

Н.А. Шавеко

**ОЧЕРКИ
ПО ТЕОРИИ
СПРАВЕДЛИВОСТИ**

Монография

RU
science
RU-SCIENCE.COM

Москва
2021

УДК 17
ББК 87.7
Ш14

Рекомендовано к изданию Ученым советом Института философии и права
Уральского отделения Российской академии наук
(протокол №3 от 16 марта 2020 года)

Автор:

Н.А. Шавеко, научный сотрудник Удмуртского филиала Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук, кандидат юридических наук

Рецензенты:

Л.Г. Фишман, главный научный сотрудник отдела философии Института философии и права УрО РАН, д-р полит. наук,

В.Г. Истомин, старший научный сотрудник отдела права Института философии и права УрО РАН, канд. юрид. наук, доц.

Шавеко, Николай Александрович.

Ш14

Очерки по теории справедливости : монография / Н.А. Шавеко. — Москва : РУСАЙНС, 2021. — 338 с.

ISBN 978-5-4365-5212-5

Монография посвящена широкому кругу актуальных проблем в области современной теории справедливости, понимаемой как наука о должном социальном регулировании, находящейся на стыке этики, философии права и политической теории. Кратко обосновывая предмет и методы соответствующей науки, автор предлагает трактовку справедливости как равенства, и с этой точки зрения осмысляет человеческое достоинство и права человека, демократию и общественное мнение, смертную казнь и гражданское неповиновение, судебный процесс и наказание, отношения обмена и распределения, основные начала национальной, религиозной и культурной политики, взаимоотношений между поколениями, а также принципы международного права и ведения войн.

***Ключевые слова:** общественный идеал, справедливость, теория справедливости, политическая теория, философия права, этика, права человека, демократия.*

УДК 17
ББК 87.7

ISBN 978-5-4365-5212-5

© Шавеко Н.А., 2021
© ООО «РУСАЙНС», 2021

Содержание

Введение	4
Глава первая. Общая теория справедливости	11
§ 1. Справедливость как равенство	11
§ 2. О достоинстве и правах человека	29
§ 3. Предшествует ли право благу? Спор между либералами и коммунитаристами	44
Глава вторая. Политическая справедливость	65
§ 1. Общественное мнение и справедливость	66
§ 2. Три взгляда на демократию: Новгородцев, Радбрух, Хабермас	78
§ 3. Гражданское неповиновение	102
Глава третья. Процессуальная и воздающая справедливость	114
§ 1. Проблема поиска истины в судебном процессе	115
§ 2. Теория справедливого наказания	126
§ 3. О смертной казни и телесных наказаниях	149
Глава четвертая. Этнокультурная и международная справедливость	167
§ 1. Этнокультурная справедливость: нейтральное государство, мультикультурализм, национальное государство, космополитизм	168
§ 2. Принципы международной справедливости: Кант, Ролз и Устав ООН	202
Глава пятая. Теория справедливой войны	212
§ 1. Jus ad bellum	213
§ 2. Jus in bello	240
§ 3. Jus post bellum.....	253
Глава шестая. Уравнивающая и распределяющая справедливость ..	264
§ 1. Договорная справедливость: предмет и основные начала	265
§ 2. Право на достойное существование	273
§ 3. Межпоколенческая справедливость	291
Приложение. Либертарно-юридическая концепция права: критический анализ	303
Заключение	314
Рекомендуемая литература	316

Введение

В данной книге рассматривается ряд наиболее актуальных вопросов, связанных с представлениями о должном социальном регулировании.

Автор исходит из предпосылки, что каждый раз, когда мы предлагаем принять, изменить или отменить тот или иной закон (социальную норму) или высказываем свои суждения о том или ином судебном решении или конкретном поступке (которые всегда либо соответствуют, либо не соответствуют закону), мы апеллируем к некоторому идеалу должного, который, как мы при этом полагаем, действителен по отношению к тем, к кому мы обращаемся, так как основывается, в конечном счете, на абсолютной, с нашей точки зрения, ценности. В противном случае суждения о должном теряют всякий смысл и убеждающую силу («нужно сделать так-то, просто потому что я так сказал»).

Результативность дискуссий относительно правильного социального регулирования, равно как и стабильность общества целом зависят от того, имеется ли между людьми некоторый консенсус относительно некоторых базовых ценностей, которые считаются абсолютными. Как правило, такой консенсус имеется, иначе обществу было бы трудно существовать.

В результате, хотя наука сама по себе абсолютные ценности не утверждает и не обосновывает, ученый мог бы попытаться ответить на вопрос о том, каким будет с учетом имеющихся обстоятельств последовательное претворение в жизнь той или иной ценности, которая предполагается абсолютной (высшей). И в этом смысле наука уже не стоит в стороне от моральных дискуссий.

Задача данных очерков как раз и состоит в том, чтобы показать, что может представлять собой теория справедливости как самостоятельный предмет исследования в современной науке, очертив контуры этого предмета. В общих чертах теория справедливости может быть определена как наука о должном социальном регулировании. Предполагается, что эта наука способна выстроить целую систему должного социального регулирования, отталкиваясь от некоторой постулированной вне науки ценности. Но если теория справедливости есть, по существу, теория должного социального регулирования, то очевидно, что ее предмет весьма широк. Вот почему в данной книге неизбежно рассмотрены лишь некоторые актуальные проблемы, и сама она представляет собой своеобразный сборник очерков.

Структура книги следующая. В первой главе постулируется общий идеал справедливости (та самая высшая ценность), и обсуждаются некоторые связанные с ним проблемы, в остальных главах рассматриваются некоторые частные вопросы справедливости. Таким образом, нами выделяются общая и частные теории справедливости. Общая теория справедливости имеет своей целью поиск основных принципов или основной формулы регулирования общественных отношений. Она отвечает на фундаментальный вопрос: что такое справедливость? Частные теории справедливости заняты проблемами должного регулирования конкретных сфер общественной жизни. И в том, и в другом случае имеется в виду, в первую очередь, правовое регулирование, хотя и предполагается, что идеал справедливости сам по себе независим от правовой формы, и может воплощаться с помощью иных видов социальной регуляции.

Теория справедливости подразумевает ответы на вопросы о должном. Однако сегодня любой социальный идеал охотно подвергается сомнению и критике, и при этом резонно оспаривается сама возможность его научного обоснования. Вот почему, за неимением лучшего, в области общей теории справедливости мы апеллируем к неким общим ценностям, берущим свои корни в модерне, которые, как мы полагаем, позволили мировому сообществу после Второй мировой войны прийти к консенсусу относительно прав человека, и которые с наибольшей вероятностью сегодня найдут отклик в умах читателей. При этом сам по себе консенсус относительно ценностей, по нашему мнению, не является их легитимирующим признаком: он лишь обуславливает практическую значимость разворачиваемой из этих ценностей теории справедливости. Так, мы предполагаем, что идея равенства (представляющая собой один из способов обоснования прав человека) является сегодня наиболее бесспорной и общепринятой, в связи с чем частные теории справедливости можно строить, отталкиваясь от нее (или, по крайней мере, принимая ее во внимание). Конечно, ценность такого построения будет зависеть от того, насколько убедительным оказалось первоначальное понимание справедливости как равенства. И если человечество в будущем придет к каким-то иным идеалам, с пересмотром общей теории справедливости придется пересмотреть и частные. Отсюда теория справедливости, о которой мы говорим, есть лишь современная теория справедливости: свои веса она примеряет лишь к проблемам настоящего, и не стремится взвешивать на них воззрения прошлого, одновременно ее обоснование само по себе не нуждается в исторических экскурсах. Более того, в условном диктаторском госу-

дарстве, правопорядок которого выстроен на ценностях, отличных от тех, которых сегодня придерживается мировое сообщество, научная теория справедливости, по всей видимости, будет выглядеть по-другому, ведь не утверждая высшие ценности, ученый вправе решать, какие именно ценности он будет обслуживать.

На сегодняшний день теория справедливости, построенная исходя из идеи равенства, как мы надеемся, позволит усилить критическое осмысление действующего законодательства: где-то понять необходимость улучшения, а где-то осознать ценность существующего. Она также способна прояснить наши этические воззрения и обосновать корректировки текущей политики государства. Научный характер соответствующей критики, в сущности, означает его логичность: он состоит не в обосновании высшего идеала справедливости, а в непротиворечивом его применении к частным вопросам с учетом меняющейся эмпирической реальности.

Следует отметить, что обсуждая частные проблемы, при которых происходит апелляция к справедливости, приходится прибегать не только к вышеуказанной фундаментальной идее равенства, так как простого ее постулирования явно недостаточно для того, чтобы обосновать (вывести) справедливость того или иного государственного устройства, вида наказания, правила судебного процесса, той или иной военной операции и т.д. Поэтому рассмотрение отдельных вопросов справедливости не следует понимать как простую имплементацию идеи равноценности лиц для разрешения спорных ситуаций. Однако эта идея всегда, как минимум, предполагается при их обсуждении, потому возможные решения не могут выходить за ее границы.

Дж. Ролз утверждал, что справедливость – первая добродетель общественных институтов. В этой книге мы предлагаем несколько иной подход. Идеал справедливости применяется нами не общественным институтам, а к нормам и правилам поведения. И хотя общественный институт также представляет собой совокупность норм, в конечном счете мы полагаем, что возможно говорить о справедливости не только "совокупностей", но и "частностей". Более того, поскольку поведение человека всегда либо соответствует, либо не соответствует правилу, можно также говорить о справедливости отдельных действий и поступков людей, а не только самого правила. В конечном счете, идеал справедливости применяется настолько обширно, насколько это позволяют возможности социального регулирования, поэтому затрагивает не только поступки, но иногда (правда в крайне ограниченном объеме) также характеры и мотивы людей. Таким образом, предмет

теории справедливости мы видим намного шире, чем Дж. Ролз. Под ней мы понимаем не просто леволиберальный консенсус, сложившийся на Западе относительно устройства основных социальных институтов, а обширный комплекс представлений и о должном социальном устройстве, и о должных правовых и иных социальных нормах, действиях и поступках людей. Ролзовская же «Теория справедливости» охватывает лишь некоторые вопросы справедливости (включает в себя элементы общей теории справедливости, а также ряда частных вопросов, например политической и распределяющей справедливости).

Несколько слов о классификации видов справедливости в их отношении с областями социального регулирования. Общая справедливость воплощается, главным образом, в конституционном праве, в меньшей мере – в других публичных отраслях права. Частная справедливость касается, в первую очередь, отношений обмена, распределения и воздаяния¹. Однако, по нашему мнению, ими не исчерпывается, включая, например, отношения управления, процессуальные и другие отношения. Уравнивающая справедливость, соответствующая отношениям обмена, в нашей терминологии, охватывает область гражданского, семейного и иных отраслей частного права. Распределяющая справедливость, занимающаяся распределением доходов и богатств, покрывается финансовым правом, правом социального обеспечения, административным правом и рядом других отраслей. Сюда же можно отнести вопросы занятия должностей, связанные, в частности, с законодательством о государственной службе и трудовым законодательством, однако соответствующие им принципы будут уже иными. Воздающая справедливость касается всех случаев привлечения к юридической ответственности, поэтому частично присутствует во множестве самых разных отраслей права (гражданское, трудовое, административное, конституционное, уголовное и др.). Помимо этого, к воздающей справедливости можно отнести вопросы справедливости наград, имеющие, однако, свою специфику. Тесно связана с воздающей процессуальная справедливость, воплощаемая в процессуальных отраслях права (в том числе в процедурах привлечения к юридической ответственности). Политическая справедливость охватывает вопросы государственного устройства и управления, и соответствует, в основном, конституционному праву. Помимо этого существуют вопросы международной справедливости, которым соответствует международное право. Проблемы межпоколенческой справедливости сегодня разрешаются эколо-

¹ Кашников Б.Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород, 2004. С. 16-17.

гическим и международным правом. Так мы видим классификацию видов справедливости применительно к отраслям права.

Уже этот краткий обзор показывает, что для того, чтобы полностью осветить все проблемы теории справедливости, нужно быть специалистом "во всем и вся". Именно поэтому мы ограничились лишь некоторыми проблемами, показавшимся нам интересными, с целью продемонстрировать общую идею построения единой теории. Данная книга вообще родилась из серии статей, написанных независимо друг от друга, но имеющих общую направленность на разрешение проблем справедливости. Очевидно, что даже собранные вместе эти статьи не смогут объять все сферы теории справедливости. Но при этом мы руководствовались, помимо прочего, потребностью посвятить каждому из основных видов справедливости хотя бы несколько страниц.

Теория справедливости, с изложенных позиций, находится на пересечении трех разделов философии: политической философии, философии права и этики (моральной философии). Однако она не совпадает полностью ни с одним из них, и таким образом носит междисциплинарный характер.

Так, политическая философия долгое время была занята в основном проблемой наилучшей формы правления, в то время как для теории справедливости важна не столько форма правления, сколько то, принимаются и реализуются ли при таком правлении справедливые нормы (конечно, дискриминирующие нормы, касающиеся доступа на властные должности, могут быть признаны несправедливыми, но это лишь один из множества вопросов справедливости, и, вероятно, далеко не основной). Политологи, как правило, заняты общими вопросами социального устройства, затрагивая частную справедливость лишь постольку, поскольку она врывается в актуальную политическую повестку. Кроме того, политическая философия может предписывать создание тех или иных социальных институтов, учреждений и норм, тогда как теория справедливости дает ответ лишь на вопрос о том, справедливы или нет уже существующие социальные институты, учреждения и нормы. Конечно, она может оценить и справедливость гипотетических конструкций (в заданных условиях), но когда мы спрашиваем о том, имеется ли у кого-либо обязанность (если не закрепленная в законе, то хотя бы морально обоснованная) по воплощению этих конструкций в жизнь, мы вновь спрашиваем об уже имеющемся. Короче говоря, теория справедливости не строит долгосрочных политических программ. Наконец, политика как таковая оперирует не только идеалом справедливости, но и множеством других идеалов, что сказывается и на политической философии.

Философия права, в свою очередь, в отличие от теории справедливости занимается не только вопросами должного, но и вопросами разработки собственно понятия права, а также связанных с ним понятий (юридической догматики), и, наконец, вопросами реального бытия права, его воплощения в обществе. Для теории справедливости эти вопросы являются скорее техническими, т.е. значимы для нее не более, чем любые другие знания о мире. Кроме того, поскольку философия права в своих идеальных построениях ограничена понятием права, а также фактическими возможностями правового регулирования, она зачастую не может ответить на множество острых моральных вопросов, которые ставит теория справедливости. Так, право сторонится установления несовершенных обязанностей и регламентации внутреннего мира личности хотя бы потому, что невозможность обеспечить реализацию подобных норм негативно скажется на авторитете самой правовой формы. Но для теоретических выводов в области справедливости практическая ограниченность правового механизма не принципиальна.

Наконец, моральная философия занимается очень широким кругом проблем, которые включают, помимо прочего, вопросы о правильной внутренней мотивации и о правильных добродетелях. Вопрос, который, как правило, не ставит теория справедливости, это вопрос о мотиве, с которым должны соблюдаться справедливые нормы. Моральная философия, как представляется, должна ответить на этот вопрос в духе Канта: уважение к идеалу справедливости должно быть, как минимум, в числе основных мотивов. Но поскольку область внутренней мотивации чрезвычайно сложна, у философов остается еще обширная область для оригинальных размышлений. Что касается добродетелей, то особое значение также должны получить те, которые способствуют справедливому правопорядку, но и здесь вновь остается множество других этически значимых факторов, не рассматриваемых теорией справедливости. Кроме того, по весьма распространенному мнению, мораль есть нечто большее, чем справедливость (и включает, например, милосердие или щедрость). В целом же у моральной философии и теории справедливости очень большая область соприкосновения, поскольку мораль имеет дело также и с поступками и действиями. Но эта область не тождественна области соприкосновения теории справедливости с философией права, так как сферы регулирования права и морали не совпадают.

С учетом изложенного, предмет данной книги не относится полностью ни к политологии, ни к юриспруденции, ни к этике, но может

статья интересна для специалистов каждой из этих наук. Мы полагаем, что теория справедливости (как общая, так и частная!) может стать самостоятельным междисциплинарным полем исследования, но сегодня, к сожалению, отдельные ее вопросы рассматриваются только отдельными науками, в связи с чем ученые зачастую не слышат друг друга и, что называется, говорят на разных языках. Автор надеется, что данной книгой сможет внести скромный вклад в изменение такой ситуации.

Глава первая. Общая теория справедливости

§ 1. Справедливость как равенство

В этом вводном параграфе мы предлагаем понимание справедливости как равенства, которое может быть положено в основу наших суждений о справедливости, и тем самым преодолеть существующий скептицизм в вопросах справедливости. Так как равенство может пониматься различно, мы уточняем, что имеется в виду принцип равной заботы и уважения, сформулированный Р. Дворкиным. Созвучность слов "справедливость", "равенство" и "право" кажется нам отнюдь не случайной: право должно быть справедливым, а справедливость есть равенство. Но в этом трио отсутствует понятие свободы, поэтому мы отдельно разъясняем должное соотношение равенства и свободы. Одновременно кратко разъясняется соотношение справедливости и прав человека.

Скептицизм в вопросах справедливости. Существует распространенное мнение об относительности любых представлений о справедливости, из которого обычно выводится невозможность объективно судить о справедливости тех или иных явлений или правил. Этого мнения придерживался, в частности, Г. Кельзен, который говорил, что установление нормы это вообще функция воли, а не разума, поэтому должное можно только постулировать, но не познать², что, в свою очередь, означает, что "науке не следует решать, что есть справедливость, т.е. предписывать, как должно обращаться с людьми", и "существует очень много разных и противоречащих друг другу идеалов справедливости, из которых ни один не исключает возможности другого"³. Среди отечественных авторов решительно отстаивал невозможность научного решения нравственных вопросов П.Б. Струве, который писал: "Никакой логикой и никаким опытом нельзя убедить человека в обязательности нравственных велений. Можно, несомненно, убедить человека в полезности подчинения им, но признавать нравственные веления в таком оппортунистическом смысле – не значит принимать их за должные сами по себе, за самоценные. За такими нравственными велениями должна всегда стоять какая-нибудь абсолютная ценность, признание которой не зависит ни от логики, ни от опыта, то есть для обращенного

² Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб., 2015. С. 501-502.

³ Там же. С. 441-442.

внутри себя сознания происходит не в силу естественного принуждения. Отсюда ясно, почему этическая проблема, как проблема о должном, неразрешима для позитивизма. Конечно, психология нравственности может опытным путем показать, как создаются, развиваются и изменяются нравственные суждения как факты сознания. Но никакая положительная наука не в силах устанавливать нравственные ценности. Из того, что нечто существует, не следует, что нечто должно быть; должное никогда не выводимо из сущего; оно всегда утверждается самостоятельно»⁴. В современной литературе также утверждается, что "справедливость есть не более чем компромисс между социальными группами", а "оценка социальной реальности во многом обусловлена положением субъекта (социальной группы) в системе общественных отношений"⁵. И всё же, даже если рассматривать установление должного как функцию воли, мы могли бы проанализировать общечеловеческую волю, которая воплотилась в той или иной степени в Уставе ООН, Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, подписанных и ратифицированных подавляющим большинством современных государств. Эта воля в некотором смысле является объективной, хотя и исторически относительной⁶. Как отмечается политическими философами, "в мире мысль о том, что справедливость означает уважение определенных универсальных прав человека, получает все большее распространение и признание (по меньшей мере в теории, если не на практике)"⁷. Таким образом, рассматриваемая воля отражает некую общую веру в некоторую абсолютную ценность, о которой говорил Струве.

⁴ Струве П.Б. Предисловие к книге Н.А. Бердяева "Субъективизм и индивидуализм в общественной философии. Критический этюд о Н.К. Михайловском". // Струве П.Б. *Patriotica*. Политика, культура, религия, социализм. / Сост. В.Н. Жукова и А.П. Полякова. Вступ. ст. и прим. В.Н. Жукова. М., 1997. С. 370-371.

⁵ Мартыанов В.С. Об условиях возникновения теории справедливости в российской политике. // *Полис*. №4 (94). 2006. С. 66.

⁶ Вообще, кажется неверным противопоставлять объективное и относительное; поскольку абсолютная истина нам не дана, мы обладаем лишь относительной истиной, но от этого она не перестает быть объективной, ведь именно критерий объективности отличает ее ото лжи. Отсюда следует не только то, что относительная воля может быть объективной, но и то, что относительные знания и представления о справедливости могут быть истинными и ложными, равно как и любые другие знания и представления.

