной лестницы, то выбирается принцип, делающий жизнь тех, «кому не повезло», как можно более приемлемой, «принцип различия».

Для примера, возьмем общество, состоящее из 3-х человек. Допустим, возможны три альтернативы (цифры означают единицы дохода каждого из членов этих обществ).

Общества	Члены общества			A	B	C
I	4	7	12			
II	3	8	14			
III	5	6	8			

Предположим, вам будет предложено выбрать одну из этих альтернатив, но с условием, что начиная с завтрашнего дня вам придется жить в роли А, В или С. Какое общество вы выберете? Согласно Ролзу, вы выберете – III, так как здесь доходы распределены более равномерно, и даже если вы окажетесь самым бедным членом общества, то ваша жизнь все равно окажется максимально приемлемой. Заметим, что общества I и II в целом гораздо более богатые, но бедным там живется хуже.

«Принцип различия» по своей сути является эгалитарным принципом. Ролз дает ему несколько не совсем тождественных формулировок, и одна из них звучит так: распределение материальных благ (income and wealth) в обществе должно быть равным (то есть поровну), различия допускаются, только если они ко всеобщей выгоде, и особенно к выгоде тех, кому хуже всего.

То есть Ролз благосклонно относится к идеям эгалитаризма о том, что блага должны распределяться поровну. Но он учитывает и классическое возражение против эгалитаризма: эгалитаризм подрывает стимулы к труду, подрывает мотивацию. По крайней мере, некоторые люди (да, видимо, и большинство людей) работают лучше, если знают, что за свои усилия они получают дополнительное вознаграждение.

Напряженный труд людей, особенно продуктивный, выгоден всем нам: создается больше товаров и услуг, появляются новые рабочие места, больше собирается налогов и т. д. Получается, что неравенство выгодно всем, тогда какие могут быть возражения против него? Кому от него плохо? Коммунисты утверждали, что оно вредно, потому, что люди будут обогащаться. Поэтому эгалитаризм и коммунизм как его разновидность большинство авторов называют неэффективными и иррациональными учениями. А Ролз, учитывая это, принимает, что если неравенство необходимо для того, чтобы каждому из нас и, особенно, наиболее обездоленным, стало лучше, тогда оно допустимо. И это дает нам принцип различия.

Почему Ролз полагает, что именно эти принципы, выбранные в «начальной позиции», будут наилучшими принципами справедливости? Ролз утверждает, что его гипотетический договор занимает привилегированную позицию, так как можно показать, что каждый элемент договорной ситуации – (то есть «начальной позиции») честен. Он говорит, что «начальная позиция» – это «способ представления» или «способ изображения» (a device of representation).

Каждый элемент «начальной позиции» отображает то, что мы принимаем (или примем, если хорошо подумаем) на основе наших моральных убеждений.

Например, то, что стороны в начальной позиции не знают, к какому полу они принадлежат, подтверждает наше убеждение в том, что дискриминация по признаку пола неприемлема.

То, что договаривающиеся стороны не знают, к какой социальной группе они принадлежат, не знают, какова их физическая сила, какова их внешность, каков их интеллект, каковы их таланты, доказывает наше убеждение в том, что, как говорит Ролз, обладание социальными или природными данными «произвольно с моральной точки зрения». То есть, никто не заслуживает своей физической силы, никто не заслуживает своего интеллекта или хороших внешних данных.

Является ли заслугой человека, что он родился в зажиточной и культурной семье? Справедливо ли то, что красивым людям намного лучше живется в этой жизни? Особенно женщинам? Является ли их заслугой, что они красивые? Что одни люди рождаются с выдающимися умственными способностями, а другие – со слабым интеллектом? Одни талантливы, а другие – нет? Все это Ролз называет «случайностями рождения», или «удачей или неудачей в лотерее природы», и утверждает: никто не заслуживает той выгоды, которую он имеет от случайностей рождения.

Такое представление в «начальной позиции» объясняется тем, что люди не знают обо всех этих качествах. Ролз говорит, что мы делаем таланты «всеобщим достоянием» – таким ресурсом, от которого все члены общества имеют выгоду. Мы позволяем талантливым людям добиваться большего в жизни, например иметь более высокие доходы и т. д., но только при условии, что они будут делиться с теми, кто «обделен природой».

Как мы уже видели, Ролз обеспечивает беспристрастность через незнание, через ограничения на информацию.

Ролз разграничивает разные типы справедливости. Он говорит о «совершенной процедурной справедливости», «несовершенной процедурной справедливости» и «чистой процедурной справедливости». Примером «совершенной процедурной справедливости» является процедура справедливого деления торта.

Особенности «совершенной процедурной справедливости» заключаются в том, что у нас есть независимый, заранее установленный критерий определения справедливого результата (а именно, разрезание торта на равные части), и процедура, которая это гарантирует (конечно, здесь мы молчаливо предполагаем, что человек, разрезающий торт, во-первых, в состоянии разрезать его на равные части, а во-вторых, хочет иметь кусок побольше, но это уже детали). В жизни, как говорит Ролз «совершенная процедурная справедливость» встречается весьма редко.

Примером «несовершенной процедурной справедливости» может быть назван судебный процесс. В идеале обвиняемый должен признаваться виновным только в том случае, если он действительно совершил то преступление, в котором его обвиняют. Судебная процедура для этого и предназначена. Но представляется невозможным всегда достигать только правильного результата.

Даже если закону следуют с точностью и всю процедуру проводят честно и в соответствии с правилами, ошибка все равно возможна. Ситуация может сложиться так, что невиновный будет осужден, а виновный отпущен на свободу, даже не по злему умыслу, а в силу стечения обстоятельств. Таким образом, «несовершенная процедурная справедливость» характеризуется наличием независимого критерия определения правильности результата (то есть осуждение действительно виновного и оправдание невиновных), но и отсутствием процедуры, которая всегда с уверенностью к этому результату приведет.

«Чистая процедурная справедливость» отличается отсутствием независимого критерия для определения правильного результата. Вместо этого она предлагает честную, или корректную, процедуру. Любой результат, получившийся в конце, будет честным, или корректным, если эта процедура правильно применялась.

Примером может быть игра в кости на деньги. Если игра велась честно (ставки делались добровольно, никто не мошенничал и т. д.), то любое распределение денег между участниками в конце игры будет честным. Начальная позиция – это пример «чистой процедурной справедливости». Мы задаем честную, или справедливую, начальную ситуацию и честную процедуру принятия решений в этой ситуации, и, следовательно, все, что выходит из этой ситуации является справедливым [91].

Выбранные в условиях честности и беспристрастности, данные принципы защищают интересы каждого члена общества и обеспечивают максимально возможное равенство. Это – лучшие принципы справедливости, которые мы можем иметь. На основе этих принципов принимается конституция и система законов.

Как будет выглядеть общество, построенное на принципах Ролза? Ролз пишет: «Представим себе, что право и государство эффективно поддерживают рыночную

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) конкуренцию, способствуют полному использованию ресурсов. Собственность и богатство (особенно если разрешена частная собственность на средства производства) широко перераспределяются с помощью уместных форм налогообложения или как-то еще, и гарантирован их разумный социальный минимум. Предположим также, что существует честное равенство возможностей, основанное на доступности образования и что обеспечены другие базовые свободы. Тогда получившееся в результате распределение доходов будет удовлетворять «принципу различия». В этом комплексе институтов, которые, как мы думаем, устанавливают социальную справедливость в современном государстве, преимущества тех, кто занимает лучшие позиции, улучшают условия наименее преуспевающих»[92].

Справедливость получающегося распределения обеспечивается справедливостью всей системы общественных институтов.

Ролз использует идею «начальной позиции» и в своем анализе обязанности повиноваться закону. Он утверждает, что в этой позиции будет признана «естественная обязанность справедливости» поддерживать институты, которые по своей сути справедливы в том, что не проявляют никакой пристрастности или дискриминации. Если эти институты соответствуют двум принципам справедливости или подходят к ним так близко, как позволяют обстоятельства, то договаривающиеся стороны согласятся признать долг повиновения, поскольку каждый индивид может рассчитывать на процветание при таких институтах.

Важным для Ролза является вопрос: может ли существовать долг повиноваться несправедливым законам или общественным институтам? С самого начала он отвергает идею того, что долг повиновения распространяется только на абсолютно справедливые законы и институты. Конечно, в случае несправедливого закона естественный долг справедливости не действует. Ролз, однако, утверждает, что стороны в начальной позиции, зная как функционирует общество и то, что все общественные институты несовершенно, решат, что лучше согласиться с одной несовершенной процедурой, которая будет порождать некоторую несправедливость, чем не договориться вообще ни о чем.

Мы должны примириться с некоторым количеством несправедливых законов и признать необходимость подчиняться им, пока фундаментальные основы общества в целом справедливы. Долг повиноваться зависит от того, насколько серьезна несправедливость. Мы обязаны повиноваться несправедливым законам только в определенных пределах, которые были бы приемлемы для сторон в «начальной позиции».

#### «Ассоциативные обязательства» Р. Дворкина

Р. Дворкин подвергает критике многие из высказанных до него обоснований политических обязательств[93]. Он, в частности, критикует идею Ролза о «естественной обязанности поддерживать справедливые учреждения» (каковую должны признать люди в «начальной позиции»).

Эта обязанность, утверждает Дворкин, не объясняет, почему граждане имеют политические обязанности перед конкретными сообществами: почему британцы обязаны поддерживать политические институты именно Британии, а не других стран, в которых, возможно, не менее справедливое (а может быть, и более справедливое) устройство? Справедливость – это универсальное понятие, и она не может объяснить происхождение наших обязанностей перед локальными политическими сообществами[94].

Любое обоснование политических обязанностей, утверждает Дворкин, должно быть в состоянии объяснить тот факт, что политические обязанности недобровольны (никто не спрашивал нашего согласия на то, согласны ли мы подчиняться нашему государству) и не универсальны (почему россияне должны поддерживать именно Россию?). Как это сделать? Объяснение Дворкина опирается на понятия сообщества, или братства. Он утверждает, что политические обязательства – это разновидность так называемых «ассоциативных обязательств». Рассмотрим этот вопрос подробнее.

Могут ли у нас возникать обязанности просто в силу того, что мы получили нечто, о чем не просили? Нет, если мы получили это от чужаков, типа странствующих философов. И да, если речь идет об «ассоциативных обязательствах» – особых обязанностях, связанных с членством в какой-либо биологической или социальной группе (это может быть семья, друзья, соседи).

Большинство людей согласится, что они имеют обязанности перед семьей просто в силу членства в ней (хотя мы и не выбирали себе родителей и не просили рожать нас на свет). «Ассоциативные обязательства» очень важны: для большинства людей долг перед членами семьи, друзьями, коллегами по работе – едва ли не самая важная обязанность.

Особенностью «ассоциативных обязательств» является то, что это специальные (в смысле «не-универсальные») обязательства – они распространяются только на членов группы. И они не добровольны, не основаны на нашем согласии: мы не выбираем иметь или не иметь обязательства перед членами нашей семьи и друзьями.

Согласно Р. Дворкину, подлинные «ассоциативные обязательства» возникают только внутри настоящих сообществ, удовлетворяющих нескольким требованиям. Все члены настоящего сообщества должны рассматривать свои обязательства как:

- особые (то есть имеющие место только внутри группы);
- личные (то есть между каждым из членов группы);
- основанные на заботе (concern) о благе других членов группы и
- «члены группы должны полагать, что внутригрупповые практики выражают не просто заботу, но равную заботу о всех членах <...> ничья жизнь не является более важной по сравнению с жизнями других»[95].

Чтобы объяснить, что такое внутригрупповые обязанности, Дворкин использует понятие «взаимности» (reciprocity). Он утверждает, что «мы имеем долг выполнять наши обязанности в рамках социальных практик, которые формулируют группы и налагают особые обязанности на членов этих групп, но этот естественный долг имеет силу только тогда, когда выполняются некоторые условия»[96].

Важнейшим из условий является взаимность. Дворкин указывает, что мы не должны отождествлять взаимность с отношениями «ты – мне, я – тебе». Он понимает под взаимностью такие отношения, когда «друзья или семья, или соседи не договариваются в деталях об обязанностях в этих формах организации», но демонстрируют «примерно равную заботу» друг о друге[97].

«Ассоциативные обязанности» позволяют Р. Дворкину обосновать политические обязательства. Он утверждает, что политические обязательства – это разновидность «ассоциативных обязанностей». Подлинные политические обязательства возникают только в рамках истинного политического сообщества.

Только сообщество, придерживающееся идеала целостности (integrity) – «сообщество принципов» – может претендовать на статус настоящего сообщества. Настоящее сообщество имеет моральную легитимность, поскольку «его коллективные решения – это не голое насилие, а нечто, что мы имеем обязанность исполнять <...> во имя братства»[98].

Но что такое истинное политическое сообщество, «сообщество принципов»? Для того, чтобы пояснить это, Р. Дворкин описывает три «идеальных типа», три возможные модели политического сообщества[99]. Они различаются по тому, как члены этих сообществ относятся друг к другу и в целом воспринимают свое сообщество.

В первом случае люди рассматривают свое сообщество как сообщество де-факто, как историческую и географическую случайность, а не настоящее «ассоциативное сообщество».

Вторая модель политического сообщества – это «сообщество правил» (rulebook community). В таком обществе люди сознательно принимают обязанность подчиняться принятым правилам и делают это не только из стратегических соображений. Но они полагают, что их политические обязанности исчерпываются содержанием этих правил.

Они ведут себя как честные соперники в игре с четкими правилами или как порядочные бизнесмены, заключившие краткосрочный контракт. У них нет никакого представления о том, что существующие правила сформулированы на

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
основе некоторых фундаментальных принципов, которых они обязаны придерживаться.

Точнее, они воспринимают эти правила как компромисс между антагонистическими интересами или взглядами. Как в случае с заключением контракта, когда каждая сторона старается получить как можно больше и дать как можно меньше, нет никаких оснований полагать, что согласие сторон распространяется на что-либо еще, помимо того, что они открыто приняли.

Третья модель политического сообщества – это «сообщество принципов». Дворкин пишет, что: «<...> люди являются членами подлинного политического сообщества, когда их судьбы связаны настолько крепко, что они признают, что они управляются общими принципами, а не просто правилами, принятыми как политический компромисс. Политика носит особый характер для этих людей. Это – форум, где дебатруется то, какие принципы должны быть приняты сообществом как система, как оно должно рассматривать справедливость, честность и должный процесс применения закона <...> Члены общества принципов принимают то, что их политические права и обязанности не исчерпываются отдельными решениями, принятыми их политическими институтами, но зависят <...> от комплекса принципов, на которых основываются эти решения. Таким образом, каждый из членов принимает то, что другие имеют права, и он имеет обязанности, вытекающие из этого комплекса принципов, даже если последние никогда не были формально провозглашены. Он не считает, что эти права и обязанности зависят от того, одобряет ли он всецело этот комплекс принципов или нет; эти обязанности возникают в силу того исторического факта, что его сообщество одобрило этот свой комплекс принципов, не в силу того, выбран ли бы он их сам, если бы выбор был за ним. Короче говоря, каждый принимает политическую целостность (integrity) как особый политический идеал и расценивает общее признание этого идеала, даже среди людей, которые в другом не соглашались в вопросах политической морали, как составляющее политического сообщества»[100].

Дворкин показывает, что третья модель, модель «сообщества принципов», лучше всего удовлетворяет изложенным ранее условиям настоящего сообщества: «Она делает обязанности гражданства особыми: каждый гражданин уважает принципы честности и справедливости, воплощенные в политических учреждениях его сообщества и, возможно, отличающиеся от таковых в других сообществах, независимо от того, считает ли он их наилучшими принципами с утопической точки зрения. Она делает эти обязанности полностью личными: она велит, чтобы никто не был покинут, что мы все вместе в политике, что бы нас ни ожидало, что никто не может быть пожертвован, как раненый на поле битвы, во имя крестового похода за абстрактную справедливость. Забота, которую она выражает, не поверхностная <...> забота «модели правил», но подлинная и глубокая. Она начинается с политики и проходит сквозь законодательство, решения судов и поддержание правопорядка. Действия каждого в политике выражают, в каждом случае, в спорах о том, какими должны быть правила и как они должны воплощаться в жизнь, глубокую и постоянную приверженность к жертвам не только со стороны проигравших, но и со стороны сильных, которые выиграли бы от <...> нарушения принципов целостности. Она стремится к равенству, как этого требует четвертое условие: ее понимание целостности основано на том, что каждая личность так же ценна, как и любая другая, что к каждому следует относиться с равной заботой, согласно некоторой целостной концепции того, что это означает»[101].

И поэтому, как уже было сказано ранее, «сообщество принципов» может претендовать на статус настоящего сообщества и иметь моральную легитимность, поскольку «его коллективные решения – это не голое насилие, а нечто, что мы имеем обязанность исполнять <...> во имя братства»[102].

Ранее мы отмечали, что программа Дворкина предполагает слияние воедино правовой и моральной теории, поэтому при решении судебных дел судьи должны апеллировать к принципам, то есть моральным стандартам, содержащимся в законодательстве данного общества.

Концепция «ассоциативных обязательств» изложена Дворкиным довольно сжато. Насколько она правдоподобна? Удачно ли он описал «ассоциативные обязанности» в семье и т. д.? Действительно ли они основываются на так понимаемой взаимности (а не на, допустим, любви и альтруизме)?

У многих людей концепция семьи и дружбы, предлагаемая Дворкиным, вызовет много вопросов. Действительно ли в реальных семьях осуществляется равная



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
забота о всех членах семьи? Насколько удачна «ассоциативная» концепция как теория политической легитимности и политических обязательств? Ведь государство – это организация, существенно отличающаяся от семьи и группы друзей, в отличие от последних, оно основывается на принуждении. И какое отношение модель «сообщества принципов» имеет к реальности?

Понятно, что модель Дворкина – «идеальный тип» (термин М. Вебера), но все-таки есть ли общества, приближающиеся к ней, или это чистая утопия? Если это чистая утопия» то получается, что все существующие государства нелегитимны. Если это не чистая утопия, то насколько существующие сейчас государства близки к модели «братского сообщества принципов», часто описываемого Дворкиным в таких возвышенных фразах? Не являются ли его слова безнадежной их идеализацией?

Думается, что нет. Современные государства часто держатся во многом на силе, больше напоминают нечто среднее между сообществом де-факто и «сообществом правил», они еще далеки от идеала братского союза. Но помимо силы, борьбы интересов и т. д. в них есть и солидарность, есть и стремление к гражданскому сотрудничеству, к реализации нравственных идеалов, в том числе выражающееся в структуре их политических институтов. И поэтому идеи Р. Дворкина представляют большой интерес.

Границы долга повиноваться закону

Каковы пределы обязанности соблюдать законы? Должны ли мы всегда, в любых обстоятельствах повиноваться любому закону (даже если этот закон явно глуп или крайне несправедлив)?

В философии права существуют различные точки зрения на эту проблему. Сторонники правового абсолютизма полагают, что всеобщий долг повиноваться закону является всеобщим в смысле «не допускающим исключений». Эта позиция представлена в диалоге Платона «Критон», где Сократ, будучи несправедливо приговорен к смерти, отказывается бежать из тюрьмы, утверждая, что гражданин имеет право критиковать законы и убеждать государство изменить их, но никогда не имеет права на неповиновение. Сходная точка зрения была высказана и Авраамом Линкольном в его речи «О сохранении наших политических институтов», где он призывал к абсолютному повиновению до тех пор, пока несправедливый закон не отменен.