⁷ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 33. В подтверждение данного тезиса см.: Самитко А.П. О приоритете прав и свобод человека как правовом принципе либерализма в российский и зарубежной литературе. // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. Екатеринбург, 2017. Т. 17. Вып. 1. С. 83-105.

Мы исходим из того, что хотя на уровне обыденных разговоров мы можем высказывать самые различные мнения насчет справедливости, при вдумчивом анализе наши интуиции во многом совпадают. Например, две наиболее влиятельные линии в современной политической философии – аристотелевская и кантианская – сходятся на том, что справедливость есть "равное для равных и неравное для неравных", и что необходимо лишь определить критерии неравенства (Аристотель⁸, Г. Радбрух⁹ и др.). У. Кимлика отмечает, что одной из основных общих тем всех современных теорий справедливости является интерпретация принципа "равной заботы и уважения"¹⁰. Мейнстримом в этой области автор считает либерально-демократические теории, но отмечает, что и критические по отношению к ним взгляды сосредотачиваются в основном не на критике либерально-демократических принципов, а на "их несовершенном воплощении или отсутствии должны предпосылок для их воплощения"¹¹. Идею справедливости как равной заботы и уважения сформулировал Р. Дворкин следующим образом: "Правительство должно относиться к своим подданным, во-первых, с заботой, то есть должно видеть в них людей, подверженных страданиям и разочарованиям, а во-вторых, с уважением, то есть должно видеть в них людей, наделенных способностью составлять разумные представления о том, как им следует жить и действовать согласно этим представлениям. Правительство должно относиться к людям не просто с заботой и уважением, но с равной для всех заботой и уважением. Оно не должно распределять блага или возможности непоровну на том основании, что некоторые граждане имеют право на большую долю, поскольку они достойны большей заботы. Оно не должно ограничивать свободу на том основании, что представления одной группы граждан о достойной жизни благороднее или лучше, нежели представления другой группы"¹². Вместе с тем, отмечает ученый, блага и возможности не должны распределяться строго поровну, поскольку человек имеет право не на полностью равное обращение, а только на обращение "как с равным". У. Кимлика соглашается с Р. Дворкиным, и полагает, что все современные правдоподобные политические теории имеют одну базовую ценность, а именно равенство, в том смысле, что "интересы каждого члена сообщества значимы, и значимы в равной

⁸ Аристотель. Политика. М., 2018. С. 87-88, 97, 99.

⁹ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 64.

¹⁰ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 13.

¹¹ Там же. С. 14.

¹² Дворкин. Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 366-367.

степени", а государство должно обращаться со своими гражданами "с равным вниманием; каждый гражданин имеет право на равную заботу и уважение"¹³. В отечественной науке равенство также называется нормативным идеалом модерна, общим интуитивно-ценностным фундаментом, по крайней мере, всей западной цивилизации¹⁴. И действительно, разработчики многих частных теорий справедливости учитывают приведенные идеи¹⁵. Речь, по сути, идет о принципе равной ценности человеческих личностей, признании за ними (как минимум) правового статуса лиц, и попытке найти такое решение, который каждый бы одобрил, будучи беспристрастным (находясь в "исходном положении", в идеальных «условиях дискурса» или мысленно ставя себя на место других).

Имеются, однако, основания сомневаться в том, что принцип равной заботы и уважения является удачной формулировкой сложившегося международного консенсуса в вопросах справедливости. Можно, например, быть равным с другими людьми в полнейшем отсутствии уважения и заботы, но это совсем не то, что мы хотим сказать, апеллируя к справедливости. Но при ближайшем рассмотрении оказывается, что там, где недостает элементарного уровня заботы и уважения, всегда есть вопиющее неравенство. На первый взгляд, кажется более правильным говорить о консенсусе относительно прав человека, ведь и сам Дворкин считал принцип равенства лишь одним из способов обоснования прав человека. Однако справедливость и права человека не являются тождественными понятиями¹⁶, они лишь могут иметь ле-

¹³ Там же. С. 20.

¹⁴ Кашников Б.Н. Указ. соч. С. 39-40.

¹⁵ Так, авторы коллективной монографии «Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры» пишут в контексте отстаиваемой ими теории справедливой войны, что «справедливость означает беспристрастность. Беспристрастность в свою очередь подразумевает, что к отдельным людям, группам, культурам и государствам относятся как к равным по крайней мере в двух отношениях. К ним относятся, во-первых, с равным вниманием, во-вторых, с равным уважением. Благодаря вниманию мысль и действие обращены на их благосостояние, благодаря уважению – на их желания и выбор». См. Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресьяна. М., 2002. С. 40. Авторы указанной монографии признают, что хотя гуманизм не является универсальным учением, он получает повсеместную поддержку и государствам все сложнее его игнорировать, что и делает актуальной соответствующую этому учению теорию справедливости. См. там же. С. 392.

¹⁶ Griffin J. On human rights. New York, 2008. P. 42-43, 198. Данный автор выделяет две идейные основы прав человека: личность (personhood) и эмпирические условия (practicalities), но признает тесную связь равенства с этими основами. Причина, по которой равенство само не является таковой, состоит в том, что данный автор не отождествляет принципы справедливости и теорию прав человека. Если же мы ищем принципы справедливости, то равенство, как представляется, должно быть первым таким принципом. Ibid. P. 33-44, 201.

жащие в их основе общие ценности. Поэтому "права человека" – не более удачная формулировка для принципа справедливости, чем равенство. В идейном отношении она лишь напоминает, что в нынешних условиях принцип равной заботы и уважения предполагает, как правило, некий минимальный уровень благосостояния и защиты. В целом же, именно идея равной заботы и уважения, равной ценности лиц, как нам представляется, является первичной, а сложившийся консенсус относительно прав человека во многом обусловлен консенсусом относительно данной идеи. Поэтому права человека сами по себе не являются последним аргументом в пользу справедливости той или иной нормы. На фундаментальном уровне может быть проверена обоснованность самих прав человека.

Несколько слов о методах, с помощью которых в рамках науки возможен поиск справедливости. Как представляется, вопрос о том, что первично – высший принцип справедливости или метод, с помощью которого он найден – подобен вопросу: «Что появилось раньше: курица или яйцо?». В конечном итоге, или принцип, или метод должны быть попросту постулированы. Так или иначе, в области методологии основная идея справедливости заключается в беспристрастности. Не случайно воззрения на справедливость всегда вращаются вокруг понятия равенства (хотя понимается оно всегда по-разному), ибо равенство – логичное следствие беспристрастности. И. Кант предлагал проверять моральные нормы согласно критерию всеобщности, для Дж. Ролза важно было то, что выбрали бы люди в гипотетической ситуации «исходного положения», а Ю.Хабермас считал справедливым то, к чему люди приходят в «идеальной речевой ситуации», следуя правилам дискурса. Все эти методы поиска справедливости можно рассматривать как способы обеспечить беспристрастность. При всем своем несовершенстве золотое правило морали – «не делай другим то, чего не желаешь себе» – тоже содержит в себе отсылку к беспристрастности. Мы часто наставляем детей фразой: «Поставь себя на место другого» – и это тоже своеобразный метод.

Но какие бы мы не использовали конструкции, всегда применяется то, что Дж. Ролз назвал методом «рефлексивного равновесия». Вообще, в своей аргументации в пользу определенных принципов справедливости Ролз использовал две линии аргументации: первая доказывала интуитивную правильность данных принципов, а вторая – тот факт, что эти принципы были бы выбраны в "исходном положении" как особой ситуации заключения social contract. Первая линия аргументации связана с методом «рефлексивного равновесия». Он заключается

в том, что в ходе анализа различных жизненных ситуаций и аргументов мы, с одной стороны, уточняем свои первоначальные интуиции о справедливости, и даже можем принять ту позицию, которая ранее казалась нам непривлекательной, а с другой стороны, подгоняем под указанные интуиции формулируемые нами (непротиворечивые) принципы справедливости. Поступая таким образом, мы анализируем первоначальную моральную интуицию, чтобы сформулировать принцип, но это не означает, что он первоначальная интуиция истинна¹⁷. Очевидно, что при применении этого метода вторая линия аргументации, связанная с конструкцией "исходного положения", играет второстепенную роль. Гипотетический договор, заключенный в "исходном положении", как писал Р. Дворкин, не имеет никакого значения, так как нельзя в ходе игры навязывать человеку какие-то правила под тем предлогом, что он гипотетически мог бы согласиться с ними до начала игры; навязывать в этом случае можно только то, что правильно априори¹⁸.

Нельзя не отметить и тот факт, что Дворкин не отрицает полностью роль гипотетического соглашения, называя его одним из приемов аргументации. Представляется, что в этом отношении идея "исходного положения" может быть сохранена. Иными словами, мы должны исследовать не то, что кажется нам справедливым как субъектам, связанными конкретными социальными условиями, а то, что казалось бы нам справедливым как субъектам в "исходном положении". Аналогично мы можем мысленно поставить себя на место другого (каждого из "других", которых касается та или иная ситуация), и рассуждать о справедливом разрешении ситуации с этой позиции. Данный метод по сути идентичен методу "исходного положения". Таким образом, могут быть использованы различные методы. Но рефлексия над моральными интуициями в этических спорах используется всегда.

Эту стратегию по сути использует также У. Кимлика, который пишет: "Что касается критериев, по которым мы судим об успехе в политической философии, то я верю, что высшей проверкой какой-либо теории справедливости является то, соответствует ли она и помогает ли прояснить наши устоявшиеся представления о справедливости"¹⁹. Автор отмечает, что речь идет именно о взвешенных убеждениях, основанных на аргументах. Вообще, философы, занимающиеся проблемами справедливости, часто апеллируют к нашей внутренней интуиции, т.е. по сути к чувству справедливости. Мы полагаем, что такая

¹⁷ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 52-57.

¹⁸ Дворкин. Р. Указ.соч. С. 211.

¹⁹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 23.

стратегия аргументации, представляющая собой модификацию простого интуитивизма, используется не случайно: авторы по каким-то причинам надеются на ее успешность. Действительно, в зависимости от конкретной стратегии обоснования прав человека речь может идти о монологическом, гипотетическом или реальном (внутрикультурном или межкультурном) дискурсе, но в каждом из них проверке подлежат первоначальные интуиции²⁰.

Консенсус в вопросах справедливости. Чтобы продемонстрировать то, что в теории справедливости (а не только в международной политике), несмотря на весь скептицизм, существует некоторый консенсус, обратимся к основным направлениям этой теории, получившим распространение в XX веке.

Первоначально некоторое возрождение интереса к вопросам справедливости на исходе века позитивизма было связано с неокантианскими авторами, такими как Р. Штаммлер и Г. Радбрух, в России – П.И. Новгородцев и др.²¹ В англо-американском мире такое возрождение связано с именем Дж. Ролза. Уже у данных авторов мы можем в полной мере наблюдать идею равной ценности человеческих личностей. Как неокантианские воззрения на справедливость, так и кантианская по своей сути теория справедливости Дж. Ролза строятся на критике утилитаризма. Однако уже один из основателей утилитаризма Д.С. Милль (под влиянием критики Г. Спенсера) признавал, что принцип пользы "был бы просто набором слов, не имеющим никакого рационального содержания, если бы счастье каждого человека... не ценилось совершенно так же, как и любого другого"²², причем "равное право каждого человека на счастье подразумевает и равное право на любые средства, необходимые для его достижения"²³, "интересам всех должно уделяться равное внимание"²⁴. Однако вместо того, чтобы привести убедительные доказательства своей позиции, согласно которой принцип равноценности лиц является лишь дополнением к принципу пользы, Милль, к сожалению, прибегнул лишь к терминологическим уловкам (якобы равноценность лиц есть лишь проявление полезности,

²⁰ См.: Якушев Л.В. Универсальность морали и обоснование прав человека. // Этическая мысль. 2018. №2. Автор выделяет интуитивистскую, конструктивистскую, коммуникативную и коммунистическую стратегии. В этой классификации особняком стоит собственно интуитивизм, не предполагающий никакого дискурса.

²¹ См., напр.: Фролова Е.А. Этико-правовые проблемы философии права неокантианства. // Государство и право. №7. 2013; Фролова Е.А. Право и мораль (критическая философия права и современность). // Государство и право №1. 2013.

²² Милль Д.С. Утилитаризм. Ростов-на-Дону, 2013. С. 231.

²³ Там же. С. 233.

²⁴ Там же. С. 127. Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 31.

т.к. она *желаема*)²⁵. Ученый полагал, что равенство лиц и равное право на счастье только тогда допустимы, когда они полезны обществу²⁶, а справедливость является высшей ценностью только потому, что она наиболее полезна²⁷. Это и понятно: стоит утилитаризму признать, что равенство важнее пользы, как по самому главному столпу этого учения будет нанесен серьезный удар. Но действительно ли мы уважаем права человека только потому, что, в конечном счете, они максимизируют общий уровень удовлетворения в социуме? Вывод крайне сомнительный²⁸, особенно когда "меньшинства уничтожают только потому, что они вызывают раздражение у большинства"²⁹.

Р. Дворкин показывает, что введенное Дж. Ролзом "исходное положение" хорошо приспособлено к тому, "чтобы проводить в жизнь абстрактное право на равную заботу и уважение, которое следует понимать как фундаментальное понятие в глубинной теории Ролза"³⁰. Если же мы обратимся к развитию дискурса справедливости после Ролза, то увидим, что его теория подверглась в свое время острой критике сразу с двух флангов: либертарианцами и коммунитаристами. Либертарианцы, как правило, продолжали придерживаться идеи равной ценности лиц, коммунитаристы же склонны были ее ограничивать. Проанализировав дискуссии вокруг основных идей одного из самых известных либертарианцев – Роберта Нозика – можно обнаружить, что как идеи данного автора, так и возражения его критиков³¹ находились в

²⁵ Там же. С. 231. См. сноску.

²⁶ См., напр., там же. С. 229, 235.

²⁷ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 195-196.

²⁸ Некоторые из аргументов против обусловленности прав человека долгосрочными выгодами всего общества см. в: Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 45-65.

²⁹ Бёрлин И. Две концепции свободы. // Современный либерализм. М., 1998. С. 37.

³⁰ Дворкин. Р. Указ.соч. С. 249.

³¹ Нозик полагал, что предложенное Ролзом перераспределение доходов и богатств представляет собой отношение к человеку как к средству, поскольку несправедливо отбирать у людей то, что они заработали своими собственными талантами, или присвоили способом, не причинившим никому вреда. Критики взглядов Нозика указывали, что принцип равной заботы о людях предполагает большую заботу о тех, у кого меньше природных талантов и социально обусловленных возможностей (в противном случае формальное равенство может обернуться фактическим рабством отдельных лиц), а справедливое присвоение должно отвечать более жестким требованиям, чем несправедливое вреда другим лицам (например, безбилетный проезд на общественном транспорте одного человека не наносит никакого вреда другим людям, но это не значит, что каждый вправе так поступать; более того, присвоение большей части средств производства одним лицом хотя и может быть к выгоде других лиц, но лишает их возможности выбирать род занятий и, таким образом, быть собой). См.: Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 147-174.

рамках одной парадигмы равноценности лиц. Что касается коммунистов, то и они не становились на сторону подлинного коллективизма, согласно которому общество ценно само по себе, ведь учитывая презрение к человеку, свойственное такому подходу, встает вопрос о его целесообразности. Сомнительно, чтобы какой-либо философ придерживался его в чистом виде.

Либерально-демократические теории Запада долгое время противопоставлялись коммунистическим идеологиям стран Восточной Европы и СССР. Но некоторые исследователи отмечают, что идея обращения с людьми как с равными фундаментальна и для мысли Маркса³². Сам Маркс, как известно, скептически относился к теориям справедливости, и считал коммунизм скорее исторически неизбежным, чем желаемым следствием кризисов капитализма, однако в XX веке марксисты отстаивали коммунизм уже как идеал (должное)³³. В дискуссиях об аналитическом марксизме мы также видим, что стороны, как правило, находятся в рамках общей парадигмы равноценности лиц³⁴.

В связи с дискуссиями о справедливости, которые велись на Западе во второй половине XX века, нам бы хотелось обратить внимание на то, что еще в 1901 году П.Б. Струве вкратце набросал основные черты обсуждаемой нами здесь доминирующей парадигмы мышления, которую он назвал метафизическим индивидуализмом. "Метафизически-этический индивидуализм, – писал он, – сводится к признанию множественности самостоятельных духовных субстанций. Этика вся покоится в этом смысле на индивидуализме, ибо этическая проблема возникает из отношений между равноценными и автономными духов-

³² Там же. С. 224.

³³ См., напр. Сейерс Ш. Идея коммунизма. // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. Екатеринбург, 2017. Том 17. Вып. 1. С. 7-20.

³⁴ Течение аналитического марксизма (Д. Козн, Д. Рёмер и др.), как отмечают, было пронизано "кантианской" идеей равного отношения к людям, и именно с ней была связана критика представителями данного течения эксплуататорского характера капитализма. Противники аналитического марксизма указывали на неопределенность понятия эксплуатации: так, работа на других может быть добровольным и осознанным выбором, не связанным с крайней нуждой, запрет же наемного труда (например, для женщин и детей), наоборот, может быть признаком дискриминации; отчисления из заработной платы рабочих также не всегда означают эксплуатацию рабочего (например, это могут быть расходы на социальные нужды, такие как пособия инвалидам и престарелым, многодетным семьям и беременным женщинам и пр.); в свою очередь работа на социалистическом предприятии может быть связана с диктатом большинства и притеснением меньшинств. В итоге, "уравнивание ресурсов может быть неэксплуататорским, даже если некоторые люди работают на других, и обобществление ресурсов может быть эксплуататорским, даже если каждый работает на себя". См.: Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 248.

ными субстанциями, стремящимися воплотить в себе абсолютное добро"³⁵. По сути, метафизический индивидуализм состоит в "идее равноценности человеческих личностей", равноценности людей, которую Струве пояснял так: "Люди равноценны не как эмпирические и случайные "пучки восприятий" (так характеризовал душу, как известно, Юм), не как животные организмы, а как душевные субстанции, как формальные единицы рода "человек""³⁶. На основании этой идеи Струве отвергал как эгоизм, так и альтруизм. Причем равенство невозможно без индивидуальности, поскольку в таком случае оно означает качественное тождество людей, "противоречащее самой идее человека и упраздняющее его бытие в качестве такового"³⁷. В последующем, однако, развитие философской мысли в названном направлении в нашей стране было прервано установлением официальной идеологии. Но уже в последней трети XX в. в отечественной науке В.С. Нерсесянцем была разработана либертарно-юридическая теория права, согласно которой сущность права заключается в принципе формального равенства, выраженном в равной мере, свободе и справедливости. По мнению автора данной теории, право (оно же – справедливость) по своей сути предполагает наделение человека правоспособностью и правосубъектностью, то есть признание его таким же субъектом права, как и другие люди, и предоставление ему в определенной момент возможности самостоятельно приобретать права и нести обязанности. Особо подчеркивалась при этом возможность иметь на праве собственности средства производства, в связи с чем право и социализм объявляются несовместимыми³⁸. В.С. Нерсесянц, по всей видимости, считал, что постулированием принципа формального равенства уже достигается равная забота и уважение, несмотря на итоговое неравенство в правах в связи с фактическими различиями лиц, поэтому его теория также является одной из интерпретаций идеи равной ценности лиц, хотя и противоположной марксизму. Этот принцип рассматривался автором как "постоянно присущий праву принцип с исторически изменяющимся содержанием"³⁹. Как отмечал ученый, в ходе истории все большее число людей освобождаются от различных форм личной зависимости, угнетения и подавления, и становятся субъектами права, расширяя

³⁵ Струве П.Б. Указ.соч. С. 374.

³⁶ Там же. С. 379.

³⁷ Там же. С. 382.

³⁸ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 28-29.

³⁹ Нерсесянц В.С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М., 1996. С. 12, 15.

границы права как формального равенства⁴⁰. Если это так, то хотя либертарно-юридическую теорию и следует признать догматической, эта догма, видимо, отражает некую эволюцию мировой общественно-политической мысли.

Конечно, идея равноценности лиц свойственна не всем современным авторам. Например, теории Д. Готье (мораль как реальное соглашение реальных индивидов), М. Сэндела (братство вместо справедливости), М. Уолцера (культурный релятивизм в вопросах справедливости), Ч. Тейлора (ограничение возможных жизненных целей существующими в локальном обществе практиками), а также перфекционистские идеи марксистов (совместный свободный труд как идеал, преодолевающий отчуждение) не согласуются с ним. Но было бы странно надеяться на полное единодушие мнений. Во всяком случае, имеется достаточно распространенная позиция, при помощи которой мы можем давать оценку различным социальным явлениям, нормам и практикам, в т.ч. конфликтам, а это означает, что ученые могли бы сосредоточить здесь свои усилия в надежде на то, что их исследования найдут отклик у народов и правительств. Так справедливость снова входит в сферу науки на теоретическом и прикладном уровнях.