Другой крайностью является позиция философского анархизма, о котором уже говорилось выше. Согласно этой точке зрения, веления совести всегда важнее обязанности повиноваться законам, следовательно, повиноваться закону или нет – это дело личного нравственного решения. По сути, эта точка зрения означает отрицание обязанности повиноваться законам как таковой, так как в случае, когда закон справедлив, вполне достаточно нравственной обязанности, продиктованной совестью.

Активным защитником этой точки зрения был Генри Дэвид Торо (1817–1862), который писал: «Должен ли гражданин хотя бы на мгновение или в самой малой степени передавать свою совесть законодателю? Зачем тогда у каждого человека есть совесть? Я думаю, что мы должны быть в первую очередь людьми и лишь затем подданными. Нежелательно культивировать уважение к закону, а также к праву. Единственная обязанность, которую я имею право принять, – это делать то, что я в любое время считаю правильным» [103].

Привлекательность этого утверждения в том, что оно кажется просвещенной, критической позицией мыслящего и нравственного человека, вдумчиво подходящего к закону и готового сопротивляться несправедливости. Однако при более внимательном чтении позиция Г. Д. Торо окажется равнозначна глубокому индивидуализму в вопросах нравственности и даже анархизму. По аналогии с правовым абсолютизмом, такой подход можно назвать абсолютизмом индивидуальной совести.

Разумно предположить, что истина находится где-то посередине этих двух крайних точек зрения. Большинство людей, видимо, согласятся с тем, что они не обязаны в любой ситуации подчиняться любому закону. Но помимо того, что мы не обязаны всегда подчиняться несправедливому закону, мы не обязаны всегда подчиняться даже справедливым законам.

Иногда в интересах общего блага даже следует нарушить справедливый закон.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Если необходимо пойти на небольшое нарушение правил дорожного движения, чтобы спасти жизни людей – только нравственный идиот не сделает этого.

Помимо законности и справедливости, в мире есть и другие ценности, которые иногда перевешивают. Бывают случаи, когда нарушение закона является меньшим злом (но это не отменяет долга повиноваться законам, так же как ситуации, в которых приходится лгать (для спасения жизни) или убивать (чтобы предотвратить гибель многих людей) не отменяют нравственного запрета на ложь и убийство).

Но когда именно, в каких условиях позволительно не повиноваться законам, и в чем может выражаться это неповиновение? Между правовым абсолютизмом и философским анархизмом есть много промежуточных теорий, которые определяют эти условия по-разному. Неповиновение закону может быть как насильственным (в виде бунтов или революции), так и ненасильственным. Сторонники самых различных взглядов (конфуцианцы, Фома Аквинский, якобинцы, современные либералы) полагали, что в определенных условиях (тирания, крайняя несправедливость законов) у народа есть право на вооруженное восстание против существующего государства.

В недемократических обществах у народа не было мирных средств изменить несправедливые законы. Сейчас, когда такие возможности есть, вопрос об условиях и границах неповиновения закону обсуждается, в основном, в русле дискуссий по проблеме гражданского неповиновения.

#### Проблема гражданского неповиновения

Гражданское неповиновение можно определить как сознательное, принципиальное нарушение закона в знак протеста против его несправедливости. Гражданское неповиновение носит мирный, ненасильственный характер.

Само понятие «гражданское неповиновение» было, видимо, впервые употреблено Генри Дэвидом Торо в 1849 году, в работе «Гражданское неповиновение», где он обосновывал свой отказ платить налоги нежеланием финансировать несправедливую войну США против Мексики. В России к гражданскому неповиновению, в том числе неуплате налогов, призывали депутаты II Государственной Думы, после ее роспуска в 1906 году. Наиболее известными примерами гражданского неповиновения являются также знаменитая кампания Махатмы Ганди (1869–1948) против британского владычества в Индии и движение за гражданские права в Соединенных Штатах Америки в 1950–1960-е годы во главе с Мартином Лютером Кингом (1929–1968).

Стратегия гражданского неповиновения является довольно спорной. В частности, во время движения за гражданские права (прежде всего против расовой дискриминации чернокожего населения) в Америке многие прогрессивно настроенные люди, симпатизировавшие целям движения, тем не менее не одобряли его методы.

Известный правовед Луис Волдмэн писал по этому поводу: «Те, кто утверждают, что они имеют права согласно Конституции и законам на ее основе, должны соблюдать эту Конституцию и законы, чтобы эта Конституция сохранилась. Они не должны быть разборчивыми: они не могут сказать, что будут подчиняться тем законам, которые они считают справедливыми, и отказываться подчиняться тем, законам, которые считают несправедливыми <...> Я утверждаю, что подобная доктрина не только противозаконна и уже по одной этой причине должна быть отброшена, но что она также аморальна, разрушительна для принципов демократии и угрожает тем самым гражданским правам, которые доктор Кинг стремится защищать» [104].

Волдмэн прав в том смысле, что неповиновение закону, особенно когда правовая система в целом справедлива, подрывает уважение к тем ценностям, которые защищает законодательство и к которым призывают сторонники гражданского неповиновения. Гражданское неповиновение возможно только в странах с достаточно «мягким» политическим режимом. Если бы Индия была колонией не либеральной Англии а, допустим, фашистской Германии, Ганди и его сторонники были бы просто мгновенно уничтожены.

В условиях же конституционной демократии народ может добиваться изменений в законодательстве законным путем (участвуя в выборах, демонстрациях, СМИ и т. д.) Некоторые противники идеи гражданского неповиновения утверждают, что

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) в условиях демократии обязанность повиноваться закону безусловна. Сторонники гражданского неповиновения, по мнению критиков, выражают свою приверженность идеалам демократии, конституционализма и законности, но, не повинуясь отдельным законам, сами же их подрывают.

Сам М. К. Кинг в ответ на подобные возражения указывав, что зло, против которого направлено его движение, настолько серьезно и распространено, что не поддается обычным демократическим методам борьбы, и поэтому гражданское неповиновение оправдано как «последнее средство», когда все легальные способы изменить законодательство исчерпаны. Те, кто участвует в таких кампаниях, должны быть готовы пострадать за правое дело: не уклоняться от тюремного заключения и других наказаний.

Возможны и более «философские» обоснования права на гражданское неповиновение. М. Л. Кинг также апеллировал к теории естественного права. Он писал: «Могут спросить: «Как вы можете призывать нарушать одни законы и повиноваться другим?» Ответ состоит в том, что есть два типа законов: справедливые и несправедливые. Я буду первым призывать к повиновению справедливым законам. Есть не только правовая, но и нравственная обязанность повиноваться справедливым законам. Соответственно, имеется нравственная обязанность не повиноваться несправедливым законам. Я согласен со св. Августином, что «несправедливый закон – это вообще не закон». Но в чем разница между ними? Как определить, справедлив закон или нет? Справедливый закон – это принятое людьми установление, соответствующее закону нравственности или закону Бога. Несправедливый закон – это установление, не гармонирующее с законом нравственности. Говоря словами Фомы Аквинского, несправедливый закон – это человеческий закон, не укорененный в вечном законе или естественном праве. Любой закон, который возвышает человеческую личность, справедлив. Любой закон, который унижает человеческую личность, несправедлив. Все законы о расовой сегрегации несправедливы, потому что сегрегация уродует душу и вредит личности» [105].

Некоторые сторонники гражданского неповиновения прибегают и к аргументации в ее пользу на основе теории общественного договора или «принципа честности» (не всегда четко разграничивая их).

Например, Джеймс Рейчелс пишет: «Почему мы вообще имеем обязанность повиноваться закону? Согласно теории общественного договора, потому что каждый из нас участвует в сложном соглашении, в котором мы получаем некоторые блага в обмен на некоторые тяготы. Блага – это блага общественной жизни: мы спасаемся от естественного состояния и живем в обществе, в котором находимся в безопасности и имеем основные права в рамках закона. Для того, чтобы получить эти блага, мы соглашаемся со своей стороны поддерживать те институты, которые делают их возможными. Это означает, что мы должны повиноваться закону, платить налоги и так далее – это то бремя, которое мы принимаем на себя.

Но что если дела устроены так, что одна группа людей в обществе не получает прав, которыми пользуются другие? <...> Если лишение этих прав достаточно распространено и достаточно систематично, нам приходится сделать вывод, что условия общественного договора не соблюдаются. Значит, если мы будем продолжать требовать, чтобы обездоленная группа соблюдала закон и уважала общественные институты, мы будем требовать, чтобы они принимали на себя бремя социального устройства, несмотря на то, что они лишены его благ» [106].

Эти доводы позволяют Дж. Рейчелсу сделать радикальный вывод: «<...> гражданское неповиновение является не нежелательным «последним средством» для обездоленных групп, а самым естественным и разумным способом выражения протеста. Ибо когда их лишают их доли благ общественной жизни, лишенные прав по сути освобождаются от условий договора, который в ином случае требовал бы от них поддерживать ту систему, которая делает эти блага возможными» [107].

Джон Ролз также исходит из договорной теории обязательств, но занимает менее радикальную позицию. Он считает что, если государство нарушает свои обязательства по гипотетическому договору, обязанность повиноваться такому государству исчезает. Тогда, в особо оговоренных обстоятельствах, гражданское неповиновение будет оправдано. Ибо стороны в «начальной позиции» не согласились бы лишить одну из социальных групп базовых свобод и равенства возможностей, так как они сами могут оказаться членами этой

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) группы, когда «занавес неведения» будет поднят.

Как мы уже видели, Ролз полагает, что существует не только естественный долг подчиняться справедливым законам, но и (в некоторых пределах) долг повиноваться законам несправедливым. В обществе, которое «хорошо организовано и почти справедливо», мы должны мириться с некоторым количеством несправедливости. Только когда несправедливости становится достаточно много, гражданское повиновение оправдано. В любом большом обществе будут обиды (обоснованные и нет) по поводу распределения богатства, незаслуженных привилегий, несправедливости или беззакония. Некоторые из этих несправедливостей будут сравнительно незначительными, некоторые достаточно серьезными. Тем не менее большинство данных проблем может решаться в рамках законного демократического процесса.

Первым условием, оправдывающим гражданское неповиновение, должно быть наличие «серьезной и явной несправедливости»[108]. Таким образом, гражданское неповиновение должно заключаться только лишь в протесте против серьезных нарушений двух принципов, принятых в «начальной позиции»: первого принципа (принципа свободы – максимум основных свобод для каждого) и второй части второго принципа (принципа честного равенства возможностей).

Социально-экономические несправедливости не являются основанием для гражданского неповиновения, так как существует настолько большой разброс мнений относительно того, когда социально-экономическое неравенство перерастает в несправедливость, что невозможно определить, в каком случае неповиновение будет обосновано. Поэтому, допустим, протестовать против явно несправедливых налогов надо демократическим законным путем (если только эти налоги не покушаются на основные свободы, например, налог на религиозную группу или национальное меньшинство).

Во-вторых, по мнению Ролза, для того, чтобы гражданское неповиновение было оправдано, необходимо, чтобы все законные меры воздействия были уже безуспешно использованы.

Что касается сторонников утилитаризма, то, отвергая теории общественного договора, они обосновывают право на гражданское неповиновение, сопоставляя последствия неповиновения с последствиями повиновения. Если позитивные последствия неподчинения законам перевешивают положительные стороны подчинения, мы освобождаемся от долга повиновения закону.

В современной философии права пока связь между идеей закона и долгом повиновения закону еще очень неясна, хотя дискуссии последних десятилетий позволили более четко представить данную проблему. Единственное, в чем намечается консенсус, это в том, что есть пределы власти закона и обязанность повиновения ему не является безусловной.

#### Тема IV. ПРЕДЕЛЫ ПРАВА

Свобода, толерантность и право на частную жизнь. Доклад комиссии Волфендена

Все, кроме анархистов, понимают, что абсолютная свобода невозможна, и регулировать поведение людей с помощью законов необходимо. Но каковы должны быть основания для ограничения свободы людей? И каковы пределы вмешательства государства в жизнь граждан? Например, можно ли использовать закон для укрепления морали в обществе? Может ли государство определять, что следует считать морально допустимым? Являются ли индивиды лучшими судьями, когда дело касается их собственных интересов. Может ли государство с помощью закона препятствовать такому поведению индивида, которое угрожает ему самому? Имеет ли государство право применять силу закона во имя блага индивидов, даже если они сами этого не хотят? Все это очень важные и глубокие вопросы, которые будут рассмотрены в данной главе.

До 1950-х годов во всем мире гомосексуализм, проституцию, порнографию и аборт считали уголовными преступлениями. В Великобритании дебаты по этому поводу начались в 1957 году, когда так называемая комиссия Волфендена обратилась к правительству с рекомендациями о том, что частная проституция должна быть разрешена, но публичное зазывание клиентов запрещено, и должны быть легализованы гомосексуальные отношения между взрослыми людьми (старше 21 года), совершающиеся наедине и по взаимному согласию.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
В докладе комиссии был изложен следующий взгляд на цели уголовного права: «Задачей уголовного права, как мы ее видим, является сохранение общественного порядка и приличий, защита гражданина от того, что является оскорбительным или вредным, и обеспечение гарантий против эксплуатации или развращения со стороны других особенно – защита тех, кто наиболее уязвим, молодых, слабых и неопытных <...> С нашей точки зрения, задачей права не является вмешательство в частную жизнь граждан или стремление навязать (enforce) какие-то конкретные способы поведения <...> Должна оставаться сфера частной морали, в которую, коротко и грубо говоря, закон не должен совать свой нос»[109].

Оценивая рекомендации комиссии, М. Теббит пишет: «Вол- фенден стал глашатаем нового духа терпимости. Любая частная индивидуальная деятельность, которая не представляет угрозы другим гражданам или поддержанию общественного порядка и приличий, должна оставаться вне досягаемости уголовного права. На первый взгляд все это выглядит как довольно прямолинейная история о победе разумности и терпимости над устаревшими репрессивными и морализаторскими подходами. <...> Однако на самом деле вопрос о соотношении уголовного права и частной морали далеко не прост. Что, например, означает в этом смысле «частный»? «Не выставляемый публично» или «являющийся делом только самого индивида»? Можно ли на самом деле разделить частную и общественную сферы? Что означает «вред» или «оскорбление»? <...>»[110].

Идея свободы Дж. Ст. Милля

Решения комиссии Волфендена основаны на классическом эссе Дж. Ст. Милля (1806-1873), одного из основоположников либерализма, «О свободе»[111]. В эссе говорится о том, что «<...> единственная цель, которая оправдывает вмешательство человечества (индивидуальное или коллективное) в свободу действий любого из людей – это самозащита. Единственная цель, ради которой сила может быть применена к одному из членов цивилизованного общества против его воли – это предотвращение вреда другим. Его собственное благо, физическое или моральное, не является достаточным оправданием»[112].

Идея Дж. Ст. Милля известна под названием «принцип вреда» или, точнее, «принцип непричинения вреда». Согласно этому принципу, использовать закон («коллективное вмешательство человечества») против граждан можно только для предотвращения нанесения вреда другим гражданам. Закон – самозащита общества, обоснованно применяющаяся, если действия индивида каким-либо образом угрожают обществу.

Другое утверждение, которое делает Дж. Ст. Милль в своем эссе, – это утверждение о том, что закон должен использоваться для защиты людей от других людей, но не для защиты человека от самого себя. Важно различать эти два утверждения. Согласно первому из них, если нет угрозы другим – нет оснований для вмешательства закона. Согласно второму, если действие угрожает только тому, кто его предпринимает – тоже нет оснований для вмешательства закона.

Первое утверждение – это аргумент против юридического морализма, то есть против внедрения моральных норм с помощью законодательства (независимо от того, есть ли угроза для общества). Второе – аргумент против юридического патернализма, то есть вмешательства в свободу действий индивида «для его же блага».

«Принцип вреда» имеет одно очень важное исключение. Он не применяется к детям и к людям с серьезными психическими расстройствами, то есть к тем, кто не способен брать ответственность за свою жизнь. Для этих людей вмешательство закона (во имя их блага) Милль считает правомерным. Частная жизнь остальных людей, взрослых и в здравом уме, какой бы опасной или саморазрушительной она не была – их частное дело.

Нам трудно себе представить, насколько смелым «принцип вреда» был для викторианской Англии. Согласно господствовавшему тогда (и на протяжении многих веков до того) представлению, целью права, наряду с заботой об обществе, был также контроль за моральным и физическим обликом граждан и, прежде всего, путем поддержания христианского нравственного порядка.

Миллевский принцип непричинения вреда (как в своем антиморалистическом, так

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) и в антипатерналистском аспекте) бросал вызов представлению о том, что закон должен регулировать нравственность как общественную, так и частную. Более того, если кто считает, что для современного мира этот принцип – банальность, пусть подумает о последствиях полного и последовательного проведения «принципа вреда». Оно, например, потребовало бы свободной продажи и употребления наркотиков взрослыми людьми.

Милля можно назвать пламенным защитником свободы совести, права человека на самовыражение и собственный стиль жизни. В эссе «О свободе» он писал о том, что наибольшей опасностью для жизни индивида в современном обществе является «моральная тирания» большинства, угрожающая полностью уничтожить свободу морального выбора. «Нетрудно показать, с помощью многочисленных примеров, что то, что может быть названо "моральной полицией", покушающейся на несомненно законную свободу индивида, является одной из основных человеческих склонностей» [113]. Милль верил, что эта склонность только увеличивается с развитием демократии как принципа власти большинства.

«Моральная полиция» подавляет самобытность, эксцентричность, оригинальность людей, их экспериментирование со стилями жизни. Тем самым она уничтожает всякое новаторство и возможность развития, что ведет общество к застою и гибели.

Главная идея Милля заключается в том, что есть частная сфера жизни, где индивид свободен вести себя как угодно, так как это касается только его. Отклонения от социальных норм, допускаемые людьми в их частной жизни, могут быть морально предосудительны, например, азартные игры, пьянство, разврат, нечистоплотность. Но пока частная жизнь другого не представляет угрозы или вреда для других – не дело общества в нее вмешиваться с помощью закона.

Если человек живет один, не имеет родственников и тихо у себя дома употребляет наркотики, никому из нас не мешая, мы можем сожалеть об этом человеке, мы можем уговаривать его прекратить вести такой образ жизни, но мы не имеем права применять против него силу государства.

Милль предвидел некоторые проблемы, связанные с разграничением частной и общественной морали. Наиболее распространенное возражение против идеи частной морали состоит в том, что «ни один человек не живет на необитаемом острове», то есть нет такого саморазрушительного поведения, которое не оказывало бы влияния на других: на семью, друзей и т. д.

Милль признает отсутствие абсолютно частного в этом смысле, но он указывает, что вмешательство закона оправдано, только если саморазрушительное поведение ведет к какому-либо нарушению обязанностей, например, неуплате долгов.

Еще одно возражение в адрес частной морали состоит в том, что «плохое» поведение, хотя и прямо не приносит вреда другим, вредно «в силу примера» – оно развращает и дезориентирует других. Милль отвечает на это тем, что проводит различие между только возможным или опосредованным вредом и прямым ущербом для индивида или общества. Если нет прямого, явного вреда или реальной угрозы, «общество может терпеть неудобства во имя большего блага свободы человека» [114].