Принимая во внимание вышеизложенное, мы можем рассматривать теорию справедливости как попытку изучения реальных причинно-следственных (общественных) связей с целью показать, что условный "X" соответствует постулируемой основной норме (равенству, правам человека), а условный "Y" ей не соответствует. При таких обстоятельствах, как верно замечал П. Сорокин, наука уже не носит нормативный характер, но именно это и делает ее наукой⁴¹.

Равенство и свобода. Одним из отличительных признаков понимания справедливости как равенства является постулирование некоторого приоритета равенства над свободой. При таком подходе отсутствует цель любой ценой максимизировать свободу, поскольку может получиться так, что мы полностью жертвуем свободой одного ради увеличения свобод других лиц, а это явно несправедливо. В.С. Нерсесянц отмечал: "Если речь действительно идет о свободе, а не о привилегиях, произволе, деспотизме, то она просто невозможна без принципа и норм равенства"⁴². Поэтому в лучшем случае в рамках идеи

⁴⁰ Там же. С. 6-10.

⁴¹ Сорокин П. Преступление и кара. Подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. М., 2006. С. 71.

⁴² Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 27.

справедливости как равенства можно было бы говорить о максимизации равной для всех свободы.

Для этого необходимо каким-то образом ранжировать свободы между собой, ведь нет смысла максимизировать малозначимые свободы, такие как свобода клеветать на других или свобода употребления алкоголя. Р. Дворкин, например, выступает против так называемого "права на свободу", т.е. принципа, согласно которому свободы людей (в смысле отсутствия внешних ограничений) должна быть максимизированы. Дело в том, что обычно мы понимаем право как нечто, что государство обязано нам предоставить, и что мы уполномочены от него требовать, независимо от общественной пользы⁴³, но в таком случае оказывается, что далеко не все внешние ограничения, стоящие на пути к нашим целям, государство должно устранять (например, ограничения на пути к покупке ванильного мороженого), а некоторые ограничения оно само и устанавливает, причем не просто для того, чтобы гарантировать какие-то другие свободы, но и по причинам общественной пользы и т.п. В действительности, утверждает Дворкин, мы имеем право только на вполне определенные свободы, в частности на такие, которые требуются для обеспечения равной заботы и уважения.

Дж. Ролз, например, выделил ряд свобод, которые необходимы для реализации большинства вообразимых человеческих жизненных целей, и первоначально отстаивал максимизацию только этих свобод⁴⁴. Такой подход представляется более обоснованной по сравнению с произвольной попыткой Ч. Тейлора приписать одним свободам (напр., свобода религиозных верований) объективно большую ценность по сравнению с другими (напр., свобода передвижения) на основании некоторого "фонового" знания⁴⁵. Ценности социума, как представляется, не имеют решающего значения при выделении "основных свобод" (всё-таки желательно обозначить такие свободы, которые могли бы быть полезны для всех возможных жизненных планов); если же мы говорим о при нахождении баланса уже между самими основными свободами, то и в этом случае, как отметил бы Ролз, основным критерием ранжирования свобод должны стать "две моральные силы личности" (чувство справедливости и способность выбирать жизненную

⁴³ Дворкин Р. Указ.соч. С. 361-362.

⁴⁴ Алексеева Т.А. Справедливость как политическая концепция: очерк современных западных дискуссий. М., 2001. С. 89-90.

⁴⁵ Тейлор Ч. Что не так с негативной свободой? // Логос. №2 (92). 2003. С. 194-195. Убедительную критику этого взгляда см. в: Столяров А.В. В защиту негативной свободы: что не так с Чарльзом Тейлором? М., 2014. С. 13-17; Hart H.L.A. Charls on Liberty and Its Priority. // University of Chicago Law Review: Vol. 40: Iss. 3. P. 547.

стратегию), а не ценности социума, при этом в любом случае нельзя покушаться на "центральную область применения" той или иной основной свободы⁴⁶.

Возникает и другая сложность: для реализации наших целей очень часто нужна не столько максимизация, сколько ограничение свобод. Самый простой пример: установление ограничений в дорожном движении увеличивает равную для каждого свободу передвижения. Следовательно, даже в отношении "основных свобод" не может идти речи об их априорной максимизации: свобода и безопасность должны идти рука об руку. Можно сказать, что ограничение свобод в целях безопасности является действительной максимизацией свобод, если только под лозунгами стабильности не навязываются черты тоталитарного политического режима.

Однако в других случаях имеются основания для ограничения свобод по отношению ко всем и каждому, не связанные с безопасностью и потенциальным увеличением наших возможностей, а именно моральные основания. Этот последний аспект, связанный с ограничением свобод во имя нравственности, как представляется, мог бы способствовать достижению согласия в современных дискуссиях между либералами и консерваторами, и нахождению компромисса в лице некоего консервативного либерализма. Либерализм, как известно, ориентирован на права человека как на универсальную ценность, тогда как консерватизм выступает за "сохранение сложившихся в рамках некой конкретной социокультурной традиции духовно-нравственных идеалов, форм политико-правового и социально-экономического бытия человека и общества", которыми обусловлены права человека⁴⁷. В этой главной характеристике основных политических течений автор данных строк убежден в универсальности прав человека и стоит на либеральных позициях. Но либерализм не всегда означает полное отрицание традиции в попытке создать некую единую общечеловеческую цивилизацию, так как традиция может существовать и в рамках приоритета прав человека. Более того, либерализм не всегда означает отсутствие какого-либо внешнего авторитета для личности, ведь идеалами просветителей были не только свобода и равенство, но и братство, которое может пониматься как необходимость уважения общих нравственных устоев общества. Однако этот внешний авторитет не должен решать за

46 Rawls J. The basic liberties and their priority. / Tanner Lectures on Human Values. Michigan, 1981. P. 9-13; 46-49.

47 Честнейшин Н.В. Консерватизм и либерализм: тождество и различие. // Полис. №4 (94). 2006. С. 169-170.

человека, какую именно жизненную стратегию следует избрать, поэтому попытки Ч. Тейлора легитимировать навязывание человеку определенных целей на том основании, что сам он не всегда может правильно осознать свои интересы, чревато тоталитарными эксцессами⁴⁸. Отбрасывая крайности, в результате мы получаем идею консервативного либерализма, сочетающего равенство индивидов с ограничением свобод во имя традиционных моральных воззрений, с учетом следующего.

Во-первых, стало общим местом в юридической литературе, что законодатель должен учитывать общественные настроения, чтобы обеспечить эффективную реализацию своей воли, и не вызвать ситуацию правового нигилизма, фактического бездействия права. Поэтому при разработке тех или иных законов он может пойти на некоторое временное отступление от требований справедливости ("осознанно неправильное право" по Р. Штаммлеру⁴⁹), или, по крайней мере, учесть господствующее в обществе понимание того, в чем на практике должно выражаться равное отношение к лицам. "Ни один законодатель, – пишет Р. Дворкин, – не может позволить себе игнорировать общественное возмущение. С ним он обязан считаться. Именно оно устанавливает границы его политических возможностей и определяет, какие стратегии убеждения и давления он может использовать в этих границах. Однако мы не должны смешивать стратегию и справедливость..."⁵⁰. Не исключено, что следствием учета общественного мнения станет ограничение некоторых свобод.

Во-вторых, в силу того, что свобода не имеет ценность сама по себе, а нужна только для реализации определенных жизненных стратегий⁵¹, а также для предотвращения насилия (т.е. опять же, принуждения, не согласующегося с нашими желаниями)⁵², можно усомниться в необходимости немедленного законодательного обеспечения равноправия там, где сами адресаты в этом не заинтересованы. Например, женщины в некоторых традиционных обществах могут оказаться не заинтересованными в активной общественной деятельности, и в связанных с ней равных правах с мужчинами, а гомосексуалисты не всегда являются сторонниками легализации однополых браков. "Египетский крестьянин прежде всего и больше всего нуждается в одежде и

⁴⁸ Тейлор Ч. Указ.соч. С. 200.

⁴⁹ Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 268-271.

⁵⁰ Дворкин Р. Указ.соч. С. 345-346.

⁵¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 289-290; Тейлор Ч. Указ.соч. С. 188-189.

⁵² Столяров А.В. Указ.соч. С. 12.

медицинской помощи, а не в личной свободе"⁵³. Между тем, "прогресс свободы требует прогресса *осознания* свободы"⁵⁴, и без такого осознания нет смысла "бежать впереди паровоза". Конечно, если в той или иной стране есть хотя бы один человек, который хочет выйти из оков дискриминации, но не имеет для этого прав, возникнет ситуация несправедливости, однако фактически законодатель, как правило, изменяет действующие нормы только когда за их изменение выступает заметная группа лиц или же когда имеется некий резонансный случай. В любом случае законодатель не должен впасть в другую крайность, а именно препятствовать "осознанию свободы" гражданами и "тормозить паровоз".

Эти два аспекта, как видно, являются скорее вынужденными уступками консерватизму, но не предполагают отказ от идеи равенности лиц. Возможно, они предполагают как раз обратное: просвещение населения с целью изменения общественного мнения (но без принуждающего патернализма), выявление случаев недобровольной дискриминации с целью своевременного и гибкого изменения законодательства.

В-третьих, иногда государство в принципе не может самоустраниться от моральных вопросов. Например, в дискуссиях о допустимости однополых браков и аборт не может быть нейтральных позиций, все точки зрения морально-окрашены⁵⁵. Нет ничего априори плохого в том, что государство поддерживает традиционные моральные позиции общества, и с этой целью вводит некоторые ограничительные меры. Однако нет ничего априори плохого в том, что государство пытается их изменить, например, когда они чреватые серьезными социально-экономическими недугами. Конечно, сказать, что реформы общественной нравственности необходимо проводить крайне осторожно, – значит ничего не сказать. И всё же, когда российское государство предпринимает меры по искоренению пагубных привычек курения и злоупотребления алкоголем, прививает массам негативное отношение к коррупции, то, по сути, речь идет о попытках изменить вековые устои общества, где все "пьют и воруют", а когда оно пытается навязать идеал многодетности, то изменению подвергаются уже современные нравственные порядки. Так или иначе, в подобных случаях государство также прибегает не только к стимулам, но и к ограничениям свобод. И

⁵³ Бёрлин И. Указ.соч. С. 22.

⁵⁴ Маркузе Г. Репрессивная толерантность. // Маркузе Г. Критическая теория общества: избранные работы по философии и социальной критике. М., 2011. С. 126.

⁵⁵ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 294-304.

представляется, что и законодатель и правоприменитель должны при этом руководствоваться, прежде всего, идеей равной заботы и уважения.

Наконец, в-четвертых, что самое важное, даже в тех случаях, когда государство имеет возможность самоустраниться от решения моральных вопросов, оно принципиально уполномочено вводить ограничения прав и свобод в интересах нравственности, например в случаях, когда в результате глобализационных или переходных процессов средства неформального общественного контроля перестают работать. Ясно, что право запрещает очень многое, что не дозволяет и мораль, основанная на равенстве и взаимном уважении лиц (убийства, кражи, лжесвидетельство и клевета и т.п.). Но к этому может быть добавлено некоторое воздействие права на внутренний мир каждого из нас. Так, М. Сэндел, обсуждая проблему многократного завышения цен в условиях природных бедствий, замечает: "Законы против раздувания цен не могут изгнать жадность, но, по меньшей мере, могут обуздать ее самые наглые проявления и подать сигнал, что общество осуждает жадность"⁵⁶. Сэндел также убедительно показывает, что законодательное допущение рыночных механизмов в некоторые общественные отношения влечет вытеснение уже существовавших нерыночных (моральных) стимулов участников этих отношений, а также культивирование порочных стимулов, снижение гражданской сплоченности и угрозу восприятия человека как товара (например, установление платы за загрязнение окружающей среды или охоту на вымирающих животных, даже если эта плата идет на финансирование экологических мероприятий и защиту тех же животных, способствует потребительскому отношению к природе, хотя предпочтительно осуждение такого отношения⁵⁷). Существует множество других примеров, когда право воздействует на наш внутренний мир, подавая своего рода сигнал: запрет проституции, порнографии; ограничения на использование нецензурной брани и на пропаганду разгульного образа жизни, и, одновременно, пропаганда государством здорового образа жизни, проводимая государством политика в области культуры и образования; награждение государственными наградами за проявленные добродетели; налоговые льготы для религиозных и благотворительных учреждений; ограничения на продажу алкоголя, табака и легких наркотиков, а также запреты нахождения в пьяном виде в общественных местах (ст. 20.21 КоАП РФ); ограничения

⁵⁶ Там же. С. 18.

⁵⁷ Сэндел М. Что нельзя купить за деньги? Моральные ограничения свободного рынка. М., 2018. С. 80-93.

на аборт и эвтаназию, правовые последствия супружеской измены; или, например, возможность полиции следить за лицами, "нарушающими общепринятые нормы поведения и морали", и проводить с ними профилактические беседы⁵⁸.

Мы полагаем, что подобное воздействие дозволено в случаях, если оно осуществляется в соответствии с некими общепризнанными нормами и добродетелями, которые не противоречат принципу равной ценности лиц. В разных обществах конкретные преломления данной этики могут отличаться: так, для полуобнаженной женщины из африканского племени и для женщины культуры викторианской морали критерии разврата будут сильной отличаться, но общей будет недопустимость чрезмерного проявления неконтролируемых страстей. Если отдельный член общества не согласен с общепринятыми представлениями о морали, он всегда будет волен попытаться изменить мнение своих сограждан, хоть это, очевидно, и будет тяжело. Но, по крайней мере, он не сможет упрекнуть их в том, что они не относятся к нему как к равному.

Тем самым через ограничение прав и свобод в интересах нравственности мы находим компромисс между либералами, стремящимися обеспечить каждому возможность реализации его концепции блага, и консерваторами, которые хотят при этом сохранить существующие устои. Основания для такого ограничения мы находим уже сейчас в ч. 3 ст. 55 Конституции России, согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены в целях защиты основ конституционного строя, нравственности (!), здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Несмотря на то, что в современной политике вмешательство государства в вопросы нравственности обычно связывают с консерватизмом, а многие либералы критикуют такое вмешательство ввиду риска соскальзывания в нетерпимость и принуждение, в действительности право не может не выражать определенные нравственные установки.

Заключение. Как верно отмечает П. Рикёр, "равенство – это синоним справедливости еще с эпохи греков"⁵⁹. Вместе с тем, конкретные представления о равенстве у всех различны.

Р. Дворкин выделяет два типа моральной философии: "натуральная" модель предполагает, что существует некая объективная мораль,

⁵⁸ См. п.6 ст.2, п. 6 ст.8, пп. 2 ст. 17, ст. 19 Федерального закона от 23 июня 2016 г. N 182-ФЗ "Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации". // Рос.газ. от 28.06.2016 г. №139. СЗ РФ от 27.06.2016 г. №26 ч. 1 ст. 3851.

⁵⁹ Рикёр П. Справедливое. М., 2005. С. 197.

которую мы должны открыть с помощью наших моральных интуиций, пусть даже зачастую противоречивых; "конструктивистская" модель не утверждает объективную мораль, но пытается согласовать имеющиеся моральные интуиции в одну общую теорию, пусть даже для достижения непротиворечивости придется отбросить некоторые моральные интуиции⁶⁰. Во второй модели предполагается, что со временем может быть выработана более совершенная общая теория, которая включит многие ранее отброшенные моральные интуиции, но при этом, не исключено, отбросит некоторые ранее учитываемые моральные интуиции.

Первый тип моральной философии, как представляется, свойственен всей школе естественного права, как в классическом, так и в неклассическом ("возрожденном") ее варианте. Сегодня догматизм юснатуралистов отброшен, но это не отнимает у нас острой потребности в общезначимом идеале справедливости. Поэтому на помощь приходит второй тип моральной философии, который сохраняет прежний идеал, по сути – неокантианский идеал естественного права с изменяющимся содержанием, но отстаивает уже его конструктивистский характер. На данном этапе развития общемировой общественной, политической, философской и научной мысли этот идеал может быть выражен через принцип равной значимости лиц, равноценности личностей, равной заботы и уважения о каждом лице. Существование этой общей интуиции делает возможной научную оценку различных социальных конфликтов и правовых норм, а также разработку научно обоснованных способов их соответственно разрешения и совершенствования.

Невозможность разрешения нравственного вопроса на основе позитивистской науки не снимает данного вопроса и не сглаживает его остроты. П.Б. Струве писал: "Принудительное присутствие во всяком нормальном человеческом сознании нравственной проблемы несомненно; невозможность ее решения эмпирическим путем также бесспорна. Признавая невозможность объективного (в смысле опыта) решения нравственной проблемы, мы в то же время признаем объективность нравственности как проблемы"⁶¹. Значит ли это, что нам остается лишь этический скептицизм? "Этический скептицизм, – настаивает Струве, – возможный либо в резкой форме абсолютного отрицания, либо в смягченной форме чисто субъективистического решения нравственной проблемы, не может удовлетворить целостную человеческую личность. Отрицать нравственную проблему – значит, в сущности, го-

⁶⁰ Дворкин. Р. Указ.соч. С. 222.

⁶¹ Струве П.Б. Указ.соч. С. 371.

ворить вопреки непосредственному сознанию всякого человека, чисто субъективное решение ее создает невыносимую непропорциональность между огромным, первостепенным для человеческой личности значением нравственной проблемы и нравственной жизни и узким основанием санкции индивидуального произвола. Если нравственность покоится на таком узком основании, то где порука, что в мировом процессе осуществляется мой идеал? Этический субъективизм ведет к пессимизму⁶². Но если так, то единственным путем решения нравственной проблемы является путь метафизический, который и предлагал цитируемый автор. Конкретное метафизическое решение, которое предлагает Струве, представляется нам неубедительным⁶³, однако это не означает, что невозможны иные, более убедительные решения. Означает ли все сказанное, во всяком случае, что политическая, правовая и моральная философия теряют статус научности? Вопрос этот видится нам дискуссионным; современные исследователи выходят из затруднения, занимаясь анализом общепринятых моральных ценностей и распространенных моральных интуиций и их последующим синтезом в целостные моральные концепции с помощью метода рефлексивного равновесия. Несомненно, по крайней мере, огромная потребность в решении проблем справедливости. Вместе с тем, о чем невозможно молчать, о том следует говорить.

§ 2. О достоинстве и правах человека

В этом параграфе мы ставим вопрос о том, какова идейная основа современной идеологии прав человека, и делаем вывод, что таковая заключается в понятии человеческого достоинства. Анализируя далее понятие человеческого достоинства, мы обнаруживаем, во-первых, его существенную эволюцию в ходе истории при постоянном сохранении двойственности его значений, во-вторых, искажение этих фундаментальных значений применительно к современным теориям прав человека, берущим свои истоки в идеях естественного права и общественного договора Нового Времени. Далее обсуждается соотношение правового и морального идеалов и делается вывод о том, что возвращение понятию человеческого достоинства его исконных значений позволит по-другому взглянуть на проблему ограничения прав человека в интересах нравственности, и найти консенсус между различными либе-

⁶² Там же. С. 372.

⁶³ Основные аргументы против см. в Черников М.В. Философия правды в русской культуре. Дисс. на соиск. уч. степ. д. филос. наук. Воронеж 2002. С. 18-19.

ральными и иными воззрениями в современном политическом и правовом дискурсе.

Человеческое достоинство как идейная основа прав человека. Идеология прав человека в настоящее время является доминирующей в политических и юридических дискурсах справедливости. Вместе с тем, философские основания, которые лежат в основе данной идеологии, порой затушевываются: ученые сосредотачиваются либо на анализе конкретных авторских теориях справедливости (либеральной, коммунитаристской, марксистской и пр. направленности), либо на интерпретации конкретных норм международного или внутригосударственного права и содержании конкретных прав человека. Однако для того, чтобы дать оценку обоснованности тех или иных прав и свобод человека и гражданина, следует иметь в виду не только воззрения отдельных мыслителей на справедливость, но и – в более широком плане – ценностные основания того идеологического консенсуса, который сложился в мировом сообществе. Конечно, таких ценностных оснований в принципе может и не быть, и тогда каждое государство признавало бы те или иные права человека исходя из своих собственных конъюнктурных соображений. Но мы полагаем, что существует ряд признаков, свидетельствующих об узкой области единогласия, связанного с представлениями о человеческом достоинстве.