Другая, тесно связанная с этим, но все же особая группа проблем разделения частной и общественной морали касается вида вреда или ущерба. Согласно принципу непричинения вреда, вмешательство закона оправдано только в случае нанесения вреда другим. Но о каком вреде мы говорим? Только о явном, ощутимом ущербе, который может быть измерен, или оскорбление и причинение психологического дискомфорта тоже является вредом? Милль отвечает на эти вопросы туманно и невнятно. Они (как мы это вскоре увидим) станут одними из самых важных в современных дебатах об юридическом морализме.

Юридический морализм П. Девлина. Критика доклада комиссии Волфендена

Правительство Великобритании приняло предложения комиссии Волфендена относительно проституции и отвергло легализацию гомосексуализма (он оставался уголовным преступлением в Англии еще десять лет, до 1967 г.).

Известный юрист лорд Патрик Девлин любопытным образом под держал реформу комиссии Волфендена, но отверг идеи, на которых основывались предложения

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) комиссии. В 1958 году он выступил с лекцией[115], в которой поставил три вопроса:

1. Имеет ли общество право высказывать суждения по поводу нравственности? Другими словами, существует ли общественная мораль, или мораль – это всегда частное дело?
2. Если общество имеет право высказывать суждение, имеет ли оно также право проводить свои суждения в жизнь с помощью закона?
3. Если общество имеет право проводить свои суждения в жизнь, то должно ли оно применять его во всех случаях или только в некоторых? И если только в некоторых, по какому принципу выделять эти случаи?

На первые два вопроса Девлин отвечает положительно. Что означает право общества высказывать суждения по поводу морали? Если большинство людей в обществе осуждают то или иное поведение, само по себе это еще не повод для вмешательства закона. Коллективное суждение (в отличие от суммы индивидуальных мнений) оправдано тогда, когда затрагиваются интересы общества в целом.

К примеру, сейчас мы считаем религию частным делом человека, интересы общества не затрагивающим. Но раньше полагали иначе: людям не позволяли верить в то, что считалось ересью, поскольку ересь рассматривалась как разрушительное для общества явление.

Любое общество, по Девлину, имеет не только политическую, но и нравственную систему. Если его члены не будут разделять фундаментальные нравственные ценности, оно распадется: «<...> общество означает сообщество идей; без разделяемых людьми идей о политике, морали и этике ни одно общество не может существовать <...> если мужчины и женщины попытаются создать общество, в котором нет фундаментального согласия о том, что есть добро и зло – эта попытка провалится; если общество было построено на согласии всех, и это согласие исчезает – общество разрушится»[116].

Следовательно, утверждает Девлин, несли общество имеет право выносить суждения на основе общепризнанной морали, необходимой для сохранения общества столь же, как и общепризнанное правительство, тогда общество может использовать закон для поддержания нравственности, так же как оно использует его для защиты всего, что необходимо для его существования»[117], а следовательно, и для законодательства против аморальности. Девлин заявляет, что аморальность как нарушение общих нравственных представлений аналогична измене, и подавление аморальности с помощью закона также обоснованно, как и подавление подрывной деятельности.

Девлин отвергает разграничение публичной и частной морали. Даже аморальное сексуальное поведение в частной жизни является по сути поведением подрывающим устои общества.

Девлин также указывает на некоторую непоследовательность в выводах комиссии Волфендена. Если гомосексуализм должен быть легализован, и общество не готово осудить его в законодательстве как аморальное явление, то нет оснований принимать законы, защищающие юношей от «совращения» или преследующие гомосексуалистов-проститутков, как это рекомендовала комиссия. Если проституция – это безнравственность в частной жизни, до которой закону не должно быть никакого дела, то почему же доклад комиссии рекомендует сохранить и усилить наказания за содержание публичного дома?

Последовательное проведение в жизнь идей Волфендена потребовало бы отказа от традиционного принципа английского права о том, что согласие жертвы не является оправданием физического насилия или убийства. Кроме того, придерживаясь принципов Волфендена – Милля, надо разрешать не только гомосексуализм и проституцию, но и другое: «Эвтаназия, или убийство другого по его просьбе, самоубийство и клубы самоубийц (suicide pacts), дуэли, аборт, инцест между братом и сестрой – все это акты, которые могут совершаться частным образом, без вреда для других или их развращения и эксплуатации»[118].

В последней части своей лекции Девлин призывает проявлять максимальную осторожность, терпимость и гуманность при принятии законов, касающихся нравственности. Должна быть обеспечена максимально возможная свобода

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) индивида, совместимая с целостностью общества. Небольшую аморальность, вызывающую у нас лишь умеренную неприязнь, следует терпеть. Наказываться законом должна лишь такая безнравственность, которая угрожает существованию общества. Невозможно рационально определить «критический порог» безнравственности. Показателем здесь является интенсивность наших чувств.

П. Девлин приводит следующий пример. Существует, как он пишет, «всеобщее отвращение к гомосексуализму». Мы должны спросить себя, как мы отнесемся к этому явлению, если подойдем спокойно и беспристрастно. «Возможно, мы почувствуем, что в ограниченных рамках гомосексуализм может быть терпим, но его широкое распространение было бы пагубным. Похожим образом большинство обществ относится к разврату, рассматривая его как естественную слабость, которую невозможно искоренить, но которая должна удерживаться в определенных пределах» [119].

Однако если наше общество действительно воспринимает гомосексуализм как «порок настолько отвратительный, что само его присутствие является оскорблением», тогда, утверждает Девлин, «я не вижу причин, по которым общество может быть лишено права искоренить его» [120]. Точно также садизм и жестокость по отношению к животным вызывает в нас чувство глубокого отвращения и негодования, и общество запрещает их законодательно, не спрашивая, в общественной или в частной сфере это практикуется.

Ответ Г. Харта П. Девлину

В 1963 г. Г. Харт опубликовал текст трех лекций под общим заглавием «Право, свобода и мораль», в которых выступил в поддержку рекомендаций комиссии Волфендена и с критикой позиции Девлина. Харт, однако, осознавал, что идеи Милля, на которых основывались выводы комиссии, действительно уязвимы для критики. Поэтому он высказывался весьма осторожно, выдвигая более умеренный вариант этих идей.

Харт не защищает все, что говорил Милль и, в отличие от него, полагает, что не только вред, причиняемый другим, может быть основанием для принуждения с помощью закона. Но относительно законодательного проведения в жизнь морали позиция Милля представляется ему верной [121].

Г. Харт начинает с разграничения принуждения с целью поддержания моральных норм общества (юридический морализм) и принуждением для защиты индивидов от самих себя (юридический патернализм). Последний, по Харту, имеет все права на существование.

Милль, исходя из своего «принципа вреда», возражал и против патернализма. В частности, он считал, что наркотики должны продаваться свободно. Он явно возражал бы и против закона, запрещающего убивать человека с его согласия.

Однако, считает Харт, со времен Милля имел место «общий упадок веры в то, что индивиды знают свои собственные интересы лучше всех». Люди могут «делать выбор или давать согласие без должного размышления или понимания последствий; или в погоне за сиюминутными желаниями; или в условиях, когда здравое суждение затуманено; или под влиянием внутренних психологических влечений; или под тонко завуалированным давлением других, которое невозможно доказать в суде» [122].

На основе этих идей Харт выступает с критикой аргументов Девлина. Он утверждает, что приводимые Девлином примеры законов, не укладывающихся в рамки классического «принципа вреда», могут быть объяснены как проявления юридического патернализма, а не морализма.

«Слишком часто считают, что если закон не защищает одного человека от другого, то единственным его мотивом может быть наказание нравственной порочности, или, говоря словами лорда Девлина, «проведение в жизнь морального принципа» [123]. Однако, как показывает Харт, было бы большой натяжкой считать, что целью закона, запрещающего торговлю наркотиками, является только наказание безнравственности торговцев, а не защита покупателей от самих себя.

Так же часто утверждается, что законы, наказывающие за жестокость к животным, могут быть объяснены только как проявление юридического морализма. Но и здесь закон прежде всего направлен на предотвращение



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) страданий живых существ (то есть тоже базируется на идее предотвращения вреда), а не против аморальности мучителей.

Многие законы, на первый взгляд, направленные против аморальности, на самом деле карают нарушение общественных приличий и порядка. Сексуальный акт между мужем и женой не является аморальным, но совершаемый публично оскорбляет общественные приличия и наказуем законом. Английское законодательство (по Харту) не рассматривает проституцию как преступление, но наказывает ее публичное проявление, чтобы защитить рядового жителя от оскорбительного для его чувств зрелища.

Девлин утверждает, что разделяемая всеми мораль – это «цемент» общества. Она так же необходима, как правительство, и хотя отдельное безнравственное действие не развратит людей, и (если делается частным образом) даже не шокирует и не оскорбит их, это не меняет дела. Мы не должны оправдывать «поведение в изоляции»: тот, кто не представляет непосредственной угрозы другим, все равно своим безнравственным поведением «подрывает один из великих моральных принципов, на которых основывается общество».

Нарушение моральных принципов – это атака на общество в целом, и общество может использовать закон для защиты своей морали. Поэтому «<...> подавление порока такое же дело закона, как и подавление подрывной деятельности»[124].

Однако, утверждает Г. Харт, доводы П. Девлина основываются на неосознанно принимаемом на веру представлении о том, что «<...> вся нравственность – сексуальная мораль вместе с моралью, запрещающей вредоносное для других людей поведение, например, убийство, воровство и нечестность – формирует как бы одну неразрывную ткань, так что тот, кто отклоняется от какой-либо из норм нравственности, вероятно или неизбежно отклонится и от всех остальных»[125].

Разумеется, общество не может существовать без морали, отражающей и дополняющей законодательное запрещение поведения, вредоносного для других. Однако «нет никаких данных в поддержку, и есть много данных, опровергающих теорию о том, что те, кто отклоняются от обычной сексуальной морали, каким-либо другим образом враждебны обществу»[126].

Кроме того, Девлин, отталкиваясь от вполне допустимого предположения о том, что некоторая общая для всех мораль необходима обществу, переходит к отождествлению общества с его моралью в данный момент истории, в итоге получается, что изменение морали равнозначно разрушению общества. Именно это заставляет его отрицать аморальность в частной жизни и полагать, что безнравственность в сексуальных вопросах равносильна государственной измене.

Если отклонения от традиционной сексуальной морали не будут преследоваться законом, то весьма вероятно, что общественная мораль станет менее строгой, но это не означает, что общество будет «подорвано» или разрушено. Будет иметь место лишь постепенное изменение морали, вполне совместимое с сохранением и прогрессом общества[127].

По Харту, Девлин также неправ в том, что полагает будто любое общество имеет право защищать свои нравственные нормы, когда они оказываются под угрозой, независимо от того, в чем эти нормы состоят. Неправильно полагать, что любое общество стоит того, чтобы его защищать, и что для его защиты все средства хороши. Общественная мораль может оправдывать и рабство, и сожжение ведьм... Более того, поскольку в современном многонациональном обществе люди придерживаются разных религий, политических взглядов и т. д., сама идея «морального консенсуса» становится довольно спорной.

Критика П. Девлина Р. Дворкиным

Р. Дворкин также выступил с критикой Девлина, но несколько с других позиций. Согласно Дворкину, Девлин прав, считая общественную мораль значимой, в том числе и для законодательства. Но он не верно понимает саму общественную мораль. То, что мы называем общественной нравственностью, по Р. Дворкину, значительно сложнее, чем это представляется П. Девлину.

Девлин утверждает, что общество имеет право проводить в жизнь свои нравственные убеждения с помощью закона, в частности делать уголовно

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) наказуемый аморальное поведение. Такое законодательство оправдано, когда имеет место искреннее отвращение и возмущение большинства людей по отношению к этому поведению.

Разъясняя свою позицию, Дворкин приводит следующий пример. Предположим, я говорю вам: «Я собираюсь проголосовать на выборах против кандидата N потому что знаю, что он – гомосексуалист, а я считаю, что гомосексуализм глубоко безнравственен». Если вы не согласны с такой оценкой гомосексуализма, вы можете обвинить меня в том, что я поступаю неправильно, на основе предубеждений и эмоций. Я постараюсь переубедить вас и доказать правильность моих представлений о гомосексуализме. Но, даже если мне не удастся это доказать, мы можем сойтись на том, что у вас – одна позиция по поводу гомосексуализма, а у меня – другая, и я имею право голосовать, исходя из своих нравственных убеждений.

Что нужно, чтобы убедить оппонента в том, что в этом вопросе я руководствуюсь нравственными убеждениями? Я должен буду привести доводы в пользу своей позиции. Но всякие ли доводы будут для этого уместны? Если я скажу, что «все гомосексуалисты сволочи», или «меня просто трясет, когда я их вижу», или «гомосексуализм вызывает землетрясения», или «все знают, что гомосексуализм – большой грех», вы оправданно обвините меня в том, что я демонстрирую всего лишь предубеждения, эмоции, очевидные глупости или несамостоятельность своей точки зрения. Это – явно недостаточные основания для того, чтобы голосовать против кандидата-гомосексуалиста.

А вот аргумент «я буду голосовать так потому, что гомосексуализм осуждается в Библии» – это действительно довод, показывающий, что у меня есть, хотя и спорная, нравственная позиция по этому вопросу. Итак, чтобы обосновать мое политическое решение, чувств недостаточно, нужны рациональные доводы.

Этот вывод также применим и по отношению к обществу в целом. Даже если действительно большинство считает, что гомосексуализм – это отвратительный порок и не хочет терпеть его, возможно, что это общее мнение состоит из «предрассудков (основывающихся на том, что гомосексуалисты нравственно неполноценны, поскольку они женоподобны), иррациональных мнений <...> и личного отвращения (основанного не на убеждениях, но на слепой ненависти, возникающей из-за неосознанного подозрения по поводу четкости своей сексуальной ориентации)». Возможно, что обычный человек не в состоянии привести никаких доводов в пользу своей позиции, а просто ориентируется на своего соседа, а тот на него, или же приводит доводы, предполагающие такую общую нравственную установку, которой он не может серьезно или последовательно придерживаться. А если так, принципы демократии, которых мы придерживаемся, не позволяют проводить в жизнь этот моральный консенсус, поскольку вера в то, что предрассудки, личные антипатии и иррациональные мнения не оправдывают ограничений свободы других, также занимает чрезвычайно важное, основополагающее место в нашей общественной морали».

Законодатель, который отказывается действовать на основе народного негодования, нетерпимости и отвращения, на самом деле проводит в жизнь другую, и более важную, составляющую общественной морали. Конечно, он не может игнорировать возмущение публики. Он будет считаться с ним в своей законодательной стратегии и в стремлении влиять на убеждения людей. Но «мы не должны смешивать стратегию со справедливостью и факты политической жизни с принципами политической морали».

Через сорок лет после дискуссии между Девлином и Хартом в жизни развитых стран многое изменилось. Общественное мнение стало значительно более терпимым к вопросам морали, в 1960-е годы был декриминализованы многие виды сексуальной активности. Однако споры об этом законодательстве и праве общества проводить в жизнь свои моральные представления продолжают, и разворачиваются они в рамках той концептуальной традиции, которая была заложена Девлином и его критиками.

#### Юридический патернализм

Помимо юридического морализма, «принципу вреда» Милля противостоит и другая позиция – юридический патернализм: принцип ограничения свободы, который оправдывает принуждение со стороны государства для защиты индивидов от нанесения вреда себе (упомянутая выше позиция Г. Харта), или (в крайней радикальной версии) для того, чтобы способствовать их благу, хотя ли они

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) того, или нет. Родители оправдывают свое вмешательство в жизнь детей (решая за них, что им есть, когда ложиться спать и т. д.) тем, что они лучше знают, что нужно для детей, чем сами дети.

Юридический патернализм, как может показаться основан на представлении о том, что государство лучше знает, в чем интересы граждан, чем сами граждане, и, как отец родной, заставляет их следовать этим интересам. Или, как гласил один из лозунгов первых лет Советской России: «Железной рукой приведем человечество к счастью».

Представленный таким образом, юридический патернализм кажется очень опасной доктриной. Если со взрослыми людьми обращаться как с детьми, они и будут вести себя как дети. Лишенные права самостоятельно делать выбор, они разучатся думать и принимать на себя ответственность. Даже детей надо постепенно избавлять от излишней опеки и контроля, иначе они никогда не станут разумными и ответственными людьми.

Но если мы полностью отвергнем патернализм и заявим, что благо индивида – недостаточное основание для принуждения его к чему-либо, нам придется бросить вызов здравому смыслу, а также многим из давно существующих законов и обычаев.

Например, в уголовном законодательстве свободное согласие жертвы на то, чтобы ее убили, не является оправданием для убийства. Не имеют юридической силы договоры о продаже себя в рабство. Закон дает право прибегать к силе (в разумных пределах) для того, чтобы помешать совершить самоубийство или изувечить себя.

Некоторые лекарства не продаются без рецепта врача, употребление наркотиков запрещено. Трудно найти какие-либо обоснования для подобных запретов, кроме того, что смерть, рабство, физические увечья, употребление наркотиков всегда пагубны для человека, осознает он это или нет, и многие лекарства слишком опасны при употреблении их несведущими лицами[128].

Главное – вовремя остановиться на этом пути, иначе следует запретить водку, сигареты и жирную пищу, которые тоже вредят здоровью людей. Мы должны найти какой-то «срединный путь», как-то согласовать неприятие крайностей патернализма и явную необходимость или, по крайней мере, разумность некоторых патерналистских предписаний. Для этого необходимо определить основания для применения принципа патернализма, которые бы вводили его в какие-то рамки. Разумно отвергнуть и то, что патерналистское вмешательство всегда оправдано, так и то, что оно никогда не оправдано. Видимо, оно оправдано лишь при некоторых обстоятельствах, их-то и нужно определить.

Джоэл Фейнберг для этого постулирует несколько различий[129]. Во-первых, это различие между теми случаями, когда человек прямо причиняет себе вред (то есть вред – явная и желаемая цель поведения), и случаями, когда он создает риск нанести вред себе в ходе деятельности, направленной на другие цели. Допустим, человек сознательно глотает смертельную дозу мышьяка. Он неизбежно умрет, и это является его целью. С другой стороны, езда на автомобиле с огромной скоростью не причиняет вреда непосредственно, но увеличивает риск того, что такой вред будет иметь место.

Второе различие – различие между разумным и неразумным риском. Нет такого вида деятельности (и даже бездействия), который был бы не связан с некоторым риском. Мы часто имеем выбор между более и менее рискованными для жизни поведением, и благоразумие велит придерживаться менее рискованного. Однако это не всегда правильно. Для человека с болезнью сердца не всегда более разумно увеличить продолжительность жизни за счет бездействия, чем продолжать активно заниматься своим делом, рискуя получить сердечный приступ.

Хотя невозможно дать строгое определение того, что является разумным и что неразумным, некоторые решения являются явно неразумными. Глупо сопротивляться вооруженному грабителю для того, чтобы спасти кошелек, но это поведение может быть разумным как отчаянная попытка спасти свою жизнь.

Оценка разумности или неразумности риска предполагает учет многих факторов: вероятности причинения вреда себе в результате данного действия; серьезность возможного вреда; вероятность достижения цели, из-за которой идешь на риск; важность этой цели и необходимость риска (то есть нет ли

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) менее рискованных альтернатив). В любом случае, если государству дается право препятствовать индивиду рисковать собой (и только собой), то это право должно быть на том основании, что риск слишком велик и, с учетом всего, явно неразумен.

Третье и последнее различие Д. Фейнберга – между полностью свободной и не полностью свободной оценкой риска. Риск оценивается полностью свободно, когда человек делает это будучи информирован о всех фактах и обстоятельствах, и в отсутствие принуждения или давления. Дезинформация, невроз, импульсивность, или возбуждение, затуманенное сознание (например, от алкоголя), несформированность или слабость мыслительных способностей делают его выбор не полностью свободным.

Главный тезис Милля и других индивидуалистов о патернализме заключается в том, что полностью свободный выбор решения (например, согласие на действия другого лица) зрелого и рационально мыслящего человеческого существа в вопросах, касающихся только его интересов, настолько драгоценен, что никто другой (и особенно государство) не имеет права вмешиваться «для блага» этого человека. Несомненно, что это распространяется и на почти полностью свободный выбор.

Однако весьма вероятно, что это не распространялось на полностью (или почти полностью) несвободный выбор. Поскольку выбор не свободен, он также чужд человеку, как и выбор, сделанный кем-то другим. Поэтому Милль позволял государству защищать человека от его собственного незнания, по крайней мере, в ситуации, когда есть хорошие основания полагать, что «непросвещенный выбор» человека будет отличаться от государственного «просвещенного».

«Если полицейский или кто-либо еще видит, как человек пытается пройти по мосту, который небезопасен, и нет времени предупредить его, они могут схватить его и повернуть назад, не покушаясь в действительности на его свободу; ибо свобода заключается в том, чтобы делать то, что желаешь, и он не желает упасть в реку»[130].

Конечно, полицейский может не знать, что человек на мосту действительно желает упасть в реку, или пойти на риск падения ради других целей. Тогда, утверждает Милль, если человек должным образом предупрежден об опасности и тем не менее желает пройти, это дело только его, несмотря на то, что большинство людей предпочли бы избежать такого риска.

В других случаях человек тоже может нуждаться в защите от последствий своего несвободного выбора. Он может быть «<...> ребенком, находиться в бреду или в некотором состоянии возбуждения, или погруженности в себя, которые несовместимы с полноценным использованием способности размышления»[131]. Таким людям Милль не позволил бы переходить по опасному мосту (но нет никаких оснований препятствовать им идти домой по безопасной дороге).

Все вышесказанное позволяет Дж. Фейнбергу сделать вывод о том, что следует принять «слабую» версию патернализма, а именно: государство имеет право предотвращать поведение, угрожающее самому «деятелю», только когда это поведение в значительной степени несвободно, или когда временное вмешательство необходимо для того, чтобы установить, свободно оно или нет[132]. Для иллюстрации этого тезиса он приводит воображаемые диалоги между неким Ричардом Роу и доктором Доу:

Доу. Я не могу выписать Вам лекарство X, так как оно причинит вам вред.

Роу. Но вы ошибаетесь. Оно не причинит мне вреда.

В случае, подобном этому, государство стоит на стороне доктора, так как полагает, что в вопросах медицины суждения должны основываться на профессиональных знаниях. Если непрофессионал не соглашается с врачом, мы исходим из того, что неправ непрофессионал, и если он решает действовать на основе своих ложных представлений, то его выбор не вполне свободен. Государство вмешивается для того, чтобы защитить его от его же невежества, а не от свободного выбора.

Допустим, однако, что происходит следующий диалог:

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Доу. Я не могу выписать Вам лекарство X, так как оно причинит вам вред.

Роу. Именно. Это как раз то, чего я хочу. Я хочу нанести вред себе.

В этом случае Роу все правильно понимает, он не страдает от заблуждений. Но его выбор очень странен, поэтому разумно предположить, что он почему-то не в состоянии «полноценно использовать способность размышления». Если, однако, у пациента не обнаружится никакой депрессии, возбуждения, помутнения сознания и т. д., и он сможет убедить нас, что его выбор действительно доброволен (что маловероятно), то «критерий Фейнберга» не позволит применять против него государственное принуждение.

Рассмотрим третий вариант:

Доу. Я не могу выписать Вам лекарство X, так как оно с большой вероятностью причинит вам вред.

Роу. Меня это не волнует. Я получу столько удовольствия, что я готов пойти на риск. Если мне придется расплачиваться за удовольствие, я готов.

Это, по мнению Дж. Фейнберга, вариант, представляющий наибольшую трудность. Выбор Роу не является явно иррациональным. Возможно, он убежденный сторонник философского гедонизма и принял принципиальное, хорошо обдуманное решение прожить жизнь, пусть короткую, но полную сильных наслаждений. Если интересы третьих лиц не затронуты, государство не имеет права препятствовать ему.

С другой стороны, этот случай может быть воспринят аналогично предыдущему. Если известно, что данный медикамент вызывает легкую эйфорию в течение часа, а затем следует мучительная смерть, риск выглядит настолько неразумным, что есть сильные основания предполагать несвободный выбор, пока не доказано обратное.

Если же после многих лет употребления данного медикамента высока вероятность возникновения многочисленных заболеваний, то риск также представляется неразумным, но нет явных признаков несвободы выбора. Многие нормальные, разумные люди идут на подобный риск, например, во имя тех удовольствий, которые они находят в курении.

Чтобы обеспечить действительную добровольность подобного выбора, государство должно постоянно напоминать курильщикам о вреде курения. Оно может вводить налоги, ограничения и пропаганду для того, чтобы сделать курение и подобные злоупотребления менее привлекательным. Но запретить его означало бы сказать свободно и добровольно идущим на риск: «Ваши суждения о том, что стоит делать, менее разумны, чем суждения государства, и поэтому вы не имеете права действовать на основании ваших суждений». Это – уже сильный патернализм, не ограниченный «критерием свободного выбора» и чреватый тиранией.

Но тогда мы должны разрешить и легкие наркотики, вред от употребления которых вполне сопоставим с вредом алкоголя и табака. Предлагаемая Фейнбергом версия патернализма, действительно, значительно слабее, чем та, которая отражена в нашем законодательстве. По версии Фейнберга, мы должны разрешить любое нанесение вреда себе (употребление сильных наркотиков, отказ от ремней безопасности, обращение себя в рабство, продажа своих органов) тем людям, которые идут на это действительно вполне добровольно и свободно. Как быть с этим?

Возможны различные решения этого вопроса. Либо мы действительно должны признать, что наше законодательство слишком патерналистично и отменить ряд запретов. (По этому пути уже идет Голландия, где законом разрешены эвтаназия, продажа и употребление легких наркотиков.) Либо мы должны показать, что законы, о которых идет речь, обоснованы не патерналистски, но направлены на предотвращение вреда обществу (допустим, пристрастившиеся к сильным наркотикам угрожают безопасности других).

Мы также можем признать, что критерий Фейнберга слишком слаб и что иногда допустимо вмешательство государства даже тогда, когда действия индивида полностью свободны и добровольны. Требование использовать ремни безопасности в автомобиле кажется вполне разумным, хотя вполне возможно, что есть люди, которые отказываются это делать совершенно свободно и

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) добровольно, не страдая никакими дефектами мышления и воли. Но как должна выглядеть эта более сильная версия патернализма, и как избежать ее вырождения в крайний патернализм, пока не ясно.

## Тема V. ПРЕСТУПЛЕНИЕ И НАКАЗАНИЕ

### Ретрибутивизм и консеквенциализм

Наказание людей по закону предполагает, что сила государства используется в самой грубой форме. Наказание означает, что с людьми обращаются плохо, отнимая их свободу (тюремное заключение), или собственность (штрафы), или жизнь (смертная казнь). Поскольку все это – зло, необходимо серьезное обоснование для таких действий со стороны государства, нужен аргументированный ответ на вопрос: почему правильно так обращаться с людьми?

Традиционный ответ на этот вопрос заключается в том, что наказание оправдано как возмездие преступнику за его злодеяние. Тот, кто совершил преступление, заслуживает того, чтобы с ним обращались плохо. Это – вопрос справедливости: если кто-то наносит вред другим людям, справедливость требует, чтобы и ему нанесли вред. Как гласит Ветхий завет: «Око за око, зуб за зуб».

Эта точка зрения известна как ретрибутивизм. Против нее выступил один из основоположников утилитаризма – Дж. Бентам. Ретрибутивизм, по мнению Бентама, совершенно неудовлетворителен, так как он пропагандирует «навлечение страданий» на людей, безо всякой компенсации в виде увеличения количества счастья. Ретрибутивизм заставляет нас увеличить, а не уменьшить количество страданий в мире, и его сторонники открыто признают это.

Например, И. Кант (1724–1804) в «Критике практического разума» (1788) писал: «Если кто-то, кому доставляет удовольствие приставать и раздражать миролюбивых граждан, получает в конце концов справедливые, хорошие побои, это, конечно, зло, но все одобряют это и считают это хорошим самим по себе, даже если нет никаких результатов этого».

Таким образом, наказание людей может увеличить количество несчастья в мире, но, согласно Канту, это нормально, потому, что страдания испытывает преступник, который, в конце концов, заслуживает их.

Утилитаризм подходит к проблеме наказания людей государством совершенно по-другому. Согласно утилитаризму, наш долг – делать то, что увеличивает количество счастья в этом мире. Наказание, по крайней мере, на первый взгляд, является злом, так как делает наказуемого несчастным. Поэтому Бентам писал: «Если оно [то есть наказание. – С. М.] должно быть допущено, оно должно быть допущено постольку, поскольку оно обещает предотвратить большее зло» [133]. Другими словами, наказание оправдано, только если оно имеет своим следствием хорошие результаты, которые перевешивают плохие результаты.

Поэтому для утилитариста вопрос в том, дает ли вообще наказание хорошие результаты? Достигается ли наказанием преступников хорошая цель, или просто их заставляют страдать, и все? Утилитаризм отвечает, что такая цель есть.

Есть две причины, по которым наказание преступников полезно обществу. Во-первых, оно помогает предотвращать преступления или хотя бы уменьшать их число. Наказание сдерживает потенциальных преступников, если они знают, что будут наказаны. Конечно, это сдерживание не всегда эффективно, преступления все равно будут, но их станет меньше, когда преступники увидят, что преступления наказываются.

Поскольку преступления приводят к несчастью их жертв, предотвращая преступления (благодаря тому, что они наказываются), мы предотвращаем и несчастья, при этом мы явно предотвращаем больше несчастья, чем вызываем. Так что в целом мы получаем больше счастья, наказывая преступников, чем если бы не наказывали. Значит, наказание оправдано.

Во-вторых, хорошо продуманная система наказаний может иметь эффект исправления преступников. Не пытаясь оправдать их, мы должны признать, что преступники – это, как правило, люди с эмоциональными проблемами, выходцы

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) из неблагополучных семей, они часто плохо образованы и не обладают нужными навыками и умениями для жизни в обществе. Учитывая это, почему бы нам не бороться с самими причинами преступности, а не только с ее проявлениями? Если человек нарушает правила общества, он для него опасен и может быть помещен в тюрьму, чтобы предотвратить эту опасность. Но когда преступник уже в тюрьме, надо, чтобы ему помогли в решении его проблем: обеспечили помощь психотерапевта, дали ему возможность получить какое-то образование, какую-то профессию и т. д. Если в конце концов он вернется в общество нормальным гражданином, и ему, и обществу будет только лучше.

Результатом этих идей явилось то, что стали говорить не о наказании, а об исправлении. В течение XX в. утилитаристская теория наказания в англо-американском мире являлась господствующей (эту теорию также называют консеквенциалистской, то есть ориентированной на результат). Тюрьмы в соответствии с идеей исправления должны быть перепланированы в реабилитационные центры со штатом психологов, библиотеками, образовательными программами. И на Западе, и в России, в полном соответствии с духом утилитаризма, вместо слова тюрьма часто употребляется термин «исправительное учреждение» (англ. «correctional facility»).

Как и все господствующие догмы, утилитаристская теория наказания породила оппозицию. Во многом возражения в адрес утилитаризма касаются ее чисто практической несостоятельности. Дело в том, что программы реабилитации преступников, несмотря на все усилия, дали мало эффекта. Например, больше всего для «исправления преступников» делалось в Калифорнии. И именно в Калифорнии почти самый большой процент рецидива в США.

Оппозиция утилитаризму базируется и на чисто теоретических соображениях, восходящих отчасти к И. Канту. Кант отвергал «змеиные извивы утилитаризма» потому, что, как он говорил, эта теория несовместима с человеческим достоинством. Прежде всего, она заставляет нас использовать людей в качестве средств к достижению цели, а это – морально недопустимо. Если мы помещаем преступника в тюрьму, чтобы обеспечить благосостояние общества, мы просто используем его для блага других, что нарушает фундаментальное правило, гласящее:

«С человеком нельзя обращаться только как со средством, служащим цели другого».

Более того, задача исправления, несмотря на весь свой пафос, есть не более чем попытка сделать людей такими, какими мы считаем они должны быть. А это – нарушение их прав как автономных субъектов, которые имеют право решать сами для себя, какими людьми им быть. Мы имеем право воздать им должное за их порочность, но мы не имеем права манипулировать их личностями.

Таким образом, Кант отвергает все утилитаристские обоснования наказания. Вместо этого он утверждает, что наказание должно основываться на двух принципах. Согласно первому, людей надо наказывать просто потому, что они совершили преступления, и ни по каким другим причинам: «Юридическое наказание никогда не может осуществляться только как средство для достижения другой цели либо в отношении самого преступника, либо в отношении гражданского общества, но должно во всех случаях осуществляться только потому, что индивид, который ему подвергается, совершил преступление».

Согласно второму, Кант говорит, что важно наказывать преступника пропорционально серьезности его преступления, то есть небольшими наказаниями за небольшие преступления и большими за большие: «Но каков способ и мера наказания, которую общественная юстиция берет в качестве своего принципа и стандарта? Это просто принцип равенства, благодаря которому стрелка на шкале справедливости не уклоняется в одну сторону более, чем в другую <...> Поэтому может быть сказано: «Если ты клеветешь на другого, ты клеветешь на себя; если ты крадешь у другого, ты крадешь у себя; если ты бьешь другого, ты бьешь себя; если ты убиваешь другого, ты убиваешь себя». Это <...> единственный принцип, в соответствии с которым можно верно и точно назначить и качество и количество наказания».

Второй принцип неизбежно ведет к тому, что Кант одобряет смертную казнь: в ответ на убийство только смерть есть достаточно суровое наказание. В «Метафизике нравов» Кант пишет [134]: «Даже если гражданское общество решило бы самоликвидироваться с согласия всех его членов, это может произойти,

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
если люди, населяющие остров, решат разделить и распространить по всему миру, то последний убийца, сидящий в тюрьме, должен быть казнен перед этим. Это должно быть сделано, чтобы каждый мог получить то, чего заслуживает по своим делам, и чтобы кровь не осталась на людях; иначе их можно считать соучастниками в убийстве и обвинить в публичном нарушении справедливости».

Заметим, что утилитаризм нарушает оба кантовских принципа. В основной идее утилитаризма нет ничего, что могло бы заставить наказывать только виновных или ограничивать степень наказания тем, чего преступник заслуживает. Если цель наказания – это обеспечение общественного блага, то, как считает утилитаризм, иногда эта цель будет быстрее достигнута наказанием невиновного. Также может получиться, что общественное благо легче достигнуть путем сверхсуровых наказаний: большее наказание может иметь больший сдерживающий эффект. И то, и другое – нарушение справедливости, чего ретрибутивизм никогда себе не позволяет.

Два принципа Канта сами по себе не являются аргументами в пользу наказания и не могут обосновать его. Они просто задают пределы наказания: только виновный может быть наказан, при этом вред, причиненный тому, кого наказывают, должен быть сопоставим с тем ущербом, который он нанес другим. Нужны еще аргументы, чтобы доказать, что практика подобных наказаний не нарушает моральных норм. Мы уже видели, Кант считает наказание делом справедливости, он говорит, что если виновные не будут наказаны, то справедливость не восторжествует. У И. Канта есть еще один довод в пользу наказания, основанный на восприятии человека как «цели самой по себе».

На первый взгляд, мысль о том, что наказание кого-либо есть «уважение его как личности» или «обращение с ним как с целью-в-себе» выглядит неправдоподобно. Как может быть то, что мы отнимаем у человека свободу, проявлением уважения к нему? Но, по И. Канту, это именно так. Даже более того, он говорит, что смертная казнь преступника тоже является «обращением с ним как с целью». Как это может быть?

Для Канта обращение с кем-нибудь как с целью означает обращение с ним как с разумным существом. Что означает обращаться с кем-то как с разумным существом? Разумное существо – это некто, способный осмысливать свое поведение и свободно решать, что он будет делать, на основе своей собственной концепции о том, что является лучшим. Поскольку разумное существо имеет эти способности, оно ответственно за свое поведение. Животные, не имеющие разума, и психически больные люди, не контролирующие свое поведение с помощью разума, не ответственны за свое поведение. Мы не можем быть им благодарны или обижаться и негодовать на них, потому что они не отвечают за то зло или добро, которое причинили. Кроме того, они не могут понять, почему мы обращаемся с ними так, а не иначе. Поэтому у нас нет выбора, мы манипулируем ими, мы не обращаемся к ним как к автономным индивидам.

Разумное же существо ответственно за свое поведение. Мы испытываем благодарность, когда оно поступает хорошо и негодование, когда поступает плохо. Награда и наказание – это не манипуляция, а естественное выражение нашей благодарности или негодования. Поэтому, наказывая людей, мы относимся к ним как к людям, ответственным за свои действия. Мы относимся к ним как к людям, которые свободно решили делать злые дела. Их поведение определяет наше отношение к ним. Если кто-то по отношению к нам ведет себя хорошо или плохо, мы разве не будем этого учитывать? Почему мы должны относиться ко всем одинаково, независимо от того, как они решили вести себя?

Кант считает, что есть глубокое логическое обоснование того, чтобы воздавать другим людям по их заслугам. Здесь вступает в действие первая формулировка его категорического императива. Когда мы решаем, что делать, мы по сути изъявляем желание, чтобы наше поведение стало «всеобщим законом». Поэтому, когда разумное существо решает обращаться с людьми тем или иным образом, оно провозглашает, что, по его мнению, так надо обращаться с людьми.

Если преступник обращается с людьми плохо, и мы за это обращаемся с ним плохо, то мы всего лишь обращаемся с ним так, как он считает нужным обращаться с людьми. Мы соглашаемся с его собственным решением. Мы позволяем ему самому решать, как с ним будут обращаться, то есть мы уважаем его суждение. Мы позволяем его суждению контролировать наше обращение с ним. Мы уважаем свободу выбора, мы не манипулируем преступником.



Три варианта компромиссной теории: сильный и слабый ретрибутивизм, компромиссы консеквенциализма

Понятно, что две противоположные позиции в вопросе обоснования уголовного наказания (ретрибутивизм и консеквенциализм) не так просто примирить между собой. Тем не менее в последние десятилетия делались многочисленные попытки модифицировать эти теории так, чтобы они дополняли друг друга[135].