Так, судья Конституционного Суда РФ Н.С. Бондарь по результатам анализа важнейших международно-правовых документов отмечает следующие аспекты нормативно-правового содержания достоинства человека как ценностной категории международного права: во-первых, достоинство рассматривается как неотъемлемое свойство человека как биосоциального существа, во-вторых, достоинство изначально было интегрировано в перечень основных прав и свобод, в-третьих, достоинство изначально понималось не только как одно из основных прав, но и как (sic!) исходное основание всей системы прав и свобод человека и гражданина, в-четвертых, признается равное достоинство каждого человека, в-пятых, категория достоинства признается в качестве универсальной и абсолютной правовой ценности, в-шестых, признается необходимость не только индивидуальной, но и коллективной ответственности государств по защите человеческого достоинства⁶⁴. В своей аргументации того, что достоинство является исходным основанием всей системы прав и свобод человека и гражданина, автор ссылается, в первую очередь, на преамбулы и статьи Всеобщей декла-

⁶⁴ Бондарь Н.С. Конституционная категория достоинства личности в ценностном измерении: теория и судебная практика // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 4. С. 19-31.

рации прав человека 1948 г. и Международных пактов о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., но добавляет, что в соответствии с этим в последующих актах ООН понимание достоинства человеческой личности как основы всех прав и свобод постепенно наполнялось нормативным содержанием применительно к отдельным, наиболее важным и проблемным сферам общественных отношений. Действительно, анализ международно-правовых актов показывает, что именно понятие человеческого достоинства было главной идейной основой при закреплении прав человека. Конечно, на внутригосударственном уровне эта логика прослеживается не всегда, но, например, статья 1 Основного ФРГ прямо признает человеческое достоинство в качестве основы для признания "нерушимых и неотчуждаемых прав человека". Несмотря на то, что в Конституции РФ достоинство человека закреплено лишь в качестве одного из основных прав, Н.С. Бондарь убедительно доказывает, что сложившаяся практика Конституционного Суда РФ демонстрирует широкое использование понятия достоинства в качестве универсального критерия и инструмента аргументации при нормоконтрольной оценке законов на их соответствие требованиям Конституции РФ.

Здесь, впрочем, возникает вопрос: разве простое акцентирование внимания в наиболее значимых международных нормативно-правовых актах на человеческом достоинстве свидетельствует о его общепризнанном понимании? Действительно, история принятия указанных актов свидетельствует о серьезных разногласиях между странами в условиях формирования послевоенного миропорядка, и именно поэтому политики не стремились закрепить законодательно какую-либо всеобъемлющую доктрину⁶⁵. В частности, отличие прав человека от прежних "естественных прав" заключается в том, что они, как правило, не связываются прямо с человеческой природой, природой вещей, божественным дарованием и т.п. основаниями, представляя собой лишь позитивные нормы, закрепленные путем соглашения, а также не рассматриваются в качестве вневременного и безусловного свода правил, отражая лишь потребности современной жизни с учетом современных социальных институтов⁶⁶. Однако, как представляется, сама эта отстраненность от всеобъемлющих доктрин (терминология Дж. Ролза) и может рассматриваться в качестве составной части искомой основной идеи, выраженной в терминах человеческого достоинства. Причины

⁶⁵ Beitz Ch.R. The idea of human rights. New York, 2009. P. 14-27.

⁶⁶ Ibid. P. 30-31, 52-59.

же, по которым были избраны те или иные понятия, могут быть выяснены путем анализа их общепринятых значений.

Понятие человеческого достоинства: общий анализ. Итак, если человеческое достоинство является теоретической основой прав человека, то возникает острая необходимость определить это понятие. В правовых документах имеется лишь отсылка к нему, а не его определение, что обусловлено политическими причинами. Следовательно, нам приходится обращаться ко всей мировой философской мысли или, по меньшей мере, к философским словарям. Мы не ставим перед собой цель подробно изучить историю представлений о достоинстве человека, и ограничимся лишь ее краткой характеристикой, надеясь, что таким образом сможем хотя бы в общих чертах уловить ту мысль, которой руководствуются современные правотворцы и правоприменители.

Итак, понятие человеческого достоинства существует с древнейших времен. Однако очевидно, что раньше достоинство человека зависело не только от его качеств, способностей и поступков (например, от того, насколько искусным охотником или воином он является), но также и от его происхождения, членства в коллективе, знатности и социального статуса (например, цари и благородные сословия обладали несравненно большим достоинством): идея общечеловеческого достоинства, равно как и общечеловеческой нравственности, была долгое время неизвестна.

С распространением христианства в Западном мире получает поддержку взгляд на человека как на "образ и подобие Божие", поэтому наряду с прежними критериями человеческого достоинства, люди начинают наделяться достоинством и сами по себе, как носители свободной воли (Пелагий, Аквинский, Мирандола и др.). Но лишь в Новое Время появляются учения, не просто признающие достоинство человека как такового, но и отрицающие зависимость достоинства от происхождения, сословия и знатности (Гоббс, Локк, Руссо и др.), что кристаллизовалось в Декларации независимости США 1776 г.⁶⁷. В это же время в рамках проекта Модерна возникают представления об универсальной нравственности.

В результате, если раньше достойными считались только люди, принадлежащие к некой социальной группе либо обладающие качествами, ценимыми локальной моралью, то теперь достоинство признается за каждым, а достойными называются качества, соответствующие универсальной морали (хотя представления о последней, естественно,

⁶⁷ Дробышевский С.А., Протопопова Т.В. Идея человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве. Красноярск, 2009. С. 6-80.

постоянно меняются в зависимости от социальных условий, и различны у разных социальных групп). Определения человеческого достоинству философы дают теперь, как правило, в контексте идеи свободного морального выбора личности⁶⁸. Эти определения, в меру упрощая, можно свести к следующему: человек способен делать самостоятельный выбор между добром и злом, реализовывать свое понимание смысла жизни и проявлять свою индивидуальность в обществе, и поэтому от природы обладает достоинством и ценен сам по себе, при этом чем более нравственен человек, тем большим достоинством он обладает. (Более широкое понимание человеческого достоинства можно встретить, например, у Д. Юма, который связывает его с человеческим сознанием вселенских пространств, хода истории, а также самого себя в них⁶⁹, или в известном определении человека как "мыслящего тростника" у Б. Паскаля. Подобный подход связан с выделением вообще любых особенностей, выделяющих человека из мира природы).

Унижением человеческого достоинства, при таком (узком) подходе, следует считать либо отрицание за человеком как моральным существом возможности свободного выбора, самореализации и всестороннего развития (см. напр. ст. 7, ч. 2 ст. 21 Конституции РФ, преамбулу, ст.ст. 1, 5, 22, 23 Всеобщей декларации прав человека), либо действие, которое дает необоснованный повод усомниться в соответствии морального облика конкретного человека принятым в обществе стандартам (ст. 5.61 КоАП РФ, ст. 128.1 УК РФ, ст. 152 ГК РФ). Вместе с тем, закрепляя важнейшие гарантии защиты человеческого достоинства, законодатели и судебные инстанции до сих пор, как правило, избегают определять само это понятие⁷⁰.

Вышеизложенное позволяет выявить одну из понятий человеческого достоинства, а именно его двойственность: с одной стороны человек обладает достоинством сам по себе, с другой стороны – лишь как отвечающий определенным критериям нравственности (либо как отвечающий иным определенным критериям, например когда говорят, что человек достоин той или иной должности или звания), и с этой второй

⁶⁸ Обзор в историческом ключе см. в: Коломиец Г.Г., Воропаева Ю.П. Этика человеческого достоинства в новое время // Вестник ОГУ. 2015. №3 (178), в правовом ключе: Власова О.В. Формально-правовое закрепление ценности «человеческое достоинство» // Вестник ЮГУ. 2007. №2 (7); в философском ключе: Кузнецов В.В. Власть духа как сущность человеческого достоинства // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2006. №21-1.

⁶⁹ Юм. Д. О достоинстве и низменности человеческой природы. // Юм Д. Сочинения. Т. 2. М., 1996. С. 523-529.

⁷⁰ См., напр.: Васильева Т.А. Концепция достоинства личности в доктрине и практике органов конституционного контроля // Конституционное и муниципальное право. 2018. N 10. С. 3-8.

точки зрения достоинством человека наделяет общество⁷¹. Толковые словари Ушакова и Ожегова практически полностью концентрируются на значении достоинства как положительного, необходимого/высокого морального качества. И лишь юридические словари, как правило, связывают достоинство с неотъемлемым свойством человека⁷². И в этой связи нельзя не провести аналогию с классическим воззрением на права человека как на права естественные и неотчуждаемые, то есть принадлежащими человеку как таковому, в силу его природы⁷³: ни о какой зависимости от нравственности или от иных общественно значимых качеств здесь речи не идет.

Право и достоинство по И. Канту. Согласно Канту, достоинство человека означает его бесценность (безусловную ценность)⁷⁴: человек всегда есть цель, и не может быть только средством. Достоинство человека при этом обуславливается тем, что он способен сам устанавливать себе закон, не подчиняясь склонностям и потребностям, т.е. он является существом моральным. Установленный таким образом закон необходимо является всеобщим, т.е. единым для всех, т.к. любая автономная воля установит один и тот же закон. Кант пишет, что устанавливая всеобщий закон, человеческая воля наделяет ценностью все сущее в мире, поэтому она и стоит над всякой ценностью, т.е. обладает достоинством.

При таком понимании человеческого достоинства возникает вопрос: обладает ли достоинством человек, который не реализует свою способность следовать всеобщему закону? Во множестве мест Кант указывает, что достоинством обладает лишь определенный образ мыслей, и лишь автономная воля есть основание достоинства человека⁷⁵, что достоинство состоит в том, чтобы примерять к самому себе любые максимы поведения⁷⁶, что только независимость максимы от достижения выгоды и т.п. мотивов делает принявшее ее разумное существо достойным, что достойна та личность, которая выполняет свой долг⁷⁷, без соответствия же с моральным законом личное достоинство сводит-

⁷¹ Второе из названных значений можно встретить, например, в: Гоббс Т. Левиафан. // Соч. Т. 2. М., 1991. С. 67, 73.

⁷² См., напр.: Большой юридический словарь/ Под ред. А. Я. Сухарева. М., 2007. - 858 с.

⁷³ Международная и внутригосударственная защита прав человека: учебник. / Под ред. Р.М. Валеева. М., 2001. С. 83-85.

⁷⁴ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 95.

⁷⁵ Там же. С. 96. Относительно образа мыслей см. также Кант И. Критика практического разума СПб., 2007. С. 182.

⁷⁶ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 98.

⁷⁷ Там же. С. 99.

ся на нет⁷⁸, что не пренебрегающий своим долгом сохраняет в своем лице достоинство человечества⁷⁹, и "всякое достоинство зависит от нравственного поведения"⁸⁰. При таком понимании достоинством, очевидно, будет обладать не всякий, а лишь нравственный человек.

Одновременно Кант отмечает следующее: не само по себе подчинение личности моральному закону образует ее достоинство, а тот факт, что это ею же установленный моральный закон, "и достоинство человечества состоит именно в этой способности устанавливать всеобщие законы, хотя и с условием, что в то же время оно само будет подчиняться именно этому законодательству"⁸¹. Таким образом, мы видим, что достоинство человека, с одной стороны, состоит в его способности наделять что-либо ценностью, с другой стороны, в его способности следовать тем ценностям, которые он сам же установил. По всей видимости, мысль Канта состоит в том, что уже сама по себе "возможная для нас в идее воля" (т.е. автономная) делает человечество (но не человека!) обладающим достоинством, но достоинство каждого конкретного человека всё же зависит от реализации этой идеи. Не случайно в формулировке категорического императива безусловная цель – человечество, а отдельные люди – лишь постольку, поскольку они являются его частью. Таким образом, безусловным достоинством обладает лишь человечество как абстрактный носитель нравственной способности, а отдельный человек может называться достойным лишь постольку, поскольку он эту способность реализует.

Если же мы обратимся к учению Канта о праве, то обнаружим, что право для него является в некотором смысле лишь средством морали. Он пишет, что "право – это совокупность условий, при которых произвол одного [лица] совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы"⁸². Но что это за всеобщий закон? Безусловно, это закон нравственный. Речь идет о таких правилах поведения, которые избрала бы автономная воля, и которые поэтому могут быть всеобщими. Именно их дозволяет и предписывает право. Запрещает же оно те правила поведения, которые всеобщими быть не могут. Единственное, что право не может – это заставить человека поступать не просто в соответствии с такими правилами поведения, а из уважения к ним и к обуславливающему их категорическому императиву. Сказан-

⁷⁸ Кант И. Критика практического разума СПб., 2007. С. 189.

⁷⁹ Там же. С. 197.

⁸⁰ Там же. С. 232.

⁸¹ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 100.

⁸² Кант. Метафизика нравов. СПб. 2007. С. 285.

ное означает, что право не позволяет безнравственные поступки (те, которые неправильны независимо даже от мотива, которые автономная воля вообще не могла бы желать). Право, таким образом, не должно допускать недостойного поведения. И это важный сигнал для будущей идеологии прав человека.

Современные обоснования прав человека. Сегодня далеко не все считают, что права человека вообще должны быть или могут быть обоснованы. Одни ученые, такие как А. Этциони, полагают эти права самоочевидными и не требующими обоснования⁸³. Эта точка зрения бессильна против любого мировоззрения, имеющего высшие ценности, отличные от прав человека. Другие ученые, в частности Ч. Тейлор, утверждают, что в зависимости от конкретной культуры могут быть предложены различные обоснования одних и тех же прав человека (тогда сами права при этом образуют нечто вроде ролзовского "перекрывающего консенсуса")⁸⁴. Но учитывая разнообразие культур, такая позиция требует их серьезной модернизации, в противном случае любое право человека сомнительно. Третьи, например Ч. Бейтц, отказываются считать права человека выразителями каких-либо принципов справедливости, рассматривая их лишь как конструкцию, выполняющую определенные функции в текущей международной политике⁸⁵. Вследствие такого аналитического подхода данному автору приходится сталкиваться с тем, что его представление о правах человека практически лишено нормативной силы, по крайней мере в контексте теории справедливости.

Вместе с тем, множество мыслителей пытаются дать философское обоснование правам человека, и здесь влиятельной является либеральная традиция, основанная на тезисе о достоинстве (высшей ценности) личности. Идея, возникшая в эпоху буржуазно-демократических революций и Просвещения, состоит в том, что каждый человек волен по собственному усмотрению формировать свою личность, выбирать образ жизни, конкретные занятия и жизненный путь, однако необхо-

⁸³ Etzioni A. The Normativity of Human Rights Is Self-Evident. // Human Rights Quarterly, vol. 32, no. 1, 2010. P. 190.

⁸⁴ Taylor Ch. Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights. // The East Asian Challenge For Human Rights. / Ed. J.R. Bauer and Daniel A. Bell. New York, 1999.

⁸⁵ Beitz Ch.R. Op.cit. P. 102-117. По мнению автора, права человека в рамках международной дискурсивной практики определяют требования безотлагательной защиты наиболее важных интересов индивидов от стандартных угроз, невыполнение которых со стороны государств становится основанием для международной озабоченности.

димо обеспечить его возможностью такого выбора⁸⁶. Рассмотрим в связи с этой идеей взгляды некоторых западных ученых.

Выяснение условий, при которых каждый смог бы реализовать свою "концепцию блага" – центральная задача знаменитой теории справедливости Дж. Ролза, с нею связан и лежащий в ее основе принцип приоритета права над благом⁸⁷. Принципы справедливости, предложенные Дж. Ролзом, касаются распределения социальными институтами основных благ, которые автор рассматривается как "средства для всех возможных целей" (all-purpose means), обеспечивающие каждому возможности следовать своим представлениям о хорошо прожитой жизни. Моральные (естественные) обязанности индивидов автор выводил уже после того, как им обоснованы принципы справедливости социальных институтов: первые, по всей видимости, не должны противоречить вторым, но это у Ролза нигде толком не обосновано⁸⁸. Добродетели рассматриваются данным автором лишь как склонности действовать в соответствии с правильными принципами, а потому также не могут противоречить правильным принципам справедливости (хотя не до конца ясно, как они должны соотносится с добродетелями, которые, например, следуют из правильных принципов эффективности, или из естественных обязанностей индивидов)⁸⁹. Таким образом, не справедливое устройство общества видится средством для торжества морали (как это имеет место у Канта), а наоборот.

А. Гевирт полагал, что хотя само по себе наличие моральной способности у человека не порождает прав, но каждый человек как актер (agent), стремясь быть логически непротиворечивым, должен будет признать у всех людей (таких же agents) наличия т.н. родовых прав на свободу (способность выбирать цели как необходимое условие деятельности) и благополучие (способность реализовывать цели как необходимое условие успешной деятельности). Это обстоятельство ученый пытается обосновать посредством утверждения, что в основе любой моральной системы лежит понятие действия. Для осуществления действий необходимы определенные предпосылки, и среди них общепризнанны добровольность и беспрепятственность (т.е. свобода). При этом важнейшей характеристикой действия Гевирт считает целенаправленность (стремление к благополучию), поэтому для осуществления дей-

⁸⁶ Очень ёмко о развитии идейной основы либеральных прав в: Гессен С.И. Политическая свобода и либерализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: 1999. С. 106-144. См. также: Griffin J. On human rights. New York, 2008. P. 26, 32.

⁸⁷ Ролз Дж. Идея блага и приоритет права. // Современный либерализм. М., 1998. С. 76-77.

⁸⁸ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 104-105.

⁸⁹ Там же. С. 275, 351, 356, 381-382.

ствия требуются также минимально благоприятные обстоятельства и условия (благополучие). Каждый агент остается таковым (т.е. способным достигать хоть какие-то цели) лишь при наличии свободы и благополучия, а потому должен воспринимать их как неотъемлемые блага. Отсюда, он утверждает свое право на эти блага. Но поскольку другие также являются агентами, либо, по крайней мере, претендуют на этот статус, то и они (чисто логически) имеют те же права на тех же основаниях. Так возникают права человека, при обосновании которых Гевирт прибегает к понятию человеческого достоинства (хотя и критикует упоминание этого понятия во Всеобщей декларации прав человека). Базовое благополучие обеспечивается правом на жизнь, физическую целостность и психическое равновесие (*basic rights*), поскольку они необходимы для любой целенаправленной деятельности вообще. Неотчуждаемость достигнутого уровня благополучия обеспечивается защитой от преступных посягательств (*nonsubtractive rights*), а рост этого благополучия – правом на образование, информацию и т.п. возможностями для соответствующей деятельности (*additive rights*)⁹⁰. Основная претензия, которая высказывается в отношении концепции Гевирта в научной литературе, состоит в том, что она апеллирует к логике, но в действительности совершает скачок от факта к ценности.

Г. Шу также трактует основные права человека в качестве минимально разумных требований человека к остальным людям, связанных с возможностью здоровой и активной жизни. Права человека (*moral rights*), по его мнению, представляют собой некий разумный уровень социальной защиты его бытия от стандартных (предвидимых и устранимых) угроз⁹¹. При этом основными правами человека (*basic rights*) являются те, использование (*enjoying*) которых необходимо для использования всех других прав, и поэтому первые не могут быть принесены в жертву вторым⁹². К таковым автор относит право на безопасность, право на средства к существованию, право на свободу (передвижения) и право на участие в политической жизни. Однако, как убедительно показал Т. Погге, ни одно из этих четырех прав, равно как и ни одно право вообще, не удовлетворяет тому определению основных прав, которое предложил Шу (как бы мы ни понимали его термин "en-

⁹⁰ Gewirth A. Why There Are Human Rights. // *Social Theory and Practice*, vol. 11, no. 2, 1985, pp. 235-237; Gewirth A. Duties to Fulfill the Human Rights of the Poor. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. New York, 2007. P. 219-226.

⁹¹ Shue H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. Princeton, 1980. P. 13, 32.