Возможны три варианта компромиссной теории. Она может быть либо ретрибутивистской в своей основе, но делающей уступки требованиям общественного блага, либо по сути консеквенциалистской, но делающей уступки тем или иным ретрибутивистским принципам и, наконец, радикально новой в своей основе, то есть охватывающей и ретрибутивизм и консеквенциализм в равной мере.

Первый вариант компромиссной теории основывается на разграничении между сильной версией ретрибутивизма, которая утверждает право и обязанность государства наказывать, и его слабой версией, которая не настаивает на обязанности, а обосновывает только право (и утрату преступником права не быть наказанным). Государство, по мнению сторонников слабой версии, использует право карать, только когда оно подкреплено неретрибутивистскими соображениями, то есть государство применяет гибкий подход к наказанию и к вынесению приговора, допуская, что консеквенциалистские соображения могут оказаться сильнее изначальной обязанности налагать наказание.

Сильная версия ретрибутивизма явным образом представлена в теории Канта о священном долге государства наказывать последнего преступника (этой теории также придерживался и Гегель). Слабую версию защищали некоторые современные ретрибутивисты: Росс, Армстронг и Мандл.

Утверждение о том, что слабая версия ретрибутивизма больше соответствует реальной судебной практике, имеет под собой некоторые основания, так как условные наказания, помилование преступников, досрочное освобождение являются характерными чертами современных судебных систем. Право наказывать используется не всегда. С другой стороны, наказание за совершение некоторых преступлений является обязательным.

Проблема состоит в том, на каких принципах вынесение наказания основано. Гибкость и смягчение наказаний могут быть следствием принципа «заслуженности» и принимать во внимание степень ответственности. В этом случае компромиссная теория не является уступкой консеквенциализму. Если же вынесение наказаний будет основываться, прежде всего, на консеквенциалистских соображениях, то теорию наказания трудно назвать ретрибутивистской – от ретрибутивизма в ней практически ничего не остается.

Наиболее влиятельные теории, консеквенциалистские в своей основе, но стремящиеся достичь примирения с ретрибутивизмом, были выдвинуты в 50-е годы Дж. Ролзом[136] и Г. Хартом. Дж. Ролз, как и Г. Харт, утверждает, что проблема обоснования наказания состоит в ответе не на один вопрос, но на несколько разных вопросов, и это дает возможность для компромисса.

Дж. Ролз начинает с того, что проводит разграничение между системой правил, или институтов (таких, как игра, парламент или институт наказания), и конкретными действиями в рамках данной системы правил (например, ход в игре, постановление парламента, решение суда).

Обоснование системы правил, утверждает Дж. Ролз, есть нечто иное, чем обоснование одного их конкретного проявления. Когда мы говорим о системе наказаний, мы определяем цель, для которой она создавалась. Это, считает Ролз, может быть выражено только в утилитаристских понятиях как нечто, служащее интересам общества.

Никто, по мнению Дж. Ролза, не будет утверждать, что цель системы наказания – причинять страдания, соответствующие степени преступления. Что же касается конкретного преступления, то, напротив, приговор данному конкретному преступнику может быть обоснован только в категориях его вины, того факта, что он нарушил правила.

Не следует обосновывать конкретное наказание «с точки зрения будущего», то

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) есть в конвенционалистских понятиях. Законодатель, принимая кодекс, смотрит в будущее. Судья же, применяя его, смотрит в прошлое. Таким образом, и утилитаристы, и ретрибутивисты (по Ролзу) в чем-то правы, и их точки зрения могут быть объединены.

Экспрессивное и коммуникативное значение наказания (то есть представление о том, что наказание – это в том числе и вынесение отрицательного суждения о преступлении) с давних пор интересует философию права. В последнее время коммуникативные теории наказания стали активно разрабатываться. Идея того, что сущностью наказания является донесение некоторого послания либо преступнику, либо жертве, либо обществу в целом, может рассматриваться и как инструменталистская (служащая предотвращению преступлений или нравственному воспитанию) и как абсолютно самостоятельная. Однако современные коммуникативные теории наказания в большинстве своем ретрибутивистские.

Теория телеологического ретрибутивизма Р. Нозика

Согласно концепции Роберта Нозика, «ретрибутивное наказание есть акт коммуникативного поведения», которым преступнику сообщается, что то, что он сделал – плохо. Неприятное сообщение о том, что «ты поступил неправильно», насильственно доведенное до преступника, заставляет его воссоединиться с правильными ценностями, от которых он отступил, совершив преступление.

Р. Нозик называет свою теорию «телеологическим ретрибутивизмом» и ориентируется в ней на положительный результат и отклик со стороны преступника. Несмотря на устремленность в будущее и надежды на исправление преступника, это все равно ретрибутивизм, поскольку наказание рассматривается как заслуженное преступником сообщение о том, что общество осуждает данное поведение. Согласно Р. Нозика, общественное осуждение оправдано, даже если это сообщение совершенно безрезультатно. Важно, чтобы оно было послано и получено. Наказание само по себе уже составляет воссоединение с правильными ценностями.

Если преступник проявляет признаки того, что послание до него дошло, например, усваивает правильные ценности, осознает свою вину и чувствует раскаяние – значит, это воссоединение (которое уже имело место) начинает работать. Концепция Р. Нозика направлена отчасти на то, чтобы опровергнуть стандартные утверждения о том, что наказание без положительных результатов бессмысленно.

Дж. Хэмптон: «нанесение поражения» преступнику

В центре коммуникативной теории Дж. Хэмптон[137] – проблема нарушения прав человека. Обращаясь к идее Р. Нозика о воссоединении с правильными ценностями, она объясняет наказание как ценную саму по себе реакцию на нарушение преступником прав других людей. Дж. Хэмптон исходит так же из идей И. Канта об уважении достоинства человека и предлагает современную версию *lex talionis* (око за око).

Главное по Дж. Хэмптон, состоит в том, что наказание – это «нанесение поражения» преступнику, чье нарушение прав других людей есть унижительное для жертвы преступления выражение господства, власти преступника над жертвой. И наказание должно быть суровым, предусматривать страдания преступника (пропорционально серьезности преступления), потому что наказание – это «послание о поражении», а поражение должно быть реальным, а не чисто символическим.

Преступник, нарушая права других людей, тем самым утверждает, что другие менее ценны, чем он, что он выше других. Наказание оправдано, потому что оно исправляет ложное утверждение преступника. Цель возмездия в том, чтобы опровергнуть завышенные притязания преступника и восстановить достоинство жертвы. Как наука опровергает ложную гипотезу и раскрывает истинную картину мира, так и наказание восстанавливает истину о ценности преступника и жертвы.

Дж. Хэмптон объясняет утверждение И. Канта о том, что оставить убийцу безнаказанным – значит, запятнать все сообщество, важностью «подтекста» наказания. Она утверждает, что если мы отказываемся от ретрибутивной цели наказания, мы тем самым смиряемся с ложным свидетельством о низком

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
достоинстве жертвы, так как оно остается непровергнутым. Она интерпретирует *lex talionis* как формулу, требующую пропорциональности наказания в соответствии с серьезностью преступления (чем серьезнее преступление, тем более суровым должно быть наказание, наносимое преступнику, во имя восстановления достоинства жертвы).

Дж. Хэмптон – сторонник пропорциональности, но не эквивалентности наказания преступлению, как того требует традиционная доктрина талиона. Пределы наказания должны быть установлены в соответствии с кантовским требованием уважения к преступнику как к человеческому существу, даже если сам он не выказывает такого уважения к другим. Так Дж. Хэмптон показывает, что ретрибутивизм – это не обязательно «зверская» и «варварская» доктрина.

В целом теория Дж. Хэмптон представляет собой весьма убедительную современную интерпретацию идей И. Канта. Конечно, и эта концепция не безупречна. Например, она делает очень большой акцент на ценности человеческой личности и восстановлении ценности, подорванной преступлением. Это выглядит весьма убедительным, если речь идет о преступлениях против личности, которые причиняют людям физический или психологический ущерб. Но можно ли применять такой подход ко всем преступлениям? Можно ли рассматривать присвоение денег банка с помощью фальшивых платежных документов как возвышение преступников над их реальным моральным статусом и унижение жертв?

Р. Шафер–Ландау: крах ретрибутивизма

В последнее время получили широкую известность публикации американского философа Рассы Шафера–Ландау, в которых он подвергает ретрибутивизм резкой критике [138]. Он утверждает, что ретрибутивизм не в состоянии сформулировать целостную теорию наказания. Такая теория должна включать в себя:

- общее обоснование уголовного наказания (Почему именно оно является правильной реакцией общества на преступления а не, допустим, возмещение ущерба, ссылка или психотерапия для преступников?);
- обоснование строгости наказаний;
- решение проблемы ответственности (Какие именно виды поведения должны караться уголовным законодательством?).

По мнению этого автора, ретрибутивизм не способен дать удовлетворительного ответа ни на один из этих вопросов.

Шафер–Ландау начинает с проблемы ответственности. Ретрибутивисты утверждают, что уголовная ответственность следует за нарушением моральных норм. Однако даже самые строгие из них не утверждают, что любая аморальность должна караться уголовным наказанием. Соответственно, встает вопрос: почему так наказываются только некоторые преступления против нравственности? Чтобы ответить, ретрибутивисты должны опираться на общее обоснование уголовного наказания (то есть обоснование того, для чего вообще мы должны иметь уголовное право).

Два вида преступлений против морали назывались в качестве оснований для применения уголовного наказания: нанесение некоторых видов ущерба и получение преимуществ нечестным путем. Например, Дж. Хэмптон обосновывает уголовное наказание необходимостью нейтрализовать унижение достоинства людей. Хотя она прямо не обсуждает проблему рамок ответственности, из ее теории вытекает, что уголовное наказание должно применяться, когда преступление унижает достоинство жертвы. Поскольку некоторые преступления не имеют жертв, а некоторые никого не унижают, подкласс преступлений, подлежащий уголовным наказаниям, выделяется достаточно четко.

Другие ретрибутивисты, например, Дж. Мерфи, М. Дэвис, обосновывают наказание используя идею «нейтрализации нечестных преимуществ». Поскольку некоторые аморальные поступки не дают таких преимуществ совершающему их, мы опять можем выделить подкласс уголовных преступлений.

Теория Дж. Хэмптон не может решить проблему ответственности, поскольку многие преступления, традиционно (и обоснованно) карающиеся уголовным

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) кодексом (уклонение от налогов, вождение в нетрезвом виде или преступное сговор), никого не унижают. С другой стороны, унижение ребенка родителями, хотя и отвратительно само по себе, вряд ли должно караться уголовными мерами.

Как показывает Шафер-Ландау, другие попытки ретрибутивистов выделить те виды ущерба, которые должны караться именно уголовным законодательством, тоже не удачны. Что же касается теорий, которые рассматривают уголовное наказание как нейтрализацию нечестных преимуществ, полученных преступником, то они также сталкиваются с проблемой. Нечестное преимущество состоит в большей свободе действий преступника, получаемой им за счет законопослушных граждан. Однако такой подход уже предполагает наличие законов, уголовного кодекса, а не помогает их составить. Он ничего не говорит нам о том, каково должно быть содержание этих законов, и оставляет первоначальный вопрос без ответа. Уголовный кодекс наказывать должен не все, но некоторые аморальные действия. Где провести границу – это как раз вопрос о пределах уголовной ответственности.

Согласно Шаферу-Ландау, ретрибутивизм не работает и как общая теория обоснования наказания. Чтобы создать такую теорию, ретрибутивисты должны показать, зачем вообще нам нужно уголовное право, и почему оно должно быть построено на принципе воздаяния преступникам того, что они заслуживают.

Люди, ценящие свободу превыше всего, будут всегда стремиться к тому, чтобы ограничить власть государства. Поскольку уголовные наказания ограничивают свободу больше, чем постановления о компенсациях, налагаемые гражданским правом, нам нужны особые аргументы, убеждающие в необходимости системы уголовных наказаний. Представим себе общество, в котором есть одно только частное право. Спрашивается, как можно убедить его жителей принять уголовное законодательство?

Ретрибутивист должен сказать им примерно следующее: «Мы должны прежде всего думать о том, чтобы преступники получили по заслугам, а это может потребовать того, чтобы они не отделялись выплатой компенсаций, а пострадали больше. Да, это будет для нас не бесплатно. Поскольку уголовные санкции обычно более суровы, чем гражданские, мы должны будем позаботиться о правильном соблюдении всех процедур. Нам потребуется больше судов и полиции. Придется построить тюрьмы. Неизбежные ошибки правосудия повлекут за собой более тяжелые и некомпенсируемые последствия. Но мы должны пойти на это».

Вопрос заключается в том, должны ли мы пойти на это исключительно ради того, чтобы преступники получили по заслугам? Если ответ будет «нет», значит, ретрибутивизм не может быть основанием для теории наказания, и у нас есть все основания думать, что правильный ответ именно «нет».

Представим себе общество, которое пошло на дополнительные расходы, улучшило свои возможности воздавать преступникам по заслугам и (что неправдоподобно) получило в результате рост преступности. Согласимся ли мы на это? Думается, мы не настолько привержены идее воздаяния преступникам, что готовы ради нее идти на дополнительные расходы и жертвовать своей безопасностью.

То, что приведенный пример неправдоподобен, ничего не меняет. Он показывает нашу глубокую внутреннюю убежденность в том, что самая важная цель уголовного законодательства – сокращение преступности. Следовательно, на поставленный выше вопрос мы отвечаем именно «нет». Чтобы доказать свою правоту, ретрибутивистам придется убедить нас в том, что справедливое воздаяние преступникам важнее, чем уменьшение преступности и увеличение безопасности. Пока им не удалось этого сделать.

Наша глубокая приверженность идее сокращения преступности, и неспособность ретрибутивистов доказать приоритет воздаяния по справедливости, показывают, согласно Шаферу-Ландау, что повышение личной безопасности, по крайней мере, так же важно, как воздаяние. Создавать и поддерживать с большими затратами систему уголовного делопроизводства разумно только в том случае, если это ведет к сокращению преступности.

Таким образом, ретрибутивизм не может быть единственным основанием для системы уголовных наказаний. Вряд ли также, воздаяние и сдерживание могут быть двумя параллельными его целями. Эти разные принципы, скорее всего, приведут к конфликту представлений об ответственности и должных наказаниях,

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) и в результате, мы получим противоречивое законодательство. А если так, то ретрибутивизм опять-таки не может быть общим основанием для системы наказаний.

Расс Шафер-Ландау отмечает, что многие отказавшиеся от ретрибутивистских концепций ответственности и обоснования наказаний, тем не менее полагают, что мы должны опираться на принципы ретрибутивизма, определяя то, как именно должны наказываться преступники. Большинство философов пришло к «ретрибутивистскому консенсусу» в этом вопросе.

Шафер-Ландау не считает такое решение верным и пытается его оспорить. Он начинает с критики конкретных предложений ретрибутивистов по поводу определения должных наказаний. Первым объектом его критики является древнейший принцип ретрибутивизма – *lex talionis*. Принцип этот имеет одно огромное достоинство: он дает четкий ответ на вопрос о том, какого наказания заслуживает преступник. Однако есть четыре хорошо известные проблемы, связанные с этим принципом.

Во-первых, он требует от государства совершать отвратительные действия в ответ на мерзкие преступления. Хотим ли мы содержать «государственного насильника»?

Во-вторых, он не объясняет, как наказывать некоторые преступления, например, похищение детей, в случае когда сам преступник бездетен.

В-третьих, за одно и то же преступление совершенное случайно, по халатности или намеренно, наказание будет одно и то же.

В-четвертых, некоторые преступления будут караться слишком мягко (неудавшиеся преступления, преступления без жертв, уклонение от налогов), то есть те преступления, где нет ущерба, либо он малозначим для каждого отдельного гражданина.

Поэтому предпринимались попытки модифицировать принцип талиона. Например, предлагалось делать с преступниками не абсолютно то же самое, что они сделали с жертвой, а заставить их перенести столько же страданий, сколько они причинили жертве. Это, однако, не решает третью и четвертую проблему принципа и создает пятую: как измерить количество страданий жертвы и сделать так, чтобы преступник страдал столько же.

В связи с проблемами принципа талиона большинство ретрибутивистов стали обосновывать строгость наказания, исходя не из страданий жертвы, а из несправедливого распределения преимуществ и тягот, которое создают преступники своими действиями. Было предложено несколько вариантов объяснений того, в чем же заключаются несправедливые преимущества, получаемые преступниками: от свободы реализации преступных импульсов до материальных благ, психологической удовлетворенности и большей свободы. Но в любом случае нет объяснения, почему должна быть корреляция между величиной несправедливого преимущества, полученного преступником, и масштабом его преступления. А такая корреляция должна быть, если мы хотим наказывать убийцу более строго, чем мелкого воришку.

Ретрибутивизм, согласно Шаферу-Ландау, встречается также с неразрешимыми проблемами при попытке определить, какого именно наказания заслуживают преступники. Ретрибутивисты полагают, что наказание должно быть, во-первых, пропорционально преступлению (количественное соответствие) и, во-вторых, соответствовать ему (качественное соответствие).

Пропорциональность обеспечивается тем, что за более тяжкие преступления назначаются более суровые наказания. Но как определить, какие именно? Мы можем построить шкалу преступлений разной тяжести, от самого незначительного до самого крупного, и шкалу наказаний, от самых легких до самых суровых. Но само по себе это нам не скажет, какими же должны быть конкретные наказания за конкретные преступления.

Допустим, в одном государстве есть шкала из пятидесяти преступлений разной степени тяжести и шкала полагающихся за них наказаний. Самым «легким» преступлением считается выбрасывать мусор в неположенном месте. Наказание – сорок лет тюремного заключения. В другом государстве тоже есть шкала из пятидесяти преступлений, самым тяжким считается умышленное убийство. Наказание – двадцать дней в тюрьме. Вряд ли мы сочтем все это справедливым.

Проблема заключается в следующем: говорить о том, кто чего заслуживает, можно только в контексте ясных правил. Если у нас есть четкие правила, когда ставить «5» за контрольную работу, совершенно понятно, кто заслуживает этой оценки. Но в сфере нравственности нет правил, которые увязывали бы тяжесть преступления с определенным уровнем страданий преступника или определенной продолжительностью лишения свободы.

Лишение свободы очень сильно отличается от хищений, краж, угона автомобилей. Невозможно даже приблизительно определить, является ли назначенный срок заключения оптимальным или слишком большим, или слишком маленьким. Должен ли угон автомобиля караться шестьдесятю днями тюрьмы, или одним годом, или тремя годами? В рамках ретрибутивизма нет возможности ответить на этот вопрос.

Таким образом, согласно Шаферу-Ландау, ретрибутивизм не выдерживает критики ни в одном аспекте и не может быть удовлетворительной теорией уголовного наказания.

В рамках современной теории наказания продолжается борьба двух противостоящих друг другу лагерей, очень по-разному представляющих себе смысл практики уголовного наказания. И та, и другая теория базируется на фундаментальных (но, возможно, несовместимых) ретрибутивистских и консеквенциалистских принципах обоснования уголовного наказания. И та, и другая имеет очень влиятельных сторонников. Тем не менее продолжается поиск модели, которая могла бы объединить два подхода и способствовать как эффективности уголовного наказания, так и уделять должное внимание вине и возмездию.

## Тема VI. ПОСТМОДЕРНИСТСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

### Понятие постмодернизма

Сам термин «постмодернизм» неясен, существует множество определений постмодернизма, созданы различные теории постмодернизма. Все признают, что постмодернизм – явление неоднородное, что в его рамках развивается множество школ и направлений. Общее для всех них – противостояние модернизму. Представление о том, что то время, в которое мы живем, есть нечто качественно отличающееся от предшествовавшей эпохи, эпохи модерна.

Когда именно закончилась эпоха модерна и началась эпоха постмодерна, разные авторы, естественно, определяют по-разному. Примерно можно сказать, что эпоха постмодерна охватывает несколько последних десятилетий.

Как считают теоретики данного направления, «постмодернистское время» отличается от того, что было еще несколько десятилетий назад качественными сдвигами в политической, культурной, мировоззренческой и других областях.

У философии постмодернизма множество истоков (литературоведение, лингвистика, теория архитектуры), на которых мы не можем сейчас подробно останавливаться. Однако есть смысл сказать несколько слов о так называемой Франкфуртской школе. Это очень интересное и масштабное явление в современной философии. К Франкфуртской школе принадлежали такие выдающиеся мыслители, как Теодор Адорно (1903–1969), Макс Хоркхаймер (1895–1973), Герберт Маркузе (1898–1979), Эрих Фромм (1900–1980), Вальтер Беньямин (1892–1940), один из крупнейших ныне живущих философов Юрген Хабермас.

Наибольшее значение для формирования проблематики постмодернизма сыграла работа Т. Адорно и М. Хоркхаймера «Диалектика Просвещения» (1944). В этой работе говорилось о ключевых особенностях эпохи модерна, начавшейся с XVIII века, «Века Просвещения». Эти особенности были предопределены основными идеями и установками Просвещения: верой в разум, существование субъекта (человека, наделенного некой «природой человека») и «объективной реальности» (природной и социальной), которую человек может познать с помощью разума, построив научные теории этой реальности.

Просвещение стремилось освободить человека от мифов, суеверий, от подчинения природе и сверхъестественным силам (то есть от религии) с помощью критического разума. Возникают критическое отношение к прошлому и вера в прогресс – представление о том, что впереди нас ждет бесконечное

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
совершенствование и продвижение к лучшему в социальной и моральной  
областях. Особенностью эпохи Просвещения был рационализм, стремление к  
эффективности и полезности. Говорят о так называемом «Проекте Просвещения»,  
то есть идее переустройства мира на разумных основах.

Практическим выражением этих идей и представлений явилось общество,  
опирающееся на развитие науки и техники, то есть научно-техническое  
общество, которое в процессе индустриализации XVIII–XIX вв. превратилось в  
современное индустриальное общество. Процесс модернизации одновременно был  
процессом секуляризации, в ходе которого наука, экономика, государство и  
частная жизнь человека высвободились из-под опеки религии, претендовавшей  
(до этого) на роль духовного вождя и руководителя общества.

Итак, модернистские общества основаны на абсолютной вере в разум и  
прогресс. Они стремятся переустроить мир на разумных основах, преобразовать  
природу, общество и человека. Как утверждают постмодернисты, вследствие  
этого они стремятся к тотальному порядку, осуществлению различных утопии и  
заканчивают двумя мировыми войнами, Гулагом, Освенцимом и экологической  
катастрофой. И это не трагическая случайность, не отклонение от в целом  
правильного пути прогресса. Гулаг и массовые убийства, совершенные  
нацистами, – другая сторона прогресса.

Это не означает, что разум и прогресс неизбежно ведут к катастрофам и  
массовым убийствам. Но и у них есть темная и варварская сторона, которая  
при определенных условиях проявляется. Согласно одному из теоретиков  
постмодернизма, Зигмунду Бауману, ужас от нацистских массовых убийств – это  
(в том числе) ужас и от того, насколько рационально, разумно были  
организованы эти убийства; от того, насколько они в духе всей нашей  
цивилизации.

«Проект Просвещения», порожденный отчасти стремлением человечества  
господствовать над природой, создал возможность рационально организовать  
социальные процессы. Это проявилось в развитии технологии, повышении  
эффективности производства. И Холокост полностью в духе всего, что мы знаем  
о нашей цивилизации, о ее приоритетах, о ее видении мира.

Газовые камеры были основаны на том же принципе, который принимался нами за  
позитивную черту современности: на принципе рациональной эффективности.

В лагерях смерти все было подсчитано и рационализировано. СС культивировало  
рациональность в заключенных. Все было устроено так, чтобы для заключенных  
самым рациональным было следить друг за другом, контролировать друг друга,  
предавать друг друга. На этом нацисты сэкономили деньги и своих людей, часто  
вся охрана концлагеря на сотни тысяч заключенных состояла из нескольких  
десятков человек: заключенные сами себя охраняли и уничтожали.

Автономный разум модернистской эпохи считался хорошим самим по себе, служил  
критерием, которым все проверялось. Теперь мы видим, что это идея не  
состоятельная, что разум может приводить и к великому злу. Разум сам  
нуждается в легитимации.

Именно потому, что общества модерна верят в объективность своих утопических  
проектов, они становятся репрессивными. Ведь они полагают, что истина ясна,  
надо лишь осуществить ее. Если бы они думали, что это всего лишь одно из  
возможных мнений, что действительность сложнее заранее заданных схем, никто  
не стал бы осуществлять какие-либо проект ты преобразования природы и  
общества.

Философы, выдвигавшие в качестве высшей идеи силу разума, в той или иной  
степени приходили к идее абсолютной неконтролируемой власти. Платона идея  
«объективной истины» привела к необходимости «правителей-философов»,  
наделенных абсолютной властью. Кант верил в Разум как в надежную,  
объективную основу для морали и законодательства. Следуя Канту,  
правительства обладают знанием того, что нужно для их подданных и могут  
применять насилие для реализации всего, предписываемого этим знанием.

Постмодернисты поставили под сомнение и существование субъекта, и  
существование объективной реальности, а также все объяснительные схемы. Они  
заявили о «смерти субъекта», о том, что «Я» – это фикция. Нет  
самостоятельного «Я», каждый полностью формируется теми структурами и  
отношениями, в которые он вступает.

Как утверждал французский философ Жак Лакан, неправильно думать, что у нас есть какая-то индивидуальность, и мы выражаем ее через язык. Напротив, язык существует до нас, мы наследуем его, поэтому язык определяет нашу «индивидуальность». «Я» – это продукт языка. «Я» – это фикция, то, как мы видим мир, определяет язык, мы не делаем выбор в жизни, в том числе моральный выбор – язык делает его за нас. Он предопределяет наше видение ситуации, те возможности выбора, которые мы видим.

Нет также «объективной реальности». Реальность – это «социальный конструкт», она сконструирована. То, что мы воспринимаем как естественное, существующее само по себе, на самом деле сконструировано (искусственно создано). Это идеологические и культурные мифы. В числе таких мифов, например, представления о качествах и социальной роли женщин: предназначение женщины – это дети, кухня и церковь, женщины слабы, мелочны, слишком эмоциональны, плохо соображают, пассивны, из них получаются плохие политики. Но зато в них больше развита нежность, заботливость, поэтому они должны сидеть дома или работать учительницами, нянями, медсестрами и т. д.

Является ли все это сущностными чертами женщин? В обществе амазонок так не считалось. Есть и сейчас некоторые общества (некоторые племена в Малайзии), где женщины управляют и добывают средства к существованию, а мужчины сидят дома с детьми. При этом мужчины капризны, часто плачут. В нашем обществе девочек и мальчиков воспитывают по-разному, девочкам дают кукол, мальчикам – игрушечное оружие, им внушают, что плакать стыдно и т. д. Может быть, если оба пола воспитывать одинаково, то не будет тех отличий в их психологии, поведении и т. д., которые существуют сейчас. Но на протяжении тысячелетий в обществе доминировали мужчины, а женщины были угнетены. Так не навязали ли нам мужчины выгодные им мифы, оправдывающие подчинение женщин?

Таким же социальным конструктом для постмодернистов является «нация». Националисты выдают нацию (свою нацию) за что-то, существующее естественно, испокон веков, усомниться в этом – означает покушаться на святое. На самом деле нации – это «воображаемые сообщества», они искусственно конструируются.

Надо сказать, что в этой идее много верного. Можно привести следующий пример. Сейчас существует государство Македония и населяющая его нация – македонцы. Особенностью этой нации является то, что она практически ничем не отличается от болгар. Тот же язык, религия, культура (за исключением небольших региональных различий). До 60-х годов XIX в. никто даже и не думал, что существуют какие-то македонцы. И на территории современной Болгарии, и на территории современной Македонии (западная часть прежней Болгарии) велась борьба за освобождение болгарского народа от турецкого ига. Но, повторюсь, в 60-е годы XIX столетия группа западноболгарских интеллигентов провозгласила: «Мы – македонцы, потомки Филиппа II и Александра Македонского, и не имеем ничего общего с болгарями». В результате мы имеем сейчас два отдельных государства и македонцев, относящихся к болгарам весьма прохладно.

Официальные идеологи Киргизии, Таджикистана, Туркмении, Казахстана доказывают, что именно их нация лучше и древнее всех соседних, что ее история насчитывает тысячелетия. Делать это очень трудно, так как до начала XX в. ни одного; из государств вообще не существовало. На территории Средне-Азии были Хивинское и Кокандское ханства и Бухарский эмират, население которых говорило на тюркских диалектах и фарси (часто было двуязычным) и делилось на многочисленный мелкие племена и кланы. Люди воспринимали себя как мусульман, подданных конкретного ханства и членов конкретного племени. Развитого этнического самосознания у них вообще не было. Узбеков, казахов, киргизов и туркмен, в их нынешнем виде «придумали» большевики, они же искусственно поделили

Среднюю Азию между этими «народами», дали статус «союзных республик». Здесь все было очень случайно. Большевики вполне могли бы дать Башкирии статус союзной республики, а Казахстану – автономной (каким он раньше и был). И мы сейчас имели бы независимый Башкортостан и Казахстан в составе России.

Постмодернисты отвергают также попытки человека познать «реальность» и создаваемые ими объяснительные схемы. Они называют их метанарративами, или «великими схемами». Марксизм, фрейдистский психоанализ, либерализм,



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
дарвинизм и т. д., – эти метанарративы пытаются все вписать в одну схему, все подчинить одной логике, а действительность слишком разнообразна, фрагментарна, локальна, подчиняется разным логикам.

Нарративы действуют как просвещенческий разум: чтобы вписать в свою схему очень разнообразные, непохожие друг на друга истории и традиции, они «переводят» значение этих традиций на свой язык, искажая суть их и делая неузнаваемыми. Метанарративы являются принудительными, «угнетательскими», они контролируют и формируют по своему усмотрению местные традиции, не уважают их специфику.

Кроме того, здесь уместно напомнить еще одно утверждение постмодернизма: «знание – это власть». Если так называемая реальность – это «социальный конструкт», то тот, кто его конструирует, имеет огромную власть. Он заставляет нас видеть мир таким, каким он хочет, чтобы мы его видели. Он заставляет нас считать естественным и очевидным то, что на самом деле нам навязано и служит чьим-то интересам.

Если в обществе доминируют мужчины (как это происходит практически во всех современных обществах), то сконструированное ими, выгодное представление о женщинах может быть воспринято всеми как нечто естественное и очевидное, и сами женщины могут думать, что женщины мелочны и бестолковы, что их удел – семья и дети и т. д.

Тот, кому принадлежит (кто контролирует) то, что постмодернисты называют «доминирующим дискурсом» (то есть господствующая культура, господствующее видение мира), тот и определяет, что реально. Это не обязательно сознательно придуманная, хорошо разработанная идеология. Это может быть общепринятое словоупотребление, которое выдает себя за ней-

тральное, но не нейтрально, слова и словосочетания, которые подразумевают, содержат в себе некоторые представления, принимаемые на веру.

Поэтому знание, объяснительные схемы не нейтральны – они являются «идеологическими конструктами», используемыми сильными для того, чтобы угнетать слабых. Владельцы знания определяют, что является разумным, что допустимо думать, и как следует себя вести, и поэтому могут убедить всех, что то, что является локальным, системой представлений какой-то одной социальной группы, какой-то одной субкультуры из многих субкультур общества, на самом деле является универсальным и не подлежащим сомнению.

Постмодернисты не верят в такие «основополагающие учения» и выступают за их деконструкцию. Деконструкция – обнаружение тех мыслительных процедур, способов мировосприятия, привычек сознания, расплывчатых и неформулированных комплексов представлений, которые проявляются в текстах, (а текстом может быть все), независимо от желания их авторов. Например, если мы употребляем понятия «передовые» и «отсталые» общества, или «дикие племена», мы тем самым показываем, что исповедуем веру в линейный прогресс, считаем всех, отличающихся от нас, отсталыми, проявляем евроцентризм и высокомерие.

Постмодернисты же, напротив, выступают за плюрализм, за сосуществование множества концепций и интерпретаций.

В постмодернизме утрачена вера в общие (единственно верные) утверждения относительно смысла жизни человека и общества, отсутствует сама идея «цели», или «значения». Никакой «объективной истины», никаких «объективных ценностей» (то есть общезначимых, действительных для всех), сами понятия «объективности», «знания» исчезают. Нет линейного развития истории, нет исторического прогресса. Нет никакой «природы человека», нельзя сказать, что истинно, что является благом.

Что же делать, как жить в мире, где нет ни истины, ни цели, да, в общем-то, и нас самих? Хотим мы или не хотим, но мы живем в постмодернистском мире, мире относительных ценностей. Говоря о «постмодернистских» чертах современного мира, постмодернисты подчеркивают, что (поскольку потеряна вера в «великие схемы») наше общество становится более атомизированным, более фрагментированным, и в нем развиваются новые формы контроля со стороны государства.

Модернизм полагался в основном на открытые репрессии, открытое принуждение.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Постмодернистское общество становится обществом все более искусственным, «театральным», «обществом спектакля», в котором мы все больше и больше погружаемся в мир придуманных, созданных нами самими образов, и государство контролирует поведение людей через производство образов.

Реклама—это способ ретушировать поведение, через соблазн. СМИ, шоу-бизнес – средства манипулирования сознанием людей (создание кумиров, навязывание той или иной проблематики, завуалированная пропаганда каких-то идей и т. д.). Сейчас следует говорить не о политике, а о шоу-политике. СМИ могут «раскрутить» и, наоборот, предать забвению кого и что угодно.

Во время войны в Заливе бомбардировки Ирака начинались с учетом того, чтобы информация об этом попала в вечерние сводки новостей в США. Все забастовки, теракты имеют смысл, только если их показывают по телевизору (и организуются они в расчете на это). Если чего-то не показывают по телевизору, то этого фактически и не существует.

Кроме того, мы живем в мире множества призраков, фикций, или того, что Ж. Бодрийяр называл(симулякрами), то есть образами или символами не существующих в реальности вещей. Надо сказать, что симулякрами жизнь в нашей стране была богата уже давно: «диктатура пролетариата», «власть трудящихся», «морально-политическое единство советского народа», «высокая духовность русского народа», «широта души», «коллективизм-соборность» в противоположность «бездуховному Западу». Сколько было сказано и написано об удивительном процветании стран Азиатско-Тихоокеанского региона, о невероятной ценности их модели развития, а в 1998 г. все мгновенно рухнуло.

Ощущение театральной призрачности жизни многие связывают с необарочным мироощущением. Многие авторы, даже независимо друг от друга, определяют нашу эпоху как эпоху «необарокко», так как она обладает многими чертами, которые были свойственны культуре барокко – отсутствие авторитетного теоретического обоснования; сомнения в ценностях и релятивизм идей; не целостное, а дробное и фрагментарное восприятие мира; идея относительности культурных норм; условность и фантастика; «витиеватость» и вычурность; интерес к неевропейским культурам и т. д.

Постмодернизм ставит под сомнение сами понятия «автора», «реальности», «творчества», «текста», или «произведения искусства», и даже «читателя», или «зрителя».

Если я пишу о философии права, то употребляю слова, значения которых даны обществом, использующим этот язык. На меня, на мои воззрения влияет интеллектуальная атмосфера, общественное мнение нашего времени.

Литературные критики часто показывают, что то, что писатель считает своими оригинальными идеями, на самом деле результат взаимовлияния нескольких интеллектуальных традиций.

Если я издаю курс лекций по философии права, я должен учесть, что эта книга адресована студентам, что она должна соответствовать проблематике курса философии права, а также, что издатели выдвинут свои пожелания или требования относительно ее объема и содержания. Кроме того, рукопись подвергнется редакторской правке. Таким образом, то что пишется, определяется обстоятельствами места, времени, цели издания. Среди всего этого автор исчезает.

Прежде считалось, что художественный образ отображает, выражает что-то внешнее (реальный мир) или внутреннее (сознание человека) и создается уникальной человеческой личностью, творцом. В постмодернизме образ отражает только другие образы, он не имеет жесткого соотношения с чем-либо. Раньше считалось, что в искусстве передается какое-то сообщение от творящего автора к воспринимающему читателю или зрителю. Теперь утверждается, что мы удваиваем, умножаем образы, оформляем их, перетасовываем, но не имеем никакого творческого контроля над ними.

Постмодернизм подрывает веру в образ как в продукт индивидуального сознания. Художник не создает образ – он его находит, образ создан до него. И читатель, или зритель, тоже не пассивно потребляет его, он дает образу свою интерпретацию. За образами ничего не стоит, никакой трансцендентной реальности, никакой индивидуальности, цели и смысла. Это игра, манипулирование и комбинирование образов без особых претензий.

Понятно, что постмодернизму чужда идея серьезного отношения к какому-либо стилю либо превосходства какого-либо художественного стиля над другими (это был бы очередной великий нарратив, очередная попытка найти истину). Он выступает за процветание всех стилей и за их свободное смешение, за художественную эклектику и интертекстуальность. Нет разницы между оригиналом и копией, новаторством и плагиатом, высоким и массовым искусством, разными интерпретациями текста, все они одинаково хороши и имеют равное право на существование.

### Постмодернизм и право

Из сказанного выше, уже можно себе представить отношение постмодернистов к юриспруденции. Не оставляя камня на камне от всего нашего мира и мировоззрения, они, естественно, крайне критически относятся и к традиционной теории права [139]. А именно, предлагается ее полная деконструкция. Традиционная теория права – это типичный метанарратив, проявление доминирующего дискурса. Необходимо подорвать доминирующий дискурс, освободить подавляемые дискурсы и голоса.

Под деконструкцией права понимается обнажение его фрагментарности, отсутствия в нем целостности и последовательности. Как и все остальное, право должно изучаться в социальном контексте, должна быть показана историческая и культурная специфика права. Постмодернистские правоведы пытаются продемонстрировать, что современное законодательство не есть нечто нейтральное (как оно пытается представить себя), но является феноменом позднего капитализма. Соответственно, право должно подвергнуться критическому анализу, который продемонстрирует классовый характер права, откроет защиту им капиталистических ценностей.