⁹² *Ibid.* P. 19.

joying")⁹³. Именно поэтому Э. Эшфорд, совершенствуя подход Г. Шу, трактует права человека в качестве средств защиты базовых интересов рационального агента, его "минимально достойной и автономной жизни", от стандартных угроз. С этой точки зрения, даже если то или иное право не является строго необходимым для пользования другими правами, оно, тем не менее, может относиться к правам человека⁹⁴. По собственному признанию автора, она объединяет в своей теории утилитаризм (идею благосостояния и интересов) и кантианство (идею достоинства и автономии)⁹⁵. Обоснование прав с точки зрения некоторых наиболее значимых интересов предоставляют также И. Раз, Д. Уолдрон и Д. Тасиулас, которые, наряду с Г. Шу и Э. Эшфорд, допускают существование таких прав человека, которым корреспондируют лишь несовершенные обязанности⁹⁶. Впрочем, Т. Погге также исходит из понимания прав человека как совокупности широко распространенных и принятых ценностей, связанных с представлениями о том, в чем обычно нуждается человек для того, чтобы иметь "минимально стоящую жизнь"⁹⁷. На этом основании автор выделяет три базовых права: свобода совести, политическое участие и основные блага (включая право на средства к существованию), прибегая в своих работах в том числе к отсылкам к человеческому достоинству. Однако последнее из трех основных прав автор трактует узко (как негативное, которому соответствуют лишь совершенные обязанности), пытаясь таким образом согласовать его с либертарианской доктриной и с таким понятием субъективного права, которое немыслимо без четкого определения обязанного лица, его корреспондирующей обязанности и ответственности за ее несоблюдение, тем самым ограничивая теорию прав как интересов. Таким образом, хотя предложенное Шу понятие "основных прав" многими учеными отвергается, но его же понятие "моральных прав" весьма активно используется для обоснования прав человека.

Б. Оренд в своей кантианской (как он ее называет) трактовке прав человека, которую он обосновывает, ссылаясь на Гевирта и Шу,

⁹³ Pogge T. Shue on rights and duties. // *Global basic rights.* / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. New York, 2009. P. 113-130.

⁹⁴ Ashford E. The Alleged Dichotomy Between Positive and Negative Rights and Duties. // *Global basic rights.* / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. New York, 2009. P. 92-112.

⁹⁵ Ashford E. The Duties Imposed by the Human Right to Basic Necessities. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. New York, 2007. P. 186-187.

⁹⁶ Tomalty J. On subsistence and human rights. A Thesis Submitted for the Degree of PhD at the University of St. Andrews. 2011. P. 57-63, 75-81.

⁹⁷ Pogge T. Human Rights and Human Responsibilities. // *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights.* / Ed. by Andrew Kuper. New York, 2005. P. 14.

также начинает с того, что каждый человек является рациональным агентом, то есть способен выбирать между различными направлениями действий. Но для того, чтобы человек функционировал как рациональный агент, по мнению данного автора, жизненно необходимо удовлетворение некоторых базовых его потребностей: 1) личная безопасность; 2) материальное положение; 3) равенство; 4) свобода; 5) признание (членство)⁹⁸. Оренд постулирует, что если у человека нет возможности быть рациональным агентом, то его жизнь не стоит того, чтобы быть прожитой. Следовательно, для удовлетворения вышеуказанных потребностей допустимо принуждение, если при этом не подрывается статус других лиц как рациональных агентов; общественно-политические институты, систематически не способные защищать удовлетворение данных потребностей от стандартных угроз, не могут считаться легитимными⁹⁹. Д. Гриффин также утверждает, что лучшим оправданием прав человека является понятие "агентства" (agency), но полагает, что правильнее говорить о нормативном агентстве, так как рациональное агентство свойственно и животным. Ученый пишет: "Мы, человеческие существа, имеем способность формировать представления о том, какой была бы хорошая жизнь, и пытаться реализовать эти представления. Мы ценим свой статус агентов особенно высоко, часто даже более высоко, чем наше счастье. Права человека могут поэтому рассматриваться как защита нашего агентства – того, что можно назвать нашей личностью (personhood)"¹⁰⁰. В основе нормативного агентства, по Гриффину, лежат три основных права: автономия (сформированная и обеспеченная способность самостоятельно форми-

⁹⁸ Orend B. *War and international justice. A Kantian perspective*. Waterloo (Ontario), 2000. P. 102-103. «Личная безопасность означает защиту от серьезного насилия, которое может поставить под угрозу его жизнь и основные аспекты его физического и психического благополучия. Материальное обеспечение означает удовлетворение основных физических потребностей - в частности, в минимальных стандартах пищи, питьевой воды, свежего воздуха, одежды, жилья и основных профилактических медицинских услуг - и/или наличие дохода, достаточного для удовлетворения таких потребностей. Равенство означает, что мы как моральные существа должны считаться равными по своей внутренней ценности с другими разумными существами, а не страдать от произвольной и необоснованной дискриминации. Свобода означает возможность преследовать свои собственные цели и делать собственный рациональный выбор, быть свободным от вмешательства в определенное личное пространство и развивать свою личную идентичность, целостность и автономию. Наконец, признание означает нашу глубокую потребность как социальных существ в подтверждении нашей собственной человечности, нашего собственного рационального потенциала и ценности, а также нашей собственной принадлежности к человеческому сообществу и полноправному членству в нем».

⁹⁹ Ibid. P. 105.

¹⁰⁰ Griffin J. *Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights*. // *Proceedings of the Aristotelian Society*, 101 (2001). P. 4.

ровать представления о хорошей жизни), свобода (отсутствие необоснованных внешних препятствий к реализации своих представлений) и минимальное благосостояние (более высокого уровня, чем необходимо для простого выживания)¹⁰¹. Проблема подобного подхода заключается в определении критерия, по которому мы можем судить о том, что наше "агентство" уже защищено, и тех границ, в рамках которых его притязания можно считать правами. К тому же, поскольку нормативное агентство свойственно не всем людям, постольку права человека нельзя распространить на многих недееспособных.

Надо сказать, что подобный подход, в котором в качестве фундамента права человека рассматривается "agency", подвергается в современной западной литературе сомнениям. Его подход критикует, например, Д. Никел, который, с учетом существования множества различий во взглядах и культурных отличий, предлагает множественное основание прав человека, а именно: обеспеченное требование иметь жизнь, распоряжаться ею, не подвергаться жестокому, унижающему достоинство или явно несправедливому обращению¹⁰². Но хотя сама идея множественного основания на первый взгляд выглядит привлекательно, тот ее вариант, который предложил данный ученый, сомнителен, так как все предложенные им основания сами представляют собой несколько прав человека, выделенных на фоне остальных, и автор сам же признается, что у предложенных им оснований имеется объединяющая идея – обеспечение "минимально достойной жизни", защита человеческого достоинства и "агентства". Сторонники выведения прав человека из некоторых "наиболее значимых" интересов также не всегда соглашались с "узким" обоснованием прав человека путем отсылки к свободе и автономии личности, предпочитая более плюралистичный подход. Однако здесь возникают проблемы, связанные с чрезвычайной множественностью интересов и субъективной оценкой их значимости, в результате правами человека могут оказаться любые права, необходимые для реализации "наиболее значимых" интересов, что фактически означает, что правами человека являются наиболее значимые права, а это весьма туманное определение. Из такого понимания прав человека исходит А. Сен, который видит в них наиболее значимые свободы, особая значимость которых подтверждена публичным обсуждени-
ем¹⁰³.

¹⁰¹ Griffin J. On human rights. New York, 2008. P. 149-190.

¹⁰² Nickel J.W. Poverty and Rights. // The Philosophical Quarterly. №55(2005). P. 391.

¹⁰³ Сен А. Идея справедливости. М., 2015. С.449-487.

Дж. Ролз в работе "Право народов" также пытается дать такую трактовку правам человека, которая подходила бы и для либеральных, и для "иерархических" обществ. В результате он ссылается на права человека только как на средство обеспечения удовлетворения базовых интересов (потребностей) членов какого-либо общества, а не как на средство самовыражения и реализации собственной концепции блага¹⁰⁴. Но и этот подход в научной литературе распространения не получил, так как по сути является инструменталистским, необходимым Ролзу лишь для целей выведения принципов справедливости международных отношений (в частности, для решения вопроса о том, когда государство становится изгоем, в отношении которого возможно вмешательство), к тому же порождает дуализм "либеральных прав" (которые должны признавать все) и "прав человека" (некоего минимума "либеральных прав", непризнание которых нетерпимо)¹⁰⁵.

Нетрудно увидеть, что во всех этих теоретических построениях, связанных или не связанных с агентством, совершенно отсутствует нравственный компонент: ограничения прав, связанные с недостойным поведением, не предполагаются, хотя авторы соответствующих концепций постоянно отсылают к представлениям о человеке как существе моральном, т.е. различающем добро и зло и способном нести ответственность за свои действия. Между тем, подобное игнорирование нравственности искажает оригинальную мысль Канта. Право и мораль теперь разделяются не только как обращенные к внешнему и внутреннему соответственно, но и содержательно: содержание прав человека противопоставляется содержанию всеобъемлющих доктрин, а сами они таковой не считаются. Таким образом, один из двух аспектов понятия человеческого достоинства в идеологии прав человека оказывается устранным.

Право и нравственность: соотношение идеалов. Разграничение прав человека и всеобъемлющих доктрин отчасти связано с несовершенством самой кантовской философии. С одной стороны, она предусматривала единый идеал поступков, с другой, ее умозрительность вызывала споры относительно того, что именно соответствует идеалу. Так, еще Д.С. Милль обратил внимание, что когда И. Кант пытается выводить из категорического императива "более конкретные моральные обязанности, то терпит неудачу, доходящую до гротеска,

¹⁰⁴ Ролз Дж. Право народов (лекция) // Вопросы философии. 2006. № 9. С. 79-105.

¹⁰⁵ Напр.: Tasioulas J. The Moral Reality of Human Rights. // Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor? / Ed. by T. Pogge. New York, 2007. P. 86-87. Критика Ролза с этих позиций встречается также во множестве других работ.

поскольку не удастся показать неизбежность противоречия, т.е. логической (не говоря уже о физической) невозможности возникновения ситуации, когда бы все разумные существа вдруг приняли самые вопиюще аморальные правила поведения. Ему удастся лишь показать, что *последствия* этого могут быть таковы, что едва ли кто решится на столь опасный выбор"¹⁰⁶. В результате последующие мыслители стали разграничивать идеал права, позволяющий каждому реализовывать свои жизненные стратегии в той степени, в которой это не вредит аналогичной возможности других людей, и идеал морали, которая накладывает ограничения на эти жизненные стратегии даже там, где препятствий для других жизненных стратегий не создается. В этом контексте можно понимать идею права как "минимума нравственности". Но при таком понимании совершенно неясно, почему нельзя использовать юридические инструменты для претворения в жизнь в том числе и идеала морали. Как представляется, либеральная позиция подспудно предполагает верховенство правового идеала над моральным, но для обоснования этого тезиса прибегает к моральным по существу аргументам, и поэтому данная позиция является противоречивой. Если же моральный идеал не ниже по своей значимости, чем идеал правовой, то это означает, что средства для реализации индивидом своих жизненных стратегий могут быть ограничены по основаниям, не связанным непосредственно с необходимостью предоставить аналогичные средства другим индивидам. Мешают ли, например, клонирование человека, жестокое обращение с животными или гомосексуальные браки кому-либо из людей жить так, как они желают? Полагаем, решающие аргументы (если таковые вообще имеются) к запрету указанных явлений будут лежать в ином ключе. И в этом смысле весьма убедительна ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, которая допускает ограничения прав человека в целях защиты нравственности. Проблема в том, что для определения допустимости тех или иных ограничений, мы должны иметь не только убедительную теорию прав человека, но и убедительную моральную теорию. Отсюда теснейшая связь философии права и этики, и необходимость их совместного (!) изучения. Только так можно вернуть понятию человеческого достоинства его изначальное значение, более того – выработать теорию справедливости, которая стала бы консенсусом либеральных и иных общественных сил.

¹⁰⁶ Милль Д.С. Утилитаризм. Ростов-на-Дону, 2013. С. 35.

§ 3. Предшествует ли право благу? Спор между либералами и коммунитаристами

После выхода в свет фундаментальной работы Дж. Ролза "Теория справедливости" (1971), взгляды данного автора подверглись острой критике со стороны таких ученых, как А. Макинтайр, Ч. Тейлор, М. Уолцер, М. Сэндел, А. Этциони, которых в литературе принято относить к течению коммунитаризма, и одним из основных пунктов критики был связан с ролзовской идеей приоритетности права перед благом¹⁰⁷. В данном параграфе мы постараемся показать, что эта идея была превратно понята как приоритет права над моралью и подобными ей видами социальных связей. В этих целях представляется необходимым развенчать два возражения, выдвигаемые обычно против данной идеи: 1) она разрушает узы солидарности; 2) она не оставляет место требованиям локальной морали.

Обязанности солидарности. М. Сэндел утверждает, что Дж. Ролз, выделяя естественные обязанности и обязательства, упускает особый вид моральных обязанностей – обязанности солидарности (членства). В качестве примера он приводит взаимные обязанности родителей и детей, государства и граждан, жителей деревни друг перед другом¹⁰⁸. По мнению ученого, опирающегося в своих умозаключениях на идеи А. Макинтайра и М. Уолцера, основанием для возникновения обязанностей солидарности является некие "нарративы" (исторические обстоятельства), разделяемые нами с другими людьми по воле судьбы, а не по нашей собственной воле¹⁰⁹.

На наш взгляд, наличие обязанностей солидарности бесспорно. Нельзя спорить и с тем, что эти обязательства в какой-то части обусловлены конкретными "нарративами", поскольку в противном случае подрывались бы не только семейные ценности и патриотизм, но и сами государственные границы. Однако мы не можем согласиться с Сэнделом во всех отношениях.

Так, с помощью теории обязанностей, возникающих из солидарности, он пытается опровергнуть подход к проблеме справедливости, свойственный Канту и Ролзу, и основанный на согласии. Эта критика представляется неверной, во-первых, потому, что у Канта и Ролза факт согласия не является определяющим для возникновения обязательств, а

¹⁰⁷ Волкова Т.А. Либералы и коммунитаристы: дискуссия о социальной справедливости продолжается. // Вестник МГТУ, том 7, №2, 2004. С. 203, 205.

¹⁰⁸ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 264-268.

¹⁰⁹ Там же. С. 264.

во-вторых, потому что упоминание данными авторами обязанностей солидарности не означает отрицание таковых.

Что касается Канта, то необходимо вспомнить, что хотя он и понимал свободу как способность саму устанавливать себе закон (т.е. как автономию), эта идея не подразумевала наличие *реального* согласия конкретного индивида на те или иные социальные нормы. Эту же идею заимствует Ролз, стремясь обосновать лишь *гипотетическое* согласие индивидов в ситуации «исходного положения». Более того, в этой ситуации мы обнаруживаем элемент принципиального отсутствия согласия: люди *не выбирают*, с кем именно они оказались за "вуалью неведения", и *поставлены перед необходимостью* выработать некоторые принципы справедливости. Как отмечает Д. Уолдрон, и Канта и у Ролза речь идет о гипотетическом, а не реальном согласии, о воле, сформированной в особых воображаемых условиях, а не о фактическом волеизъявлении, в результате либерализм такого типа может не получить поддержки многих реальных людей, поскольку утверждает, что на некоторые вещи людям *не следует* давать согласия ввиду отсутствия разумных оснований¹¹⁰. Но если отсутствие реального согласия индивида на то или иное обязательство не означает нарушение его автономии, то и тот факт, что индивид в реальности обнаруживает себя связанным некими моральными узами с теми или иными людьми, также не нарушает его автономию. Иными словами, если основанием для возникновения фундаментальных обязанностей является лишь *гипотетическое* согласие, то некорректно связывать его с обязанностями, вытекающими из *реального* членства. Кроме того, хотя Ролз действительно не выделял обязанности солидарности, это упущение с его стороны вызвано вполне извинительными причинами: он ставил целью разработать *предельно общие* принципы справедливости, а также естественные обязанности и обязательства, действующие в определенном обществе, то есть он изначально ставил задачу весьма ограниченно; ничто в концепции Ролза не препятствует установлению в конкретных сообществах своих особенных правовых и моральных обязательств.

Таким образом, неверно критиковать Канта и Ролза на том основании, что обязанности могут возникать не только из акта согласия, но из членства в сообществе, поскольку это будет неоправданным упрощением идей названных философов.

Обращает на себя внимание и другой недостаток позиции М. Сэндела. По мнению данного автора, обязанности солидарности возни-

¹¹⁰ Уолдрон Д. Теоретические основания либерализма. // Современный либерализм. М., 1998. С. 126, 130, 132.

кают не из акта согласия, а *лишь* из самого факта членства. Но данный вывод правилен лишь наполовину. Ученый сам признает, что гражданско-правовые обязательства могут возникать не только из выраженного согласия, но и из факта получения выгоды¹¹¹. Следовательно, членство – не единственный фактор, который нужно принять во внимание при отсутствии согласия. Возьмем для примера статью 87 Семейного кодекса РФ, которая сначала устанавливает, что трудоспособные совершеннолетние дети обязаны содержать своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей и заботиться о них, но далее уточняет, что дети могут быть освобождены от обязанности по содержанию своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей, если судом будет установлено, что родители уклонялись от выполнения обязанностей родителей, а кроме того, дети освобождаются от уплаты алиментов родителям, лишенным родительских прав. Таким образом, обязанность взрослых детей помогать престарелым родителям поставлена в прямую зависимость от того, помогали ли раньше родители детям; обязанности детей возникают не только из факта нахождения в определенной общности, который от выбора детей не зависит, но и – что важно – из принципа взаимности, основанном на равенстве. Рассмотрим теперь поднимаемый М. Сэнделом теоретический вопрос: должны ли современные белые американцы извиняться перед афроамериканцами и потомками индейцев за действия своих предков, а современные немцы – нести ответственность за действия нацистов? По нашему мнению, ответ на этот вопрос зависит от того, пользуются ли современные потомки преимуществами, достигнутыми ранее несправедливым путем. Таким образом, дело не в том, что человек обнаруживает себя жителем какой-либо страны или гражданином государства, а в том, что он получает какие-то выгоды из этой общности: только в этом случае мы можем говорить о наличии обязанностей, связанных с членством в общности. Снова важна взаимность, основанная на равенстве. Таким образом, отсутствие согласия на нахождение в определенной общности еще не отвергает кантовский подход к справедливости, требующий равног отношения к лицам.

Интересно в этой связи проследить развитие кантовских идей в трудах ученого, наиболее последовательно пытавшегося воплотить в теории справедливости неокантовские постулаты – Рудольфа Штаммлера.

Универсальной *формулой справедливости* Штаммлер называл "общество свободно волящих людей", выражая через нее традицион-

¹¹¹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 170-178.

ный кантовский идеал беспристрастности. Для применения этой формулы к конкретным эмпирическим задачам и неизбежно субъективным человеческим целям Штаммлер выработал априорные *принципы правильного права*¹¹². Выведение этих принципов ученый осуществляет следующим образом. Любая правовая связь подразумевает нескольких лиц и внешнее для них правило (общая цель). При этом лица исходя из самого смысла социального идеала должны рассматриваться как самоцели ("уважаться" друг другом), то есть не обязаны безусловно отказываться от своих субъективных целей; но, с другой стороны, каждый сам должен нести определенное бремя ради общих целей ("участвовать"). В итоге социальный идеал представляется как "*соединение самоцелей*", а принципы правильного права делятся на принцип уважения и принцип участия¹¹³. Каждый из этих принципов подразделяется Штаммлером еще на две части, одна из которых показывает принципиальную допустимость того или иного правоотношения, а вторая – конкретные пути осуществления правоотношений¹¹⁴. В результате принципы уважения гласят, что: а) воля одного лица не может быть предоставлена произволу другого; б) всякое правовое требование допустимо лишь под тем условием, чтобы обязанное лицо всё же могло оставаться "себе ближайшим". Принципы участия, по Штаммлеру, в свою очередь, таковы: а) нельзя произвольно исключать человека из общества ("правового общения"); б) всякая предоставленная законом власть может быть исключавшей лишь при условии, что исключенный мог бы считать себя всё же "себе ближайшим"¹¹⁵.

Называя принципы правильного права "направляющими линиями" обработки материи социальной жизни, Штаммлер считает, что сами они еще не содержат ничего, что могло бы предопределить конкретное содержание позитивного права. Для этого, по мнению мыслителя, нужно выработать *прообраз* (Vorbild) правильного права – общезначимый метод, с помощью которого мы могли бы находить правильную норму права для конкретной ситуации. Говоря о прообразе правильного права, Штаммлер отмечает, что "в обществе люди стоят друг к другу в различных отношениях: одни ближе, другие дальше; от одних я могу потребовать большего, от других меньшего, но зато и сам первым обязан (в смысле своего поведения) давать больше, другим

¹¹² Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 203-204.

¹¹³ Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоповедения. М., 1908. С. 99-100.

¹¹⁴ Stammler R. Op. cit. S. 207.

¹¹⁵ Об изложенных принципах см.: Stammler R. Op.cit. S.208-213; Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоповедения. С.100-101.

меньше. Таким образом, вокруг каждого лица по степени социальной близости располагаются разнообразные *концентрические круги*. Это ясно выражается например в концентрических классах наследников и в сфере семейных отношений... Если теперь между двумя лицами возникает спор, каким поведением и в какой мере один из них обязан другому, то для решения этого спора в духе справедливого права обоих спорящих надо мысленно поставить в надлежащий концентрический круг, в некоторую специальную общность (*Sondergemeinschaft*); тогда мера справедливого поведения и исполнения их друг другу определится яснее"¹¹⁶. Это мысленное определение *специальной общности* и составляет, по Штаммлеру, прообраз правильного права; принципы правильного права должны применяться именно к абстрактной *Sondergemeinschaft*, характеризующейся общими целями"¹¹⁷. Мысль о специальном сообществе представляет собой ответ на вопрос: "Кто есть мой ближний?", помогая верно применить принципы правильного права. Анализируя библейскую заповедь любви к ближнему, Штаммлер отмечает, что каждый человек от природы привязан больше всего к самому себе, и в социальном общении неизбежно вступает с одними людьми в более близкие отношения, чем с другими. Вышеуказанная заповедь, будучи нравственным правилом, сама по себе не является достаточно определенным выражением правового идеала. В контексте правил внешнего поведения любовь к ближнему не должна пониматься так, что дальний человек имеет право требовать от нас столько же, сколько и ближний. В известной притче Христа о добром самаритянине, оказавшем на дороге помощь жертве разбойников, необходимость помощи обосновывается именно тем, что самаритянин в своем положении стал жертве ближним. Ни одна система права не свободна от подобного ранжирования, однако те критерии, которые уже имеются в исторически данном праве, не являются безусловно правильными"¹¹⁸. Ответ на этот вопрос всегда требует дополнительного исследования и не может быть универсальным и абсолютно точным"¹¹⁹.

Итак, может ли штаммлеровская идея специальной общности разрешить спор либералов и коммунитаристов? Представляется, она разрешает его скорее в либеральном ключе. М. Сэндел так описывает либеральную позицию: "поскольку мы не нарушаем права других, мы

¹¹⁶ Покровский И.А. "Справедливое право" Рудольфа Штаммлера (литературное обозрение книги: Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902). // Вестник права. 1904. Кн. 2. С. 158-159.

¹¹⁷ Stammler R. Op. cit. S. 281.

¹¹⁸ О понятии ближнего см.: Stammler R. Op. cit. S. 285-291.

¹¹⁹ Ibid. S. 305-306.

можем исполнять общую обязанность помогать другим, помогая тем, кто ближе, то есть членам семьи или согражданам. В том, что отец спасает своего, а не чужого ребенка, нет ничего неправильного – при условии, что, бросившись на помощь своему ребенку, отец не сбивает с ног чужого ребенка. Сходным образом, нет ничего неправильного и в том, что богатая страна создает государство благосостояния для своих граждан, опять же при условии, что эта страна уважает права любой личности и выполняет основные гуманитарные обязанности по отношению к развивающимся странам"¹²⁰. Учение Штаммлера позволяет нам не рассматривать патриотизм и семейные ценности как проявления коллективного эгоизма и предрассудков. Напротив, мы вполне можем иметь (и всегда имеем) перед "ближними" больше обязательств, чем перед кем бы то ни было, поскольку мы изначально застали себя в неких отношениях. Тем самым решается не затронутый такими либералами, как Ролз и Дворкин, вопрос о том, как возможны государства в качестве "этических сообществ"¹²¹. Однако в рамках любого концентрического круга фундаментальной остается идея равноценности лиц, благодаря которой мы можем критически отнестись к устоям своего сообщества. И эта идея должна соблюдаться и на более высоком уровне, в более широком концентрическом круге, в связи с чем наши права и обязанности в семье или в государстве никогда не могут противоречить некой общечеловеческой морали (Ролз, например, допускает возможность отказа от участия в несправедливой войне¹²²). Другое дело, что наша идентичность, как правило, более тесно связана с друзьями (или родственниками), чем с государством и уж тем более надгосударственными образованиями, таким как Европейский союз. "В соответствии с мудрыми законами самой природы, – писал А. Смит, – мы принимаем только слабое участие в судьбе людей, отстоящих от нас слишком далеко, чтобы вредить нам или быть нам полезными; и если бы можно было в данном отношении изменить эти законы, то мы ничего не выиграли бы от этого"¹²³.

Более того, У. Кимлика обнаруживает другой недостаток позиции М. Сэндела: даже если мы обнаруживаем себя в неких исторических обстоятельствах и социальных практиках, это не означает, что мы не можем или не должны поставить ценность этих обстоятельств и

¹²⁰ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 277.

¹²¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 332-336.

¹²² Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 331-335.

¹²³ Смит А. Теория нравственных чувств. М., 1997. С. 144-145.

практик под сомнение; в действительности личность первична по отношению к своим целям¹²⁴.

Таким образом, тезис о том, что право предшествует благу, остается нетронутым. Отвергая либеральную трактовку обязанностей солидарности, М. Сэндел ссылается на частные примеры, когда те или иные люди не смогли пойти против интересов своих родственников, хотя порой понимали необходимость и правильность этого шага, но он также приводит и противоположные примеры¹²⁵. В результате его доводы в пользу того, что противоречие обязанностей солидарности с общечеловеческими обязанностями должно решаться в пользу первых, неубедительны, зачастую основаны на неких чувствах, свойственных не всем людям и не всегда отражающих верные идеалы справедливости. Согласно статье 51 Конституции РФ никто не обязан свидетельствовать против своего супруга и близких родственников. Является ли данная статья доказательством того, что семейные ценности выше прав человека? Отнюдь, предполагая возможные злоупотребления со стороны правоохранительных органов и судов (например, нарушения личной и семейной тайны, достоинства личности, чести и доброго имени, личной неприкосновенности и неприкосновенности частной жизни), именно для защиты прав человека, а не семейных ценностей как таковых, эта статья и установлена¹²⁶.

Таким образом, наличие обязанностей солидарности не опровергает тезис о предшествовании права благу, поскольку фундаментальная идея равенства подлежит реализации в любом сообществе любого уровня, притом что мы всегда имеем больше прав и обязанностей в отношении членов сообществ, в которых мы состоим, а кроме того, мы имеем фундаментальное право выбора тех или иных социальных практик.

Моральные воззрения. Для опровержения кантовско-рользовского тезиса о том, что право предшествует благу, коммунитаристы, помимо акцентов на обязанностях солидарности, пытаются также показать, что мы в принципе не можем разрешить некоторые спорные вопросы (например, можно ли спекулировать ценами в условиях социальных бедствий, какие именно добродетели следует воспитывать в школах и университетах и т.д.), не обращаясь к определенным концепциям блага и к ценностям, которые отстаивает общество. Более

¹²⁴ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 294-296.

¹²⁵ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 277-282.

¹²⁶ См., напр.: Конституция Российской Федерации: доктринальный комментарий (постатейный). / Под ред. Ю.А. Дмитриева. М., 2009; Комментарий к Конституции Российской Федерации. / Под общ. ред. Л.В. Лазарева. М., 2009. Режим доступа: <http://constitution.garant.ru/science-work/comment/>.

того, всякий раз, когда мы награждаем человека за его заслуги (грамотами, премиями, благодарностями, орденами и медалями и т.п.), мы имеем в виду, что он совершил нечто, заслуживающее одобрения, а выделяя из государственного бюджета деньги на сохранение культурного наследия, мы оцениваем его вневременную значимость. Таким образом, либеральный правопорядок не может обойтись без определенных моральных допущений.

Данный аргумент, по нашему мнению, опровергается двумя фактами: во-первых, сам по себе либеральный кантовско-ролзовский проект уже есть определенный нравственный идеал, во-вторых, данный проект вполне может уживаться с защитой других моральных воззрений. Как признает М. Сэндел, "Кант и Роулз не отрицают, что продвигают определенные нравственные идеалы"¹²⁷. "Нейтральность принципов права состоит не в том, что они признают все возможные ценности и цели, а в том, что они выводятся способом, который не зависит ни от каких конкретных ценностей или целей"¹²⁸. Иными словами, имеются некие универсальные моральные требования (напр., права человека, или нечто подобное), которым должны соответствовать частные концепции блага. По замечанию Ролза, "в принципах справедливости задолжен определенный идеал, и реализация желаний, несовместимых с этими принципами, не имеет совершенно никакой ценности. Более того, мы должны поощрять определенные черты характера, особенно чувство справедливости"¹²⁹. Но если нравственность присутствует в такой степени, почему она не может присутствовать и в большей степени, если это не противоречит исходным универсальным принципам? Например, право в пределах возможностей, определяемых самими его базовыми характеристиками, могло бы вносить свой вклад в развитие добродетелей, способствующих реализации принципов справедливости, и пресекать определенные пороки; оно могло бы также поощрять соблюдение тех соответствующих критериям справедливости правил, которые в силу различных причин не могут быть прямо предписаны. (Дж. Ролз, например, говорит о том, что в какой бы социальной роли не находился человек, для других людей может быть рационально требовать от него определенных свойств, и таким способом могут быть обоснованы фундаментальные моральные добродетели, но их конкретное содержание вариативно, т.к. зависит от фактов общественной жиз-

¹²⁷ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 255.

¹²⁸ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 204.

¹²⁹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 286.

ни и взглядов относительно того, что именно наиболее рационально сделать для достижения целей)¹³⁰. Кроме того, право могло бы защищать некоторую свойственную всему обществу концепцию блага при условии, что последняя выработана демократическим путем или учитывает воззрения и предпочтения каждого в равной мере, и посредством этого полностью легитимна (ведь в таком случае эта концепция блага не противоречит частным концепциям блага членов социума и может рассматриваться как часть «универсальной для данного общества» морали). Дальнейшее изложение взглядов отдельных коммунистических представителей должно показать, что, с одной стороны, представители данного направления в основном признают безусловность базовых универсальных моральных требований (как правило, в форме основных прав человека), а с другой стороны, сам либеральный проект допускает правовую защиту иных моральных требований.

Но для начала мы хотели бы акцентировать внимание на используемом Ролзом понятии «концепция блага». В соответствии с Ролзом, «благо человека определяется его наиболее рациональным долговременным жизненным планом при заданных разумных благоприятных обстоятельствах»¹³¹, то есть речь не обязательно идет о морально окрашенном выборе. Под "concept of good", в сущности, имеются в виду не представления о добре как этической категории, а лишь представления о "хорошо прожитой жизни". Поэтому следует признать, что концепциями блага Ролз называет не моральные воззрения в современном смысле, а лишь вполне определенные суждения о долговременных жизненных целях. Таким образом, когда он утверждает, что право предшествует благу, он хочет сказать не то, что либерализм превышает морали, а то, что есть некоторые общечеловеческие (нравственные) нормы, которые предшествуют частным планам. В свою очередь жизненные планы только тогда можно назвать хорошими (благими), когда они соответствуют всеобщим принципам правильности¹³². Но это означает, что приоритет права над благом как раз и делает мораль вообще возможной! (Другое дело, что всеобщие принципы правильности не регламентируют детально жизнь людей, ибо такой подход был отвергнут вместе с классической школой естественного права, на место которой пришло "возрожденное естественное право", в своем неокантианском варианте предлагающее лишь одну априорную формулу справедливости, допускающую множество эмпирических содержаний,

¹³⁰ Там же. С. 381-382.

¹³¹ Там же. С. 91.

¹³² Там же. С. 349.

и только лишь для выработки этой формулы использующее упрощенные рационалистические и индивидуалистические представления о человеке).

Разъясняя тезис о том, что право предшествует благу, Сэндел называет право (справедливость) моральной категорией и величайшей добродетелью, *не зависящей от блага (good)*, перевешивающей другие моральные интересы¹³³. Это может ввести в заблуждение: как моральная категория может быть независимой от представлений о добре? Ответ может быть только одним: справедливость и есть добро, правовой и моральный идеал едины, или, по крайней мере, непротиворечивы, так как возможен лишь один идеал должного поведения и один идеал внутреннего воления. В свою очередь термин "концепция блага", дословно означающий "представление о добре", в действительности не слишком удачен, так как в рассматриваемом контексте практически лишен морального содержания: это лишь субъективная долгосрочная цель или нравы, которые должны соответствовать моральному закону. И вполне логично, что такие цели и нравы могут быть как у отдельного человека, так и у общества в целом («общая концепция блага»). Другое дело, что избранная обществом концепция блага не должна нарушать права человека.

Поэтому, когда, например, Ч. Тейлор указывает, что "демократическому обществу необходимо некоторое общепризнанное определение добродетельной жизни"¹³⁴, ничего принципиального мы возразить на это не можем, если общепризнанные представления находятся в некоторых заданных рамках. Короче говоря, социальные узы не должны вести к консервации несправедливости и угнетения, культивировать явно дискриминационные практики. Они не должны принудительно предписывать какую-то конкретную концепцию блага, но могут служить продвижению некоторых общих целей без прямого ущерба для частных концепций блага, а также налагать ограничения на последние, если это способствует торжеству справедливости. Уже при беглом взгляде на проблему очевидно, что любой член общества вправе рассчитывать как минимум (!) на одну из трех перспектив: 1) что социальные связи (общественные устои и пр.) вырабатываются и изменяются полностью демократическим путем; 2) что концепция блага этого индивида будет учтена при выработке и изменении социальных связей

¹³³ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 191-192.

¹³⁴ Тейлор Ч. Пересечение целей: спор между либералами и коммунитаристами. // Современный либерализм. М., 1998. С. 220.

наравне с другими; 3) что индивид, концепция блага которого преследуется обществом, имеет реальную возможность без значительного для себя ущерба покинуть это общество и стать членом другого, где преследования не будет. Ч. Тейлор пытается доказать, что представление об обществе как о совокупности отдельных индивидов, соединившихся для более успешного производства индивидуальных благ, не учитывает существующее "различие между вещами, важными для меня или для тебя, и вещами, важными для нас всех"¹³⁵, то есть те удовольствия, которые испытывает человек от чувства солидарности, от самого факта единения с другими людьми, наличия с ними общих переживаний, истории и судьбы. Но, во-первых, навряд ли коллективные практики времен нацистской Германии, или общераспространенное в Древней Греции и в Древнем Риме убеждение о допустимости рабства следует по этой причине ставить выше индивидуальных прав и свобод личности. У. Кимлика, например, замечает, что традиционные культурные практики и идентичности, поддержку которых Ч. Тейлор считает необходимой для обеспечения стабильности общества, возникли как результат неравенства и дискриминации¹³⁶. Во-вторых, общество можно рассматривать как предприятие для производства "непосредственно" общих благ (как их называет Тейлор), не отказываясь от идеи равноценности лиц. Для этого нужно признать, с одной стороны, разрушительное влияние принудительного навязывания какой-либо общей концепции блага на «непосредственно» общие блага, с другой стороны, возможность влияния устоев конкретного общества на учитываемые законодателем нравственные ограничения права. В конце концов, Ч. Тейлор сам признает: "Тяжело поддерживать откровенно иерархическое сообщество, в котором социальные группы очевидно ранжированы, а некоторые из них недвусмысленно маркированы как низшие или как подчиненные"¹³⁷.

В эссе "Политика признания" Ч.Тейлор обращает внимание на то, что у каждого имеется индивидуальное понимание смысла и способа своего бытия, в связи с чем мы и придаем особое значение возможности "быть собой" (т.е. быть честным с собой и следовать своему внутреннему голосу, а не навязываемым извне предписаниям), хотим быть признаваемыми в своей уникальности, независимо от принадлеж-

¹³⁵ Тейлор Ч. Пересечение целей: спор между либералами и коммунитаристами. // Современный либерализм. М., 1998. С. 229.

¹³⁶ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 338-342.

¹³⁷ Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва, 2002. С. 20.

ности к классу или сословию, и в зависимости от факта признания формируется наша личность¹³⁸. Этот факт является одним из аргументов в защиту права на достойное существование, которое призвано обеспечить реальную возможность каждого пользоваться своими правами. Но само требование равного достоинства, замечает Тейлор, может быть отражением "гегемонистской культуры", то есть в действительности "партикуляризм маскируется под универсальность"¹³⁹. Например, для ислама будет дискриминационным требование о разделении светской и духовной властей с целью обеспечения нейтральности государства, ведь сама эта идея – уникальный продукт культуры Запада (теория "двух мечей")¹⁴⁰. Таким образом, правильная политика равного достоинства предполагает некоторую политику различия. По мнению Тейлора, необходимо признать, что полная нейтральность к представлениям о хорошей жизни влечет отказ от возможности награждать людей за их моральные достижения, и от достижения целей, которые сами по себе требуют тесной связи людей; следовательно, требуется "единство целей", по отношению к которому должен применяться принцип равенства. При таких обстоятельствах уже нельзя говорить о всеобъемлющем господстве одной из культур (Западной), поскольку в каждом обществе может быть свое "единство целей". Однако как при этом защититься от подавления тех, кто не разделяет общие цели? Мыслитель вынужден признать, что некие базовые права (право на жизнь, свободу, надлежащую правовую процедуру, свободу слова, религии и т.д.), в любом случае являются универсальными, и культурные особенности, допускающие неравную ценность тех или иных способов бытия, не должны касаться этих базовых прав¹⁴¹. Таким образом, "единство целей" должно сочетаться с уважением тех, кто не разделяет этого единства, и отношение к меньшинствам – очень важный показатель истинного либерализма. Конечно, этот тезис всё еще отрицает значимость некоторых культур, но, по мнению ученого, у нас нет обязанности признавать равную ценность каждой из культур, хотя все они, конечно, способствуют расширению нашего "горизонта смыслов".

Коммунитаристы верно указывают, что либеральные принципы, существенно повысившие уровень географической, социальной, семейной и политической подвижности, привели к тому, что хотя люди и

¹³⁸ Taylor Ch. Politics of recognition. // Multiculturalism. Examining the politics of recognition. / Charles Taylor. . [et al.]; edited and introduced by Amy Gutmann. Preston, 1994. P. 30.

¹³⁹ Ibid. P. 43-44.

¹⁴⁰ Ibid. P. 62.

¹⁴¹ Ibid. P. 59-61.

обрели невиданные ранее возможности, они зачастую подспудно чувствуют печаль, дискомфорт и одиночество; либеральное общество, – сетуют коммунитаристы, – разобщено и разлагается, так как люди со временем утрачивают чувство ответственности. Однако, как утверждает М. Уолцер, "никакая коммунитаристская критика, какой бы проникновенной она ни была, никогда не станет чем-то большим, чем непостоянная черта либерализма"¹⁴². По мнению этого мыслителя, многие либеральные ценности сегодня воспринимаются как неоспоримые, а коммунитаризм направлен лишь на исправление некоторых недостатков либерализма, вроде концепции нейтрального государства. Либеральное государство, утверждает Уолцер, если оно желает оставаться таковым, должно помогать тем социальным объединениям, "которые, как предполагается, в наибольшей степени обеспечивают структуры и цели, содействующие общим ценностям либерального общества"¹⁴³. В качестве примера Уолцер приводит Закон Вагнера 1935 г., содействовавший профсоюзному движению, а также выделение грантов религиозным группам, открывающим дома престарелых и больницы. Таким образом, поддерживая определенные социальные институты и цели, государство может выделять и высоко оценивать определенные нравственные ценности, оставаясь при этом либеральным. Уолцер, правда, признавал, что его позиция обусловлена ценностями общества, в котором он живет, и не является универсальной¹⁴⁴.

Придерживаясь традиции понимания справедливости как явления, зависящего от наших представлений о добродетелях, М. Сэндел также отмечает, что родоначальник этой традиции Аристотель был защитником рабства, и этот факт бросает на нее тень¹⁴⁵. Сэндел приходит к выводу, что защита рабства является неправильным применением правильного по существу подхода. Таким образом, он также придерживается неких базовых ценностей, связанных с равенством, нарушение которых считает в любом случае недопустимым.

Еще один коммунитарист – А. Этциони – прямо заявляет: "можно рассматривать как безусловный императив то, что каждому – просто в силу того, что он является человеком – дарован определенный базовый минимум прав"¹⁴⁶. Идеал справедливости он видит в "социуме,

¹⁴² Walzer M. The Communitarian Critique of Liberalism. // Political Theory, Vol. 18, No. 1 (Feb., 1990). P. 6.

¹⁴³ Ibid. P. 17.

¹⁴⁴ Константинов М.С. Коммунитаристская критика либеральной концепции моральной нейтральности. // Политическая концептология № 4, 2013. С. 247.

¹⁴⁵ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 235-239.

¹⁴⁶ Этциони А. От империи к сообществу. М., 2004. С. 230.