Постмодернизм также ставит задачу изучения того, как участники правового процесса конституируются дискурсом права. Одобрив те тенденции в развитии традиционной философии права, которые подчеркивают интерпретативный характер правовой деятельности («внутренняя точка зрения» Г. Харта, интерпретативная модель Р. Дворкина), они призывают пойти дальше и проанализировать все факторы, влияющие на интерпретацию юридических текстов. Прежде всего, это социальные роли, определяющие интерпретацию.

Интерпретация является проявлением власти, судьи и адвокаты выступают как представители элиты. На интерпретацию права влияют их моральные и политические убеждения. Активное и неизбежное участие в интерпретации принимает политическая идеология. Поэтому нужна не «внутренняя точка зрения», а критическая точка зрения.

Некоторые постмодернисты утверждают, что необходима перестройка всего правового порядка. Фрагментарной, множественной и нестабильной реальности нашего времени должно соответствовать такое же право – плюралистическое, применяемое по-разному множеству различных «интерпретативных сообществ».

Постмодернисты призывают обратить внимание на субъект права в контексте дискурса права. Они говорят о смерти «субъекта права». В соответствии с модернистской концепцией субъекта, у человека отсутствует индивидуальная целостность, нет выбора, свободной воли, невозможны такие вещи, как «согласие», или «намерение».

Для участников судебных процессов характерна множественная, меняющаяся идентичность. В качестве примера приводится «постмодернистский процесс» в Висконсине в 1991 г. Подсудимый обвинялся в изнасиловании женщины, страдающей раздвоением личности, точнее, наличием множества «личностей» в одном теле.

Причем об изнасиловании можно было говорить только в отношении одной из этих «личностей», остальные дали бы согласие. Более того, изнасилованная «личность» вообще-то тоже согласилась на секс, но утверждалось, что она была слишком незрелой, или не вполне здоровой, чтобы ее согласие могло считаться подлинным. Традиционные юридические понятия «личности», «признания», «истинных показаний» были поставлены под сомнение.

Кроме того, истерия в СМИ вокруг этого процесса – тоже одна из тем, которой уделяют большое внимание постмодернисты. Для постмодернизма в целом

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) характерно представление об огромной роли средств массовой информации, которые по сути и создают нашу картину мира. Постмодернистские теории права уделяют большое внимание взаимодействию права и СМИ, тому, как последними создается наш образ права, который потом влияет на правосудие (шоу-право).

Один из современных постмодернистских авторов, Пьер Шлаг, анализирует следующий пример, взятый из популярного телесериала «Закон в Лос-Анджелесе» [140]. Некто Стюарт Марковиц, сотрудник небольшой юридической фирмы в Лос-Анджелесе (и весьма симпатичный персонаж в сериале), арестован за вождение в пьяном виде. У него обнаруживают 0,9 промилле алкоголя в крови. Стюарта в суде будет представлять Майкл Кьюзак, его партнер по фирме и очень компетентный юрист. Происходит следующий диалог между Майклом, Стюартом и его женой Энн:

Майкл. Профессор Хаймсон – лучший токсиколог штата. Если он даст свидетельство в нашу пользу, все будет О. К. Ладно, к фактам... Итак, ты выпил стакан вина перед тем, как выйти из ресторана, не так ли?

Стюарт. Ну, я пил вино за обедом, так что, я думаю...

Майкл. Да, но время очень важно. Позволь мне кое-что объяснить. Чтобы алкоголь проник в кровь, должно пройти тридцать минут. Это означает, что если ты выпил стакан вина как раз перед тем, как сесть в машину, наш свидетель-эксперт сможет показать, что в момент, когда тебя арестовали, алкоголя в крови у тебя еще не было... Это очень важно... Итак... Когда, как ты думаешь, ты выпил последний стакан вина?

(Стюарт и Энн понимают, в чем дело).

Энн. Он выпил его как раз перед тем, как мы ушли.

Майкл. Вы готовы показать это в суде?

Энн. Да.

Майкл. Хорошо... Очень хорошо.

Как пишет Пьер Шлаг, Майкл получил именно то свидетельство, которое хотел, ни разу ни говоря о правде. Он избегает открыто призывать к лжесвидетельству. Но ни закон, ни профессиональная этика не требуют от него знать правду. «Мы начинаем понимать, что будет ли Стюарт осужден или нет, совершенно не зависит от того, был ли он пьян в момент ареста. Это полностью зависит от того, насколько хорошо сыграют свои роли различные актеры (прежде всего, Майкл, Стюарт, Энн, полицейский, прокурор округа и эксперты). <...> Образ права, представленный здесь, – это представление, риторические ходы в рамках предписанных, стилизованных ролей, которые разыгрываются различными актерами для того, чтобы применить или нейтрализовать институциональную власть» [141]. В зависимости от того, как актеры применяют имеющиеся у них ресурсы власти (влияния), исход дела будет разным.

Майкл разыгрывает свою роль хорошо. Он приготовил следующие аргументы для защиты: Стюарт имел 0,9 промилле алкоголя в крови, что едва превышает допустимые в Калифорнии 0,8 промилле; два свидетеля покажут, что Стюарт пил вино незадолго до того, как сесть в машину; Главный токсиколог штата, весьма уважаемый специалист, покажет, что в данной ситуации Стюарт не мог быть пьян в момент ареста.

С этим Майкл идет к прокурору округа, женщине, которую он называет по имени. Он излагает ей свои аргументы, добавляя, что дело будет рассматривать судья Мэттьюс – друг начальника фирмы Майкла. Майкл просит ее об одолжении. «Майкл и прокурор округа явно состоят в отношениях «профессиональной дружбы» – неформальных отношениях, возникающих на основе повторяющихся контактов. <...> На основе профессиональной дружбы поддерживается сеть неформальных связей, через которую длинная рука закона делает большую часть своей работы: сделки с правосудием, согласованные приговоры, примирения сторон и т. д. Это сеть права внутри права – теневое право. <...> Теневое право уменьшает стоимость транзакций благодаря институту, известному как "банк одолжений". – огромная, постоянно меняющаяся совокупность связей, лояльностей, долгов и обязательств. <...>

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Банк одолжений – это в значительной части феодальный институт, иерархический по структуре и действующий на основе лояльности, чести и профессиональной дружбы...

В конце концов банк одолжений, теневое право и Майкл делают свое дело – обвинение заменено на «неосторожное вождение». <...> В конце эпизода Стюарт (в своем офисе) <...> говорит: «Я виновен: три стакана вина»[142].

Пьер Шлаг комментирует это так: «Это – великолепная находка сценариста, великолепная, так как подтверждает главную идею, что право – это игра власти и манипуляции [курсив мой. – С. М.]. Юристы манипулируют и контролируют. Закон манипулирует и контролирует»[143].

Согласно Шлагу, сериал «Закон в Лос-Анджелесе» говорит нам правду о праве, правду, которую знают юристы и все, кто сталкивался с реальным правосудием. Право – это мир закулисных игр, обмана и манипуляций. Истина, рациональность и моральные ценности используются участниками правосудия только инструментально – если они помогают эффективно манипулировать присяжными. Кому точно нет места в этом сериале, утверждает Шлаг, так это Рональду Дворкину.

Постмодернисты, а также очень близкие к ним сторонники «критических правовых исследований» (иногда их даже объединяют под одним названием «постмодернистская критическая юриспруденция»), отрицают возможность истины, объективности и справедливости в морали и праве, возможность основывать право на принципах честности, справедливости, равенства, которые мы все разделяем и которые служат интересам всех. Их представления основаны на идеях морального релятивизма и скептицизма – идеях о том, что нет общечеловеческих ценностей, все ценности относительны.

Опираясь на философскую традицию, идущую еще от античных софистов, а также Ницше, Маркса и Фрейда, они утверждают, что моральные и правовые ценности – это всего лишь выражение (и прикрытие) политических отношений господства, доминирования. Мораль и право существуют для того, чтобы защищать интересы тех, кто господствует в обществе, элит от угнетенных. Мораль и право – это иллюзия, направленная на поддержку статус-кво и блокирование перемен в интересах угнетенных.

Кроме того, в обществе с глубоким социально-экономическим неравенством интересы господствующих и подчиненных очень сильно отличаются. В таком обществе не может быть единой, цельной системы ценностей и основанной на ней единой системы моральных принципов в праве (последнюю пытается найти Дворкин, за что его ожесточенно критикуют постмодернисты и «критические исследователи»).

### Критика постмодернизма

Как следует расценивать постмодернистские идеи в целом и постмодернистскую теорию права в частности? В том и другом много точных наблюдений. Постмодернистами поставлены верные и глубокие вопросы. Другое дело, что на них даны очень спорные ответы. Постмодернизм – это, по своей сути, философия отчаяния. Недаром многие известные постмодернисты были участниками революционных событий 60-х годов прошлого века в Западной Европе и США. Поражение этих выступлений повлекло разочарование ряда их участников в марксизме, в возможности добиться каких-то изменений, а затем и вообще разочарование в разуме и человеке.

В целом, постмодернизм – это ложное и, по своей сути, человеконенавистническое учение. Оно опирается на крайне сомнительные философские основания, прежде всего моральный релятивизм и скептицизм. Но всякий релятивизм – это самоопровергающееся учение. Если все относительно, то релятивизм тоже входит в это «все». Значит, относительно и утверждение об относительности всего, и у нас нет никаких оснований придерживаться именно его, а не, скажем, утверждения о том, что ничего не относительно.

Доводы в пользу морального релятивизма не выдерживают критики. Аргумент: у одних одни моральные представления, у других – другие, значит, нет объективности в морали – ложен. Из того, что одни думают, что Земля круглая, а другие – что Земля плоская, еще не следует, что нет истины в географии. Ссылки на разнообразие нравственных представлений у разных

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
народов и культур тоже не доказывают правоту релятивизма.

Как писал Дж. Финнис, современные исследования по антропологии показали, что «все человеческие общества демонстрируют заботу о ценности человеческой жизни; во всех сообществах самосохранение в общем и целом признается как законная мотивация действия, ни в одном убийство других человеческих существ не допускается без совершенно определенных обоснований. Все человеческие общества расценивают продолжение рода как благо, за исключением особых обстоятельств. Все человеческие общества ограничивают сексуальную активность; во всех обществах есть определенные запреты на кровосмешение, запрет сексуальной вседозволенности и изнасилования, и поощрение стабильности и постоянства в сексуальных отношениях. Все общества демонстрируют заботу об истине, обучая молодежь не только практическим (например, избежанию опасностей), но и спекулятивным и теоретическим (например, религия) предметам. Человеческие существа в детстве могут выжить, только если о них заботятся, и они живут в обществе, которое распространяется за пределы нуклеарной семьи. Соответственно, все общества отдадут предпочтение ценностям сотрудничества, ставят общее благо на первое место по сравнению с индивидуальным благом и ценят справедливость внутри групп. Все знают дружбу. Все имеют концепции «моего» и «твоего», собственности и взаимности. Все ценят игру – серьезную и формализованную или расслабленно-рекреационную. Все обращаются с телами умерших членов группы в соответствии с традиционными ритуалами, отличающимися от процедур выбрасывания мусора. Все демонстрируют внимание к силам или принципам, считающимися сверхчеловеческими; в той или иной форме религия универсальна» [144].

Другие исследователи указывают и на иные общечеловеческие ценности. Иначе не может и быть: мы все – люди, и все живем в обществах в условиях нехватки ресурсов, мы все стремимся жить и хотим избежать боли и т. д. (см. «минимальное содержание естественного права» Г. Харта). Общность фундаментальных условий существования порождает общие ценности.

Моральный релятивизм выдает себя за высокогуманное и терпимое учение. Если все ценности относительны, то нет никаких оснований утверждать, что ценности нашей культуры, лучше, чем ценности других. И мы, соответственно, не имеем права считать другие культуры хуже нашей (более отсталыми, чем наша) и навязывать другим культурам свои ценности. Но, придерживаясь морального релятивизма, можно с такими же основаниями сказать: «Ваши ценности ничем не лучше наших, поэтому возьмем и навяжем вам наши, если захотим».

Основываясь на моральном релятивизме, мы должны терпеть и одобрять существование чудовищного зла. Мы не имеем права критиковать нацистскую Германию, осуждать убийство миллионов людей в концлагерях, мы не должны иметь ничего против Бен Ладена и Шамиля Басаева, поскольку у них другие ценности, а значит, ничем не хуже наших. Один считает, что надо делать добро, другой – что можно мучить маленьких детей для развлечения. Согласно моральному релятивизму (и постмодернизму), это всего лишь субъективные взгляды, ни один из них не лучше другого.

Мы также не должны критиковать жизнь своего общества, не осуждать его пороки, не стремиться к исправлениям нравов. Зачем что-то менять? Сейчас одна система ценностей, если что-то изменим – будет другая, но они несопоставимы, ни одна не лучше и не хуже другой. Зачем бороться с расизмом и сексизмом? Ведь получается, что для этого нет никаких объективных моральных оснований. Мы должны признать, что все дискуссии о добре и зле, о смысле жизни и т. д., которые люди ведут на протяжении тысячелетий, – пустое и бессмысленное времяпрепровождение.

Моральные релятивисты должны объяснить, почему язык морали и представления обычных людей о морали таковы, что мораль – это нечто серьезное, что споры о ней имеют смысл, что могут быть морально правильные и неправильные поступки, одним словом, почему язык морали полностью противоречит идеям морального релятивизма. Слишком многое в жизни общества зависит от объективных ценностей, чтобы эту идею было можно с легкостью отбросить.

Сходные вещи можно сказать и о постмодернистской концепции человека. Постмодернисты превращают человека в биоробота, полностью запрограммированного дискурсом, культурой, властью и не способного увидеть истину. Если это так, то как вообще возможны разногласия? Как возможны

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
изменения в обществе? Если мы полностью запрограммированы культурой, то это  
ведь относится и к самим постмодернистам. Как же они могут выйти за рамки  
культуры, чтобы увидеть это?

Любопытно, что постмодернисты столкнулись с тем, что некоторые их идеи  
противоречат их же собственным целям. Постмодернисты выступают за  
множественность, различие, освобождение подавленных дискурсов и голосов, а  
именно: женщин, негров, сексуальных меньшинств, нелегальных иммигрантов и  
т. д. Но если все сконструировано, то, по сути, никаких рас, женщин и т. д.  
нет, кого же тогда защищать? Не случайно некоторые постмодернисты  
заговорили о «стратегическом эссенциализме», то есть о том, что хотя,  
например, всякая раса – это фикция, социальный конструкт, но в борьбе  
против угнетения черной расы надо временно делать вид, что она реально  
существует.

Если разум и истина – это фикции, если мы придерживаемся разных и  
несопоставимых логик, то зачем вообще постмодернисты пишут свои книги?  
Зачем беспокоится о том, чтобы пропагандировать свои убеждения, если нельзя  
говорить об истине, правильно и неправильно? Для кого все это? Если для  
тех, кто с ними и так согласен, то это не имеет большого смысла. Если для  
того, чтобы переубедить тех, кто не согласен, то это подразумевает, что с  
ними можно вести диалог, их можно переубеждать, а значит, у нас есть общее  
смысловое поле (что как раз отрицают постмодернисты).

Нельзя согласиться и с постмодернистской теорией права. Очень трудно  
поверить в то, что в праве нет ничего, кроме отношений господства и  
подавления, манипуляции и лжи. Циничный взгляд не обязательно означает  
истинный. Даже Маркс и Энгельс, столь чтимые постмодернистами, признавали,  
что государство (соответственно и право) даже в классовом обществе выражает  
не только классовые, но и общечеловеческие интересы, например, строя  
дороги, поддерживая систему образования, финансируя оборону.

Вопреки мнению постмодернистов, право всегда ставило некоторые пределы на  
пути произвола господствующей элиты и, со времен Хаммурапи, защищало  
определенные интересы угнетенных классов. Поэтому забота о защите прав  
женщин, национальных и сексуальных меньшинств и т. д. и одновременное  
разрушение (деконструкция) права, вместо его совершенствования –  
представляется большой ошибкой постмодернистов.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Автор надеется, что текст лекций достаточно ясен и достаточно краток, чтобы  
сделать ненужным развернутое заключение. В рамках данной работы было  
возможно рассмотреть лишь некоторые наиболее важные проблемы и теории  
современной философии права.

Очень многое осталось за пределами книги. Лишь вкратце были изложены теории  
принятия судебного решения. Не было ничего сказано о таких интересных и  
важных темах, как теории конституционной интерпретации, права человека,  
проблема ответственности и вины и т. д.

Автор не мог да и не пытался предлагать готовые решения многих проблем. В  
современной философии права вопросов значительно больше, чем ответов, едва  
ли не каждая проблема становится предметом оживленных дискуссий, в ходе  
которых проясняются позиции сторон и тенденции развития конкретных теорий  
(в частности, усиление позиций современных естественно-правовых теорий).  
Именно это автор и попытался показать в данном пособии. Более же глубокое  
изучение философии права должно основываться на вдумчивом чтении  
источников: текстов классических теоретиков права и работ современных  
исследователей.

## ЛИТЕРАТУРА

Алексеев С. С. Философия права. – М., 1997.

Аристотель. Поэтика. Риторика. – СПб., 2000.

Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и  
гражданского // Гоббс Т. Сочинения: В 2 т. Т. 2. – М., 1989.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)

Кант И. Сочинения: В 6 т. – М., 1963–1966.

Нерсесянц В. С. Философия права: Учеб. для вузов. – М., 1997.

Платон. Собр. соч.: В 4 т. – М., 1990.

Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. – М., 1997.

Юм Д. О первоначальном договоре // Д. Юм. Сочинения: В 2 т. Т. 2. – М., 1996.

Юм Д. Трактат о человеческой природе. Книга третья. О морали // Сочинения: В 2 т. Т. 1. – М., 1996.

Austin J. The Province of Jurisprudent? – London: Weidenfeld and Nicolson, 1954.

Bentham J. A Fragment on Government. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

DAmato A. On the Connection Between Law and Justice // J. Feinberg, H. Cross. Philosophy of Law. – Belmont: Wadsworth, 1991. – P. 19-30.

Devlin P. The Enforcement of Morals. – Oxford: Oxford University Press, 1965.

Dworkin J. Paternalism // J. Feinberg, H. Cross. Philosophy of Law. – Belmont: Wadsworth, 1991. – P. 209-218.

Dworkin R. Law's Empire. – Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Dworkin R. Natural Law Revisited // University of Florida Law Review. – 1982. – 34. – P. 165-188.

Dworkin R. Taking Rights Seriously. – Cambridge: Harvard University Press, 1977. (ссылка на русский перевод)

Feinberg J., Cross H. Philosophy of Law. – Belmont: Wadsworth, 1991.

Feinberg J. Social Philosophy. – Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1973.

Finnis J. Natural Law and Natural Rights. – Oxford: Oxford University Press, 1980.

Freeman M. D. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. – London: Sweet and Maxwell, 1996.

Fuller L. Positivism and Fidelity of Law – A Reply to Professor Hart // Harvard Law Review. – 1958. – 630. – P. 630-672.

Fuller L. The Morality of Law. – New Haven: Yale University Press, 1964.

Hampton J. Political Philosophy. – Boulder: Westview Press, 1996.

Hart H. L. Are There Any Natural Rights? // The Philosophical Review. – 1955. – 64.–P. 175-191.

Hart H. L. Law, Liberty and Morality. – London: London University Press, 1963.