бдительно стоящем на страже фундаментальных прав и свобод личности, но одновременно воспитывающем в гражданах уважение к коллективным благам – таким как безопасность родины и защита окружающей среды"¹⁴⁷. Ученый отмечает ряд получивших распространение моделей, в которых "универсальным правам отдается приоритет по сравнению с общинными связями и партикуляристскими ценностями, однако последние все же признаются легитимными"¹⁴⁸ в некоторых областях. В рамках данных моделей на первое место выдвигаются некоторые всеобщие права, утверждаемые, как правило, на национальном уровне, но отдельным этническим, религиозным или территориальным общностям внутри государства представляется значительная автономия, которая, впрочем, не должна быть "косвенной формой нарушения чьих-то прав". Таким образом, Этциони также выступает за приоритет неких самоочевидных ценностей, в данном случае в виде всеобщих фундаментальных прав, в которых, как мы полагаем, имплицитно содержится идея равенства.

В своей брошюре "Третий путь к хорошему обществу" А. Этциони делает следующий набросок коммунитаристского общественного идеала: "Хорошее общество – это такое общество, в котором люди обращаются друг с другом как с целями в себе, а не только как со средствами; скорее как с целостными личностями, чем с фрагментами; как с членами сообщества, связанными узами привязанности и преданности, а не только как с работниками, продавцами и покупателями или даже согражданами"¹⁴⁹. Этот эскиз автор конкретизирует далее следующим образом. Во-первых, он замечает: "Этический принцип, согласно которому с людьми нужно обращаться как с целями, а не только как со средствами, является общепризнанным"¹⁵⁰. Каждый человек имеет "неотчуждаемые индивидуальные права" и заслуживает равного уважения, а также удовлетворения базовых потребностей, связанных с человеческим достоинством (в питании, жилье, одежде, здравоохранении¹⁵¹). Следовательно, можно выделить "базовые ценности хорошего общества", такие как отсутствие внешних и гражданских войн, недопустимость преступлений против личности, а также любого нарушения индивидуальной автономии, если только это не является "строго необходимым для общественных нужд"¹⁵². Во-вторых, каждый индивид не

¹⁴⁷ Там же. С. 31.

¹⁴⁸ Там же. С. 62.

¹⁴⁹ Etzioni A. *The Third Way to a Good Society*. London, 2000. P. 11.

¹⁵⁰ *Ibid.* P. 12.

¹⁵¹ *Ibid.* P. 31.

¹⁵² *Ibid.* P. 11.

только пользуется основными правами, но и несет определенные обязательства. Основными обязанностями каждого являются обязанность содействия общему благу (в меру своих возможностей) и обязанность относиться к другим как к целям в себе, а не только как к средствам¹⁵³. Здесь следует отметить, что когда Этциони говорит об общем благе, он вовсе не имеет в виду какую-либо определенную "концепцию блага". Речь идет лишь о том, что поскольку общество процветает лишь тогда, когда найдено определенное сочетание между единством и многообразием, установление общих рамочных обязательств неизбежно. Однако такой подход вряд ли чем-то отличается от либерального, и раз Этциони прямо пишет, что хочет найти "золотую середину" между тоталитаризмом и либертарианством, нельзя не заметить, что и современный либерализм также направлен на поиск такой "золотой середины"¹⁵⁴.

Вышеизложенное позволяет поставить вопрос: действительно ли коммунитаристы считают, что благо предшествует праву? Представляется, что общим для них является следующий тезис: необходимость учета моральных воззрений конкретных обществ еще не говорит, что эти моральные воззрения могут стоять выше некоторых универсальных требований, связанных с равной заботой и уважением. Единственным среди коммунитаристов последовательным критиком таких универсальных требований является А. Макинтайр, писавший относительно прав человека: «не существует таких прав, и вера в них того же рода, как вера в ведьм и единорогов»¹⁵⁵. Однако причина, по которой ученый отвергает права человека, состоит в том, что сам по себе факт необходимости тех или иных благ для того, чтобы человек мог быть рациональным субъектом, не означает, что человек имеет какие-либо права в отношении этих благ, и уж тем более, что данные права следует универсализировать¹⁵⁶. Автор, таким образом, отрицает лишь обоснованность, но не необходимость прав человека. Одновременно с этим Ма-

¹⁵³ Ibid. P. 30-31. Основные обязанности не всегда коррелируют с основными правами: так, ущемление кого-либо в основных правах – само по себе не повод для освобождения его от основных обязанностей, а неисполнение кем-либо основных обязанностей не является поводом для полного лишения его основных прав.

¹⁵⁴ Действительно, такой либеральный мыслитель, как О. Хёффе, настаивает, что первое требование справедливости – выгода для каждого. См. Хёффе. О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 238. Естественно, это накладывает на членов общества определенные обязательства по поддержанию общего блага. Но отсюда, по Хёффе, следует лишь необходимость публичной власти, а не навязывания определенной концепции блага. Ведь блага могут быть универсальными (необходимыми каждому), такие как жизнь, безопасность и т.п.

¹⁵⁵ Макинтайр А. После добродетели. М., 2000. С. 101.

¹⁵⁶ Там же. С. 97-98.

кинтайр отстаивает добродетели, которые «требуются для поддержания дома и политической коммуны, где мужчины и женщины могут вести поиск блага»¹⁵⁷, и подчеркивает, что нахождение своей идентичности в принадлежности к различным коммунам «не означает, что Я должно принять моральные ограничения конкретных форм коммуны»¹⁵⁸. Таким образом, основная задача идеи прав человека выполняется данным автором в категориях этики добродетелей. Однако опровержение последней не входит в цели настоящей работы.

Некоторые разъяснения. В научных дискуссиях относительно либерализма и коммунитаризма зачастую одна проблема подменяется другими.

Так, опровержение тезиса, согласно которому благо предшествует праву, в действительности потребует опровержения аристотелевской «этики добродетелей» как таковой. Но, как мы убедились ранее, далеко не все коммунитаристы вообще признают ее примат над «этикой правил» (последняя может существовать в виде деонтологической или утилитарной этики). Поэтому спор либералов и коммунитаристов уже, чем спор Аристотеля с Кантом/Бентамом&Миллем. Относительно последнего спора мы можем лишь кратко выразить свою позицию, которая заключается в том, что последовательное проведение этики добродетелей выливается в релятивизм¹⁵⁹.

Существует еще две проблемы, поднимаемые коммунитаристами, и которые нельзя не рассмотреть. Одна из них касается учета моральных заслуг, а другая – целей социальных институтов.

Так, Сэндел упрекает Ролза в том, что тот при распределении материальных благ не считал необходимым принимать во внимание моральные заслуги (*moral desert*). Согласно Ролзу, мы не заслуживаем не только своих талантов, которые распределяются нам случайным образом, но и вознаграждения за усилия, которые мы затратили на развитие данных талантов, поскольку эти усилия связаны с нашим харак-

¹⁵⁷ Там же. С. 296.

¹⁵⁸ Там же. С. 298.

¹⁵⁹ Не случайно А. Макинтайр: а) указывая на неразрешимость спора между «этиками правил» Ролза и Нозика, не предлагает своего решения спора с точки зрения «этики добродетелей» (простое указание на необходимость учета «заслуг» побуждает лишь усовершенствовать этику правил, а не отвергнуть ее); б) критикуя позицию Дворкина о том, что Верховный суд США руководствуется совокупностью высших принципов, предлагает взамен весьма странное видение этого суда как «примирителя через переговоры» в условиях беспристрастности (но основе каких критериев?); в) на высказанные ему упреки в релятивизме не может дать вразумительного ответа, признавая, что может не существовать рационального способа разрешить конфликт двух моральных традиций. См. Макинтайр А. Указ. соч. С. 331-343, 342-343, 368-374 соответственно.

тером, зависящим от множества случайных факторов, и неподвластными нам социальными обстоятельствами. Более того, случайной является та ценность, которая придается тем или иным талантам в конкретном обществе. Соответственно, справедливость не может пониматься как вознаграждение за моральные заслуги, ибо совершенно не ясно, кто и что именно заслужил. Сказанное не означает, что мы должны предоставлять больше преимуществ наименее талантливым, максимально уравнивать возможности для развития талантов, а также полностью контролировать спрос и предложение на рынке. Такая уравниловка обязательно превратится в сущий кошмар (подобный тому, который описывает Курт Воннегут в рассказе "Гаррисон Бержерон"). Вместо этого, пишет Ролз, мы могли бы "улучшить долговременные ожидания наименее преуспевших", а именно установить такую социальную систему, при которой разбогатевшие люди должны были бы часть своих доходов отдавать менее успешным согласно принципу различия. "Никто не заслуживает ни больших по сравнению с другими природных способностей, ни привилегий в получении более предпочтительного стартового места в обществе. Но, конечно, это не причина для того, чтобы игнорировать, и уж тем более устранить все эти различия. Вместо этого базисная структура может быть устроена так, что эти случайности будут работать во благо наименее преуспевших"¹⁶⁰. Используемое здесь выражение "моральные заслуги" может сбить с толку, ведь на самом деле спор идет не о морали, а о детерминизме. Здесь уместен другой термин – "добросовестные усилия". Вопрос, стало быть, в том, возможно ли вообще вычленить личные добросовестные усилия человека по достижению материальных благ, или его воля – лишь продукт случайных обстоятельств. От этого зависит, учитываются ли эти усилия при распределении материальных благ. Представляется, что Ролз неправ, когда говорит, что добросовестные усилия не подлежат установлению, ведь факт предопределенности не исключает оценки человеческой воли (с точки зрения права, морали, других социальных регуляторов). Даже в рамках детерминизма воля человека является сама одной из причин тех или иных явлений. Таким образом, предложенная Ролзом концепция на первый взгляд привлекательна, однако она чревата крайним фатализмом, будто от человека вообще ничего не зависит. Так или иначе, тезис Ролза еще не означает, что он исключает любые моральные оценки людей. Речь, по сути, идет об учете "добросовестных усилий", а не "моральных заслуг", а это совсем другая проблема.

¹⁶⁰ Ролз Дж. Теория справедливости. М. 2010. С. 98.

Мы должны учитывать добросовестные усилия людей, но мы не должны распределять блага согласно "заслугам" (т.е. пропорционально размеру вклада в общее благо, как того хотел Аристотель), ведь результат мог быть полностью predetermined стартовыми возможностями.

Аристотель много рассуждает о том, что именно находится во власти человека, а что нет, и в целом его концепция весьма убедительна. Во-первых, он утверждает, что "добродетели не даются нам от природы и не возникают помимо природы, но мы от природы имеем возможность приобрести их, путем привычек же приобретаем их в совершенстве"¹⁶¹; и если люди говорят, что по своему характеру неспособны на добродетели, то возможно они "сами виновны, что стали такими, живя распутно; сами виновны и в том, что они несправедливы и невоздержны, так как одни проводили жизнь в преступлениях, другие в пьянстве и т.п."¹⁶², "всякий в известном отношении виновник собственного характера"¹⁶³. Таким образом, добродетели и характер человека в большей степени являются продуктами усилий по их формированию, а не случайностью. Во-вторых, хотя Аристотель признавал существование природных и социальных случайностей¹⁶⁴, но призывал отличать их от результатов человеческой воли: "кто природой обезображен, того никто не хулит, а только тех, которые обезображены от недостатка телесных упражнений и небрежности; то же относится и к телесной слабости и искалечению: никто не станет бранить слепого от природы, или от болезни, или от удара, а станет жалеть его; но всякий станет хулить [ставшего слепым] от пьянства или иного вида невоздержанности"¹⁶⁵. В-третьих, мыслитель подробно разрабатывает категории произвольного (умышленного, т.е. намеренного или совершенного под влиянием страсти) и непроизвольного (неумышленного, когда человек "не причастен самому действию", например, когда нечто совершается по неведению с последующим раскаянием), замечая, что подобное разделение будет полезно для законодателя¹⁶⁶. Сказанное напоминает нам о том, что нужно учитывать не только природные и социальные случайности, на которых сосредоточил внимание Ролз, но

¹⁶¹ Аристотель. Этика. М., 2018. С. 55.

¹⁶² Там же. С. 108-109.

¹⁶³ Там же. С. 111.

¹⁶⁴ Там же. С. 215-216. Аристотель признает, что несправедливость может быть "от природы".

¹⁶⁵ Там же. С. 110.

¹⁶⁶ Там же. С. 88-99, 215-220.

и "добросовестные усилия" каждого человека¹⁶⁷. Но это еще не доказывает, что мы должны распределять общественные блага согласно "моральным" или каким-либо иным заслугам ("достоинству", "вносам в общественную казну"¹⁶⁸), ведь этот тезис означал бы учет только половины значимых обстоятельств, и не учитывал бы то, легко ли дались человеку те или иные заслуги. Симпатии Аристотеля к иерархичному обществу, где одни люди априори более значимы, чем другие, наиболее диссонируют с идеалом справедливости.

Помимо этого, М. Сэндел утверждает, что для оценки справедливости тех или иных действий мы должны принимать во внимание цели соответствующих социальных институтов. Эта идея также восходит к Аристотелю, который отмечал, что каждым из искусств заниматься должен именно тот, кто имеет соответствующие способности (врач – лечением, повар – приготовлением еды и т.п.); распределение государственных должностей также должно зависеть от качеств, необходимых для властвования, цель которого – общее благо. Сэндел по-своему применяет эту идею. В чем, спрашивает он, цель чирлидинга: развлечь и поддержать команду или развить определенные спортивные навыки? Исходя из этого решается вопрос о том, могут ли девушки-инвалиды быть чирлидершами. В чем цель университетов? Если мы хотим подготовить узкого специалиста, важны одни задатки, если же воспитываем научные кадры – требуются другие задатки; отсюда решение вопроса о справедливых критериях поступления в вуз. Какова цель брака? Отвечая на этот вопрос, мы допускаем или запрещаем однополые браки и полигамию¹⁶⁹. Сэндел пытается показать, что цель социальных практик всегда морально окрашена. Однако, опять же, даже если это так, данный факт не говорит о предшествовании блага праву. Ответить на сомнения ученого можно, во-первых, вышеприведенной цитатой Уолцера, согласно которой необходимо поддерживать те социальные институты и практики, которые в наибольшей степени соответствуют ценностям либерального общества (т.е. требованиям справедливости), а во-вторых, тем замечанием, что универсальная теория

¹⁶⁷ И, надо сказать, под влиянием критики Ролз признал, что человек, целыми днями занимающийся серфингом на Малибу, не вправе рассчитывать на общественные фонды. Ролз Дж. Идея блага и приоритет права. // Современный либерализм. М., 1998. Сноска на стр. 83-84. Здесь автор, по сути, впервые учитывает первичное благо досуга и корреспондирует его благо дохода: если ты беден, но и не пытался изменить это, значит ты выбрал досуг вместо богатства.

¹⁶⁸ Аристотель. Этика. М., 2018. С. 195, 197.

¹⁶⁹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 217-220, 225-226, 296-304.

справедливости не отрицает универсальной нравственности (правил внутреннего воления) или уникальных культурных феноменов (соответствующих требованиям справедливости, то есть сохраняющих для индивидов возможность выбора концепций блага), которые также могут поддерживаться государством. "Альтруизм и благожелательность, например, абсолютно совместимы с этим либерализмом, и ни одна из его предпосылок не препятствует их культивированию"¹⁷⁰. Существуют также социальные практики, в отношении которых нельзя уверенно сказать, насколько они содействуют или вредят воплощению справедливости; государство может просто относиться к ним нейтрально. Справедливость тех или иных установлений внутри социальных практик действительно будет зависеть от их целей, цели же должны определяться заинтересованной общественностью: "дом знает не только тот, кто его построил, но о нем еще лучше будет судить тот, кто им пользуется, т.е. домохозяин; точно так же руль лучше знает кормчий, чем мастер, сделавший руль, и о пиршестве гость будет судить правильнее, нежели повар"¹⁷¹. Короче говоря, наличие определенных целей у различных учреждений и действий – очевидно, но предпочтение одной цели другой вполне может быть аргументировано в рамках кантовско-ролзовского либерального проекта. Чего этот проект не допускает, так это принуждения индивида участвовать в практиках и институтах, чьи внутренние блага он не разделяет. Необходимость выбора между различными целями само по себе не имеет отношения к вопросу о предшествовании права благу. С позиций сегодняшнего дня кажется уязвимой позиция Аристотеля, согласно которой у человека имеется некое метафизическое предназначение (*telos*), но если так, то основные права и свободы должны иметь приоритет над любыми представлениями о человеческом предназначении.

Наконец, следует обратить внимание на четвертый случай подмены проблемы. Коммунитаристы исходят из аристотелевского тезиса, что "человек по своей природе существо политическое"¹⁷², не существует вне сообщества, и значим лишь постольку, поскольку вносит вклад в общее благо. Тем самым они хотят подчеркнуть приоритет сообщества. Однако, даже если оставить в стороне крайне сомнительную идею Аристотеля, согласно которой значимость человека определяется его вкладом в общее достояние, совершенно очевидно, что как человек

¹⁷⁰ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 204-205.

¹⁷¹ Аристотель. Политика. М., 2018. С. 94.

¹⁷² Аристотель. Этика. М., 2018. С. 27, 205-206.

не существует вне общества, так и общество не существует без человека; личность и социум взаимосвязаны и взаимозависимы. Между тем, из этого социологического факта еще не следует какой-либо концепции справедливости: мы не должны подменять социологическим описанием суждения о должном. Следовательно, приоритет сообщества необходимо обосновывать иными средствами. Гипотеза "общественного договора" с ее индивидами-атомами нужна либералам исключительно для того, чтобы выводить идеал справедливости из самоценности личности, но это не означает, что они не замечают реальной взаимосвязи личности и общества. Критика их с таких позиций – это подмена проблемы. Действительная критика либеральной позиции должна исходить из постулирования самоценности общества. Аристотель, например, пишет: "Имущество же [раб] и дитя в известном возрасте, пока оно еще не отделилось от семьи, составляют как бы часть господина, а никто преднамеренно не станет вредить самому себе; поэтому-то не может быть несправедливости относительно себя"¹⁷³. Тем самым философ утверждает, что первичным "атомом" теории справедливости должна быть семья, а не индивид: всё, что происходит внутри семьи, априори не может быть несправедливым. Но тогда допустимыми оказываются домашнее насилие, внутрисемейная дискриминация, рабство и т.п. Сомнительно, что кто-либо из современных философов готов поддерживать такую позицию.

Итак, либеральный проект не принижает моральные воззрения, а наоборот, продвигает вполне определенные нравственные идеалы. Коммунитаристы в лице Ч. Тейлора, М. Сэндела, М. Уолцера, А. Этциони в действительности придерживаются неких фундаментальных ценностей, которые они ставят выше любой концепции блага, то есть остаются в рамках данного проекта, а их попытки отдать приоритет представлениям о благой жизни зачастую ведут к подмене самой проблемы.

¹⁷³ Там же. С. 212.

Глава вторая. Политическая справедливость

Под политической справедливостью мы понимаем справедливость правовых и иных норм, регулирующих отношения в сфере осуществления государственной власти, в частности норм, определяющих форму государства. Понятие государственной формы мы употребляем в традиционном для теории государства и права значении как способа организации политической власти, представляющего собой триединство формы правления (монархия/республика), формы государственного устройства (федерация/унитаризм) и политического режима (демократия/антидемократия).

В данной главе мы не станем углубляться в схоластические споры о том, какая именно форма государства является наилучшей. Очевидно, что для каждого места и времени, в зависимости от множества обстоятельств, такая форма будет своей. Однако мы считаем необходимым рассмотреть как минимум один идеал, называемый в литературе «базовой метафорой современности», своеобразным политическим «Символом Веры» модерна¹⁷⁴ – идеал представительной демократии. По нашему мнению, на такой статус всё же претендует не демократия, а принцип равенства. Демократия же сама выводится из данного принципа, когда мы, например, говорим о равном праве каждого гражданина на участие в управлении государством. Более того, наиболее убедительная критика демократии ведется как раз с позиций обеспечения равенства: так, ни одно решение, принятое демократическим путем, не должно санкционировать дискриминацию. Вот почему идеал демократию следует считать не фундаментальным принципом справедливости, а лишь главным принципом частной политической справедливости. Но является ли этот принцип абсолютным? Ведь равные права на участие можно обеспечить не только путем создания представительных органов, а «правило большинства» далеко не всего ведет к принятию справедливых решений. Об этом, в основном, и пойдет речь.