Hart H. L. The Concept of Law. – Oxford: Oxford University Press, 1961.

King M. L. Letter From a Birmingham Jail //in P. R. Struhl, K. J. Struhl. Philosophy Now. An Introductory Reader. – New York: Random House, 1972. –

P. 560-574.

Kymlicka W. Contemporary Political Philosophy: An Introduction. – Oxford: Oxford University Press, 1990.



Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Locke J. Two Treatises of the Government. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

Mill J- St. On Liberty. – London: Everyman, 1972.

Murphy J., Coleman J. Philosophy of Law. – Boulder: Westview Press, 1990.

Murphy J. G., Hampton J. Forgiveness and Mercy. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

Nozick R. Anarchy, State and Utopia. – Oxford: Blackwell, 1974.

Nozick R. Philosophical Explanations. – Oxford: Clarendon Press, 1981.

Rachels J. The Elements of Moral Philosophy. – New York: McGrawHill, 1993.

Rawls J. Two Concepts of Rules // The Philosophical Review. – 1955. – 64. – P. 3-32.

Rawls J. A Theory of Justice. – Oxford: Oxford University Press, 1972.

Shqfer-Landau R. Retributivism and Desert // Pacific Philosophical Quarterly. – 2000. – 81. – P. 189-214.

Shqfer-Landau R. The Failure of Retributivism II Philosophical Studies. – 1996. – 82. – P. 289-316.

Stephen J. F. Liberty, Equality, Fraternity. – London: Smith Elgard & Co., 1874.

Tebbit M. Philosophy of Law. An Introduction. – London and New York: Routledge, 2000.

Thoreau H. D. Walden and Civil Disobedience. – New York and London: Penguin Publishers, 1983.

Wolfenden Committee. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution. – London, 1957.

Wolff J. An Introduction to Political Philosophy. – Oxford: Oxford University Press, 1996.

Wolff R. P. In Defense of Anarchism. – New York: Harper&Row, 1976.

Рекомендуемая литература

Берлин И. Философия свободы. Европа. – М., 2001.

Берман Г. Западная традиция права. – М., 1994.

Боботов С. В., Жигачев И. Ю. Введение в правовую систему США. – М., 1997.

Бурханов Р. А. Практическая философия Иммануила Канта. – Екатеринбург, 1998.

Вольф Р О философии. – М., 1996.

Гаджиев К. С. Политическая философия. – М., 1999.

Козловски П. Культура постмодерна. – М., 1997.

Кузнецов Э. В. Философия права в России. – М., 1989.

Кунцман П., Буркард Ф., Видман Ф. Философия: dtv-Atlas. – М., 2002.

Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М., 2002.

Медушевский А. Н. Демократия и авторитаризм: Российский конституционализм в сравнительной перспективе. – М., 1998.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Нарский И. С. Западноевропейская философия XVII века: Учеб. пособие. – М., 1974.

Никулин С. И. Нравственные начала уголовного права. – М., 1992.

О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. – М., 1995.

Поздняков Э. А. Философия государства и права. – М., 1995.

Поупкин Р., Строл А. Философия. Вводный курс. – М. – Спб., 1997.

Право XX века: идеи и ценности. – М., 2001.

Семитко А. П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. – Екатеринбург, 1996.

Скирбекк Г., Гилье Н. История философии: Учеб. пособие для студентов вузов. – М., 2000.

Сморгунов Л. В. Основные направления современной политической философии: Учеб. пособие. – Спб., 1998.

Современная западная философия: Словарь. – М., 1991.

Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел, Тейлор, Уолдрон. – М., 1998.

Тейчман Дж., Эванс К. Философия. Руководство для начинающих. – М., 1998.

Философия эпохи ранних буржуазных революций. – М., 1983.

Философские сказки и притчи: новый смысл старых истин. – Харьков, 2000.  
Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. – М., 1999.

Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. – М., 1998.

Шрейдер Ю. А. Лекции по этике. – М., 1994.

Штраус J1. Введение в политическую философию. – М., 2000.

#### Примечания

1

Алексеев С. С. Философия права. – М., 1997; Нерсесянц В. С. Философия права: Учеб. для вузов. – М., 1997; Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. – М., 1997.

2

Подробнее об этом см. Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. для вузов. – М., 1997. – С. 19-46; Freeman M. D. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. – London: Sweet and Maxwell, 1996. – pp. 1-20.

3

Цит. по: Freeman M. D. A., Op. cit., p. 6

4

Этот случай стал предметом для дискуссии двух известных философов права, Герберта Харта и Лона Фуллера. См. Hart H. L. Positivism and the Separation of Law and Morals // in Feinberg J. Cross H. Philosophy of Law. – Belmont: Wadsworth, 1991. – P. 63-81. и Fuller L. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart // Harvard Law Review. – 630 (1958). – P. 630-672.

5

См. Hart H. L. The Concept of Law. – Oxford: Oxford University Press, 1961. – P. 1-17, а также: Murphy J., Coleman J. Philosophy of Law. – Boulder Westview Press, 1990. – P. 6-11.

6

См. Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 11.

7

Пример заимствован из: Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 13.

8

Примеры взяты из: Thompson M. Ethics. – Chicago: NTC Publishing Group, 1994. – P. 61-64.

9

Цит. по: Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 15.

10

Ibid.

11

Как отмечают Мёрфи и Коулмен, многие философы права считают это утверждение самым оригинальным и важным в юридическом позитивизме (Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 22).

12

Цит. по: Murphy J., Coleman J. Philosophy of Law. – Boulder: Westview Press, 1990. – P. 23.

13

Концепция Дж. Остина излагается в основном по: Murphy J., Coleman J. op. cit., p. 19-26.

14

Hart H. L. The Concept of Law. – Oxford: Oxford University Press, 1961. P. 50.

15

Murphy J., Coleman J. Op. cit, p. 25.

16

Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 25-26.

17

Hart H. L. The Concept of Law, p. 86.

18

Ibid. P. 89.

19

Примеры заимствованы из: Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 29.

20

Примеры заимствованы из: Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 29.

21

Ibid. P. 94.

22

Ibid. P. 95.

23

24

Ibid. P. 98.

25

Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 34.

26

Ibid. P. 35-36.

27

См. Hart H. L. The Concept of Law, p. 193-200.

28

Hart H. L. The Concept of Law, p. 192.

29

Finnis J. Natural Law and Natural Rights. – Oxford: Oxford University Press, 1980.

30

Ibid. P. 168.

31

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
Ibid. P. 168.

32

Ibid. P. 122.

33

Ibid. P. 174.

34

Ibid. P. 170.

35

Ibid.

36

Ibid.

37

Ibid. P. 177.

38

Ibid.

39

Ibid. P. 184

40

Fuller L. The Morality of Law. – New Haven: Yale University Press, 1964.

41

Fuller L. American Legal Philosophy at Mid-Century // Journal of Legal Education. – 1954. – Vol. 6. – P. 457,476.

42

Hart H. L. The Concept of Law, p. 202.

43

Взгляды Дворкина излагаются в основном по: Murphy J., Coleman J. Op. cit., p. 39-51.

44

Для нас это утверждение может показаться очень странным. Мы привыкли думать, что законодательствуют законодатели в парламенте, а задача судей в том, чтобы применять законы. Но для стран англосаксонской правовой традиции это значительно менее странно. Там привыкли, что в отсутствие прецедентов

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
судья принимает решение, которое само становится прецедентом, то есть участвует в формировании законодательства. Впрочем, и в англосаксонских странах много людей, которые думают, что задачей судей является максимально строгое и четкое применение существующих законов и не более того, никакого «творчества». Но, как видим, это невозможно.

45

Hart H. L. *The Concept of Law*, p. 129-135.

46

действительно абсолютно необходимый предмет в Америке, где плохо развит общественный транспорт, а во многих городах его нет вообще.

47

Murphy J., Coleman J. *Op. cit.*, p. 63. Как отмечает Дж. Мёрфи, «возможно, что истина лежит посередине, и отчасти правы и Харт, и Дворкин. Вероятно, судьи не всегда либо применяют правила, либо законодательствуют, как считает Харт. Вероятно, Дворкин прав, что иногда, возможно очень часто, судьи используют принципы. Но, возможно, не все время – возможно, некоторая доля законодательства уместна и необходима» (*Ibid.*).

48

Все примеры Дворкина взяты из англосаксонского права и не вполне ясно, считает ли он неразрывную связь права и морали чертой только этой правовой системы или всех правовых систем. Однако по некоторым признакам можно утверждать, что он считает это особенностью всех правовых систем.

49

Dworkin R. *Taking Rights Seriously*, p. 11.

50

Признание какого-либо права еще не означает того, что государство никогда не может действовать вопреки этому праву. Это означает только то, что для подобных действий должны быть большие основания, чем просто увеличение общественного блага. Нет прав абсолютных (то есть таких, которые никогда не должны ограничиваться, кроме, видимо, права не подвергаться пыткам). Но должна присутствовать очень серьезная необходимость для ограничения прав. В американском законодательстве государство должно доказать, что у него была именно необходимость (*compelling interest*) в ограничении права (а не просто это было желательно) и что оно сделало это самым мягким способом (*least restrictive way*).

51

Dworkin R. *Law's Empire*, p. 229.

52

Dworkin R. *Law's Empire*, p. 347.

53

D'Amato. *On the Connection Between Law and Justice* // J. Feinberg, H. Gross. *Philosophy of Law*. – Belmont Wadsworth, 1991. – P. 19-30.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
54

Ibid. P. 19.

55

Ibid. P. 20.

56

Ibid. P. 21.

57

Ibid. P. 25, 26-27.

58

Ibid.

59

Ibid. P. 25, 26-27.

60

Ibid. P. 25, 26-27.

61

Ibid. P. 27-29.

62

Ibid. P. 30.

63

Долг повиноваться закону есть часть более широкого понятия «политические обязанности». Последние, кроме долга подчиняться закону, включают также долг защищать государство на войне и т. д. Однако некоторые авторы употребляют эти понятия как синонимы или не оговаривают, что именно имеется в виду. В дальнейшем мы сосредоточимся на анализе долга повиноваться закону.

64

Tebbit M. *Philosophy of Law. An Introduction.* – London and New York: Routledge, 2000. – P. 78.

65

См. «The Conflict Between Authority and Autonomy», in Wolff R P. *Op. cit.*, p. 3-21.

66

См. Tebbit M. *Philosophy of Law. An Introduction.* – London and New York: Routledge, 2000. – P. 79.

67

Bentham J. A Fragment on Government. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

68

Ibid; Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. – London: Weidenfeld and Nickolson, 1954. – P. 184-185.

69

Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Сочинения в 2 т. – Т. 2. – М., 1989 – С. 96.

70

Там же. С. 95.

71

Там же. С. 93.

72

Вспомните, что Г. Харт говорит примерно о том же, рассуждая о «минимальном содержании естественного права». Харт находится здесь под сильным влиянием Гоббса.

73

Locke J. Second Treatise of Government // Locke J. Two Treatises of the Government / ed. P. Laslett. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988. – P. 278.

74

Платон. Критон // Платон. Собрание сочинений в 4 т. – Т. 1. – М., 1990.– С. 106-109.

75

Locke J. Ibid. P. 348.

76

Юм Д. О первоначальном договоре // Юм Д. Сочинения в 2 т. Т. 2.–М., 1996.–С. 665.

77

Пример взят из книги Дж. Вулфа: Wolff J. An Introduction to Political Philosophy. – Oxford: Oxford University Press, 1996. – P. 168-169.

78

Hampton J. Political Philosophy. – Boulder: Westview Press, 1996. – P. 66.



79

Утилитаризм является одной из разновидностей консеквенциалистских теорий (от consequence – следствие), согласно которым о действиях, политических институтах и т. д. следует судить только по их результатам. Этим теориям противостоят деонтологические теории, которые подчеркивают важность мотива, долга, прав и принципов и вообще, соображений, обращенных в прошлое.

80

Bentham J. A Fragment on Government. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988. – P. 56; Wolff J. An Introduction to Political Philosophy. – Oxford: Oxford University Press, 1996. – P. 56-57.

81

Пример взят (в измененном виде) из: Rachels J. The Elements of Moral Philosophy. – New York: McGrawHill, 1993. – P. 104.

82

Kymlicka W. Contemporary Political Philosophy: An Introduction. – Oxford: Oxford University Press, 1990. – P. 13.

83

Пример заимствован из: Rachels J. The Elements of Moral Philosophy. – New York: McGrawHill, 1993. Критика утилитаризма излагается в основном по: Rachels J. Op. cit, p. 103-115.

84

Press, 1996. – P. 60-65.

85

Rights. – Oxford: Oxford University Press, 1984. – P. 85.

86

Юм Д. Трактат о человеческой природе. Книга третья. О морали // Сочинения в 2 т. – Т. 1. – М., 1996. – С. 574.

87

Там же. С. 576.

88

Nozick R. Anarchy, State and Utopia. – Oxford: Blackwell, 1974. – P. 93. Другой аналогичный пример приводит Рональд Дворкин в «Law's Empire» (с. 194): допустим, в ваш двор неожиданно приезжает философ на автомобиле с громкоговорителем и читает чрезвычайно интересную и полезную лекцию. Обязаны ли вы заплатить ему за это?

89

См. Rawls J. A Theory of Justice. – Oxford: Oxford University Press, 1971. Влиятельна эта теория не потому, что большинство согласно с Ролзом, наоборот, наверное, нет таких, кто принимает его теорию полностью. Но

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org) потому, что остальные определяют свою позицию отталкиваясь от теории Ролза, соглашаясь или не соглашаясь с теми или иными ее положениями (или даже вообще ни с чем не соглашаясь).

90

Ibid. P. 302.

91

О типах процедурной справедливости см. Rawls J. A Theory of Justice, p. 85-86.

92

Ibid. P. 87.

93

См. Dworkin R. Law's Empire, p. 190-195.

94

Мы, конечно, можем выдвинуть практическое объяснение: британцам удобнее всего поддерживать именно британское государство, они имеют больше возможностей для этого. Но это прагматическое объяснение не улавливает особый, глубокий и «интимный» характер гражданского долга перед политическими институтами Родины.

95

Ibid. P. 200-201.

96

Ibid. P. 198.

97

Ibid.

98

Ibid. P. 214.

99

Ibid. P. 208-215.

100

Ibid. P. 118.

101

Ibid. P. 213.

102

Ibid. P. 214.

103

Thoreau H. D. *Walden and Civil Disobedience*. – New York and London: Penguin Publishers, 1983. – P. 387.

104

Цит. по: Rachels J. *The Elements of Moral Philosophy*. – New York: McGrawHill, 1993. – P. 153.

105

King M. L. *Letter From a Birmingham Jail* // in P. R. Strnhl, K. J. Strnhl. *Philosophy Now. An Introductory*. – New York: Random House, 1972. – P. 565.

106

Rachels J. *Op.cit.*, p. 154.

107

Ibid.

108

Rawls J. *A Theory of Justice*, p. 372.

109

Wolfenden Committee. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*. – London, 1957.

110

Tebbit M. *Philosophy of Law. An Introduction*. – London and New York: Routledge, 2000. – P. 114.

111

Mill J. St. *On Liberty*. – London: Everyman, 1972. Идеи Милля излагаются в основном по: Tebbit M. *Op.cit.*, p. 114-116.

112

Mill J. St. *On Liberty*. – London: Everyman, 1972. Идеи Милля излагаются в основном по: Tebbit M. *Op.cit.*, p. 114-116.

113

Ibid. P. 118

114

Ibid. P. 213.

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
115

См. Devlin P. *The Enforcement of Morals*. – Oxford: Oxford University Press, 1965.

116

*Ibid.* P. 10.

117

*Ibid.*

118

*Ibid.* P. 7.

119

*Ibid.* P. 17.

120

*Ibid.*

121

Hart H. L. *Law, Liberty and Morality*. – London: London University Press, 1963. –P. 5.

122

*Ibid.* P. 33.

123

*Ibid.* P. 34.

124

*Ibid.* P. 48-49, Devlin P. *Op. cit.*, p. 8,13,15.

125

Hart H. L. *Law, Liberty and Morality*. – London: London University Press, 1963. –P. 50-51.

126

*Ibid.* P.51.

127

*Ibid.* P. 52.

128

Джеральд Дворкин в своей статье «Патернализм» (Dworkin J. *Paternalism* //  
Страница 108

Философия права. Курс лекций. Сергей Вадимович Моисеев [filosoff.org](http://filosoff.org)  
The Monist 56.–N 1 (January). – 1972. – P. 65) приводит целый список патерналистских законов:

1. Законы, требующие от мотоциклистов носить шлемы.
2. Законы, запрещающие купаться на общественных пляжах в отсутствие спасателей.
3. Законы, запрещающие самоубийство.
4. Законы, запрещающие женщинам и детям работать на тех или иных работах.
5. Законы, регулирующие некоторые виды сексуального поведения, например, гомосексуальные акты между взрослыми людьми.
6. Законы, запрещающие употребление наркотиков.
7. Законы, требующие обладания лицензией для занятия некоторыми видами деятельности.
8. Законы, требующие направлять часть доходов в пенсионный фонд.
9. Законы, запрещающие различные виды азартных игр.
10. Законы, ограничивающие процент, под который берутся займы.
11. Законы против дуэлей.

129

См. Feinberg. J. Social Philosophy. – Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1973. – P. 45-52. («Legal Paternalism»).

130

Mill J. On Liberty, p. 117.

131

Там же.

132

Feinberg Joel. Op. cit., p. 50.

133

цит. по: Rachels J. Op. cit., p. 131.

134

Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Соч.: в 6 т. – М., 1965. – Т. 4. – Ч. 2. – С. 258.

135

См. подробнее Tebbit M. Op. cit., p. 162-183 (проблематика компромиссных и коммуникативных концепций излагается в основном следуя этому тексту).

136

Rawls J. Two Concepts of Rules // The Philosophical Review. – 1955. 64.–P. 3-32.

137

Murphy J. G., Hampton J. *Forgiveness and Mercy*. – Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

138

Shafer-Landau R. *Retributivism and Desert* // *Pacific Philosophical Quarterly*. 2000. – 81. – P. 189-214; Shafer-Landau R. *The Failure of Retributivism* // *Philosophical Studies*. – 19%. – 82. – P. 289-316.

139

Надо отметить, что существуют два очень близких постмодернизму направления в современной философии права – это так называемые «критические правовые исследования» и феминистская юриспруденция. Они имеют ряд сходных черт с рассматривавшимся уже нами юридическим реализмом, а также с марксистской теорией права.

140

Цит. по: Freeman M. D. *Op. cit.*, p. 1179-1189.

141

*Ibid.* P. 1180.

142

*Ibid.*

143

*Ibid.*

144

Finnis J. *Op. cit.*, p. 164-165.

Спасибо, что скачали книгу в бесплатной электронной библиотеке

<http://filosoff.org/> Приятного чтения!

<http://buckshee.petimer.ru/> Форум Бакши buckshee. Спорт, авто, финансы, недвижимость. Здоровый образ жизни.

<http://petimer.ru/> Интернет магазин, сайт Интернет магазин одежды Интернет магазин обуви Интернет магазин

<http://worksites.ru/> Разработка интернет магазинов. Создание корпоративных сайтов. Интеграция, Хостинг.

<http://dostoevskiyfyodor.ru/> Приятного чтения!