Помимо вопроса о том, как должна быть устроена власть, политическая справедливость касается и вопроса о том, допустимо ли неповиновение власти. Однако дискурсы, связанные с т.н. «правом на восстание», свойственны скорее эпохе буржуазно-демократических революций, чем сегодняшней философии. Мы рассмотрим более актуальный вопрос о допустимости гражданского неповиновения, не предпо-

¹⁷⁴ Мартьянов В.С. Метаморфозы российского модерна. Екатеринбург, 2007. С. 12, 24.

лагающего свержение или захват власти. Поскольку гражданское неповиновение представляет собой способ выражения гражданской позиции, и связано не столько с личной выгодой, сколько с чувством справедливости, постольку его нельзя рассматривать исключительно как правонарушение: оно есть еще и политическое действие. В конечном счете, институционализация гражданского неповиновения вновь оправдывается защитой правопорядка, обеспечивающего равную заботу и уважение по отношению к гражданам.

§ 1. Общественное мнение и справедливость

В современной юридической науке активно обсуждается вопрос о том, должен ли (и всегда ли, при каких обстоятельствах и т.п.) законодатель учитывать общественное мнение? При этом зачастую следованию общественному мнению противопоставляется принцип целесообразности, под которым авторы понимают (правда, не всегда это в достаточной мере эксплицируют) стремление к некоторому базовому идеалу, отличному от общественного мнения. Поскольку сам этот идеал может пониматься различно (кантиански, утилитаристски, аристотельянски и т.п.), постольку и целесообразность оказывается размытым понятием. Мы полагаем, что уместнее говорить о соотношении общественного мнения и справедливости.

Так или иначе, мы должны сразу оговорить, что мы понимаем под общественным мнением. И здесь сразу всплывает давно подмеченное социологами различие между тем, что люди говорят, и тем, что они делают; при этом действительные убеждения людей могут по самым разным причинам не совпадать ни с тем, ни с другим¹⁷⁵. Например, в середине XX века в США был проведен социальный опрос, в котором американцам предполагалось ответить на два вопроса: 1) Созданы ли все люди равными?; и 2) Равны ли негры и белые? В северных штатах на первый вопрос положительно ответило 79%, однако на второй лишь 21%; в южных штатах цифры были соответственно 61% и 4%. Такой результат объясняется тем, что респонденты не хотели высказываться против общепризнанной идеологии равенства, тогда как в душе не готовы были её принять¹⁷⁶. Сказанное можно продемонстрировать и на примере восприятия коррупции в российском обществе. Данная проблема, с одной стороны, в достаточной мере осознаётся обществом: ей посвящено множество общественных дебатов и научных трудов, соци-

¹⁷⁵ Вятр Е. Социология политических отношений. М., 1979. С. 397-391.

¹⁷⁶ Фромм Э. Психоанализ и религия. // Сумерки богов. М., 1989. С.183.

альные опросы показывают понимание людьми таких негативных последствий коррупции, как замедление экономического роста и усиление социального неравенства. С другой стороны, по оценкам международной неправительственной организации Transparency International уровень озабоченности российских граждан проблемами коррупции является одним из самых низких в мире (с 2007 года Россия занимает в соответствующем рейтинге места с 119 по 154, соседствуя с такими странами, как Того, Мавритания или Уганда¹⁷⁷). Сказанное означает, что упомянутые научные и социальные дискуссии о вреде коррупции – не более чем лицедейство, следование модному тренду, на самом же деле многие граждане России не готовы отказаться от дачи взятки там, где это сулит им быстрое решение проблем, а от получения взятки их удерживает не мораль, а страх юридической ответственности¹⁷⁸. По всей видимости, при анализе общественного мнения с точки зрения его значимости для теории справедливости мы должны исходить именно из реальных убеждений людей, обеспечивающих их предрасположенность к конкретной деятельности, хотя законодатель, конечно, для обеспечения более эффективного правового регулирования, должен принимать во внимание любые фактические слова и действия народных масс.

Но должны ли мы различать простую совокупность различных убеждений и убеждение общества в целом? Данное разграничение берет свое начало еще у Руссо, который противопоставлял общую волю и волю всех. Он писал: «Часто существует немалое различие между волею всех и общею волею. Эта вторая блюдет только общие интересы; первая – интересы частные и представляет собой лишь сумму изъявлений воли частных лиц. Но отбросьте из этих изъявлений воли взаимно уничтожающиеся крайности; в результате сложения оставшихся расхождений получится общая воля»¹⁷⁹. Вместе с тем, указанное разграничение с самого начала вызывало обоснованную критику. Ведь вполне возможно, что даже если граждане достаточно осведомлены, никем не принуждаемы и не стремятся с помощью голосования пролоббировать свой частный интерес, исключение взаимно уничтожающих крайностей не даст нам ровным счетом ничего. Другие мыслители полагают, в обществе публично высказываются самые различные точ-

¹⁷⁷ См.: Интернет-сайт Transparency International. URL: <http://www.transparency.org/research/cpi>

¹⁷⁸ См. результаты опроса ВЦИОМ от 04.07.2006, URL: <http://old.wciom.ru/arkhiv/tematicheskii-arkhiv/item/single/2850.html>. Или же схожие результаты за 2018 г. по данным исследования ВШЭ, URL: <https://www.mk.ru/social/2018/10/16/issledovanie-pokazalo-chto-rossiyane-vseuvazhitelnee-otnosyatsya-k-korruptcii.html> (дата обращения 02.02.2020).

¹⁷⁹ Руссо Ж.-Ж. Трактаты. М., 1969. С. 170.

ки зрения, и только «путём их столкновения формируется доминирующее течение общественного мнения, часто называемое попросту общественным мнением»¹⁸⁰. С точки зрения данного подхода, изначально преобладающие в количественном отношении взгляды могут не совпадать со сформировавшимся на основе всех имеющихся взглядов общим мнением. Это связано, помимо прочего, с тем, что в человек в различных ситуациях проявляет себя то как член гражданского общества, то как член политического союза (гражданин), а именно: сначала его мнение основывается на понимании своих частных интересов, но после соотношения их с другими частными интересами у него вырабатывается иное мнение, основывающееся на его представлениях уже об общественном интересе. Правда, в таком случае не ясно ни то, каков уровень общественных дебатов должен иметь место, чтобы общественное мнение вообще сформировалось, ни то, как на практике различить частное и гражданское мнение одного и того же человека. Поэтому, по всей видимости, общественным мнением следует считать широко распространенное в обществе мнение, то есть такую совокупность частных мнений, которая свойственна большинству представителей исследуемой социальной группы.

Анализ показывает, что по вопросу соотношения законов и общественного мнения сегодня в науке сложились две противоположных позиции.

Первая состоит в представлении о том, что в периоды социальной нестабильности, когда общественное мнение возбуждено и крайне неустойчиво, изучать его надо «лишь для того, чтобы учитывать как ограничивающий фактор, который надо знать, чтобы убеждать, воспитывать, избегать взрывов». В такие моменты гораздо важнее, считают сторонники данной позиции, «наличие компетентных людей, способных принимать квалифицированные решения»¹⁸¹.

На это справедливо возражают, что в прошлом веке российское государство уже имело опыт пребывания у власти «компетентных людей», занимавшихся «убеждением и воспитанием граждан», вместо того чтобы считаться с их мнениями, и этот опыт вряд ли можно назвать удачным. Сохраняя сам принцип такого подхода, мы рискуем снова совершить те же ошибки, а именно неверно отразить в законе общественный интерес, и навязывать этот закон с помощью репрес-

¹⁸⁰ Вятр Е. Указ.соч. М., 1979. С. 396.

¹⁸¹ Карцева И. Общество, лишенное мифов: Изложение содержания доклада В.Э. Шляпентоха в Институте социологии АН СССР // Социол. исследования. 1991. №1. С.157.

сивных механизмов¹⁸². Поэтому правотворчество необходимо осуществлять в соответствии с общей волей народа.

На наш взгляд, обе представленные точки зрения содержат в себе рациональное зерно.

Прежде всего, не следует забывать, что общественное мнение народа может неправильно отражать его действительные потребности. Так, в условиях социальных потрясений общественное мнение нестабильно и легкоуправляемо, и потому неразумно ставить его во главу угла. Также и в условиях острой необходимости социальных реформ, неосуществление которых грозит в будущем резким ухудшением благосостояния общества, общественное мнение может оказаться неготовым к переменам, и поэтому правильнее будет изменять его, а не потакать пагубным устоям. Можно привести примеры из российской истории. Так, в начале XX века государственная власть в России пришла к чёткому осознанию неэффективности сельской общины как хозяйственной единицы и необходимости во благо нормального экономического развития страны разрешить крестьянам свободный выход из общины (на хутор или на отруб)¹⁸³. Однако общинные крестьяне крайне негативно относились к тем, кто воспользовался предоставленным правом на выдел¹⁸⁴. Таким образом, подавляющее большинство населения страны негативно относилось к целесообразной по своей сути правовой норме. Другой пример имел место в СССР. Конституция СССР 1977 года устанавливала, что руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза (КПСС). В литературе утверждается, что «долгие годы эта формулировка разделялась и поддерживалась подавляющим большинством граждан»¹⁸⁵. В то же время известно, что командная экономика, поддерживаемая КПСС, к тому времени уже обнаружила свою принципиальную неэффективность, а сам партийный аппарат становился всё более коррумпированным. То есть, большинство людей поддерживало нецелесообразную правовую норму. В обоих

¹⁸² Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006. С.780.

¹⁸³ С тем, что община являлась неэффективной хозяйственной единицей, причиной нищеты населения, соглашается подавляющее большинство историков. См., напр.: История России с древнейших времен до наших дней: учебник. / Под ред. Сахарова А.П. М., 2012. С. 577. См. также Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник. М., 2005. С.213-214.

¹⁸⁴ См., напр.: Фёдоров В.А. История России 1861-1917. М., 2000. С. 264. Автор пишет о порче скота и посевов, поджогах хуторских хозяйств, избиениях самих хуторян. «Мотивами таких действий... обычно были корысть, зависть, месть, даже озорство и хулиганство». См. также Козлов С. Проснувшаяся деревня. // История. 2007. №12. С. 22.

¹⁸⁵ Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. М., 1994. С.70.

случаях, как мы полагаем, имеет место неверное осознание людьми своих же собственных интересов. Резюмировать можно словами А. Гамильтона, который выразился о соотношении общественного мнения и мнения членов представительного органа власти: «Когда интересы людей расходятся с их склонностями, долг лиц, назначенных быть хранителями этих интересов, воздержаться от преходящих заблуждений, дать время и возможности для хладнокровных и уравновешенных размышлений»¹⁸⁶.

Кроме того, как пишет С.С. Алексеев, «необходимо с должной строгостью отдавать ясный отчет в том, что негативные стороны характерны не только для юридического регулирования..., но в не меньшей мере и для морали... Наряду с общепринятой и передовой моралью существует и порой сохраняет крепкие позиции мораль отсталая, архаичная, фиксирующая порядки, отвергнутые историей и прогрессом»¹⁸⁷. Вышеприведенные примеры лояльного отношения к коррупции в современной России или лояльного отношения к расовой дискриминации в США в середине XX века показывают верность данного тезиса. Моральное разложение в Древнем Риме конца республиканского периода и в России начала 1990-х также может рассматриваться как его подтверждение. В результате, мы получаем еще один аргумент против безусловного учета общественного мнения, даже если оно квалифицировано и не является следствием политтехнологических манипуляций. Мы видим, что население лояльно относится к коррупции, но означает ли это, что менять общественное мнение и общественную мораль не следует? Отнюдь. То же самое относится и к другим проблемам морали российского общества. Председатель Конституционного суда РФ В.Д. Зорькин отмечал, в частности, nepотизм (кумовство) и экстремистское правосознание¹⁸⁸. Короче говоря, законодательство не всегда должно отражать общественную мораль; в некоторых ситуациях оно призвано менять её возможными мерами.

Традиция критики общественного мнения проходит через все Новое и Новейшее время. Одним из первых философов, критически рассмотревший данный феномен, был Ф. Бэкон (1561–1626). Широко известно его учение о трех видах предрассудков – идолах познания, которыми преисполнено общественное мнение. Эти три вида таковы: 1) идолы площади – привычки людей опираться на распространенные

¹⁸⁶ Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М., 1994. С. 468.

¹⁸⁷ Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 213.

¹⁸⁸ Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Рос. газ. 2010. №5217. С.17.

представления и стереотипы, и некритическое их восприятие; 2) идолы театра – склонность людей безусловно верить в авторитет, в частности, в авторитеты философских систем древности, со всей торжественностью преподносимые людям наподобие театральных представлений; 3) идолы пещеры – заблуждения, возникающие от особенностей чувств и неверных жизненных впечатлений отдельного человека, которые всегда нужно сопоставлять с опытом других людей. О склонности человека к конформности и заимствованию мнения других писал и Дж. Локк. Иными словами, реальную, и тем более взвешенную позицию человека общественное мнение отражает далеко не всегда. Мыслители Просвещения, в свою очередь акцентировали внимание на том, что извращенные мнения и заблуждения специально поддерживаются деспотической властью, и поэтому задача стоит в том, чтобы изменить общественное мнение, а не следовать ему. В начале XX века У. Липпман показал стереотипность и упрощенность общественного мнения, которое в условиях постоянно усложняющихся в мире процессов и не может быть иным, и с этих позиций критиковал демократию. Наконец, середине XX века Э. Фромм (1900–1980) разработал свое собственное учение о т.н. социальном характере. Он писал, что причины, по которым социум может неправильно осознавать свои действительные потребности и интересы, связаны с объективными внешними условиями и с той социальной системой, которая является ответной реакцией на эти условия. Любой член общества изначально воспитывается так, чтобы иметь возможность функционировать в соответствии с требованиями устоявшейся социальной системы. Семья, являясь агентом общества, заботится о том, чтобы ребёнку с раннего детства хотелось действовать именно так, как он должен действовать. В результате, согласно Фромму, вырабатывается так называемый «социальный характер», то есть доминирующая в обществе ценностная ориентация. При этом не соответствующие сложившимся ценностям мысли и чувства у большинства членов общества вытесняются в бессознательное. Это означает, что данные мысли и чувства будут отрицаемы под любым предлогом, поскольку их допущение означало бы вызов всему обществу и его системе. Однако если объективные условия меняются, возникает необходимость изменить как социальную систему, так и соответствующие ей ценности. И в этом случае большинство членов общества, скорее всего, окажется неготовым к таким переменам, всячески отрицая их значимость; доминирующее общественное мнение будет

противоречить общественным интересам¹⁸⁹. На этом, собственно, и основывается марксистская критика современного общества потребления, поскольку каждый человек в нем пытается пробудить в другом человеке надуманные вожелания, и в итоге взаимный обман становится смыслом жизни¹⁹⁰. Это, в свою очередь, ведёт к вечному недовольству и повсеместному эгоизму, поэтому капитализм, согласно Марксу, априори не может сделать людей счастливыми, не служит общему благу. Однако сложившаяся система ценностей не позволяет людям осознать этого.

Итак, законы действительно не всегда должны соответствовать общественному мнению. Говоря обобщённо, законы должны ориентироваться не столько на общественное мнение, сколько на общественные потребности и интересы, понятые в русле идеи справедливости (равенства). «Ведь в конечном итоге законодателю нужно не мнение (даже если это и общественное мнение), а знание, точнее – достоверное знание о тех социальных потребностях и интересах, которые скрываются за теми или иными мнениями»¹⁹¹. Иными словами, общественное мнение имеет не нормативное значение, а значение некоторого маркера. Конечной целью как права, так и морали и других социальных регуляторов является справедливость, которая отвечает на вопрос о том, какие именно потребности и интересы следует удовлетворять и защищать, а какие нет. В юридической литературе, поэтому, верно отмечается, что ответственные депутаты – суть те, которые «интересуются не только тем, что люди думают сегодня, но и тем, как изменить их установки, убедить согласиться с тем, с чем они сейчас не согласны, принять закон, пусть даже он сегодня кажется неприемлемым»¹⁹². Именно этот подход в большей степени соответствует традиции русской философии права. Так, С.И. Гессен рассматривал общую волю народа не как готовую сущность, которую отображает представительный орган, а "как цель или как задание политического действия. Задача всякого акта

¹⁸⁹ См. подробнее: Фромм Э. По ту сторону порабощающих нас иллюзий. Дзен-буддизм и психоанализ. М., 2010. С. 85-160. Здесь же следует отметить мнение Г. Маркузе, который утверждал, что современная цивилизация построена таким образом, что большинство людей попросту не осознаёт своего рабства и отчуждённости от подлинной жизни. См.: Хинтибидзе Ц.Ч., Горозия В.Е. Маркузеанская критика западной цивилизации. // Человек. Государство. Глобализация: Сборник философских статей. Вып. 3. / Под ред. В.В. Парцвания. СПб., Тбилиси, 2005. С.282.

¹⁹⁰ См. подробнее: Маркс К. Экономическо-философские рукописи 1844 года // К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч. Т.42. М., 1974. С. 128-129.

¹⁹¹ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006. С.786.

¹⁹² Кибак И.А. Общественное мнение и законотворческая деятельность. // СПС Консультант-Плюс.

государственной власти и заключается в том, чтобы создавать общую волю, искать ее путем непрерывного сглаживания интересов, путем отказа отдельных общественных групп от одностороннего господства в обществе их интересов, исключая все другие"¹⁹³. Демократия, по Гессену, нужна для того, чтобы закон, путем вовлечения в процесс создания общей воли всех групп и слоев, стал действительным социальным компромиссом, а не инструментом господства какого-то одного класса. Следовательно, теоретически даже в демократическом обществе законы должны соответствовать идеалу правового государства. Таким образом, именно справедливость, а не общественное мнение, имеет приоритет. Поэтому если в той или иной ситуации законодательство в большей степени, чем общественная мораль, отражает идею справедливости, то оно однозначно имеет приоритет перед ним.

Ранее было сказано о том, что рациональное зерно присутствует и в позиции необходимости учёта общественного мнения при законодательстве. Рассмотрим теперь и эту позицию. Вообще, ее критика в юридической литературе основана, как правило, на том допущении, что результаты политических выборов правильно отображают долгосрочное общественное мнение, поэтому избранные населением органы не обязаны учитывать какие-либо иные разрозненные сиюминутные мнения¹⁹⁴. Однако при этом не учитывается, во-первых, что при голосовании на выборах люди нередко заботятся лишь о своих личных интересах, не имея внятной публичной политической позиции, а во-вторых, что сами избранные представители власти зачастую выражают не публичный, а частный интерес. Первый из названных аспектов может проявляться, в частности, в голосовании представителей меньшинств за ту или иную партию лишь по причине поддержки ей этого меньшинства, в голосовании за кандидата той же расы лишь по причине его расы, в голосовании определённым образом под угрозой увольнения с работы или, напротив, в связи с обещанными карьерными перспективами или денежным вознаграждением, в агитации за того, а не иного кандидата лишь потому, что он предложил больший, чем его конкуренты, гонорар и т.д. Второй аспект имеет место, поскольку каждый избранный депутат естественным образом стремится использовать новую должность для реализации своих личных интересов, парламент всегда испытывает сильное влияние лоббистов, правящие партии и должностные лица выполняют свои предвыборные обещания и про-

¹⁹³ Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 200.

¹⁹⁴ Проблемы общей теории государства и права / Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006. С.783.

граммы лишь постольку, поскольку это необходимо для переизбрания (а это не так много с учётом подконтрольности им, как правило, избирательных комиссий и основных СМИ). Распространенность вышеперечисленных ситуаций хорошо известна и настолько очевидна, что не требует подробного обоснования. Уже поэтому позиция, согласно которой представительный орган всегда верно отражает общественное мнение, не выдерживает критики. Поэтому учитывать общественное мнение представительному органу всё же имеет смысл.

Существуют веские причины делать это.

Во-первых, общественное мнение в принципе является важным индикатором потребностей общества, и потому должно всесторонне учитываться законодателем, в том числе посредством опросов населения, публичных слушаний по социальным проблемам, обсуждений особо значимых законопроектов. «Как бы ни было возбуждено и неустойчиво общественное мнение, за ним всегда стоят объективные потребности общественной жизни. Зачастую эти потребности могут быть неосознаваемы самими носителями общественного мнения, представлены в суждениях общественного мнения в завуалированном и просто искаженном виде. Однако если за изменчивыми и внешне противоречивыми высказываниями и оценками общественного мнения исследователям удастся увидеть пульсацию жизненных интересов... то они получают информацию, которая необходима для создания законов, отвечающих действительным потребностям общественного развития»¹⁹⁵. Речь здесь идет снова об общественном мнении как маркере потребностей, проблем и интересов отдельных социальных групп. Но более важен другой вопрос – как обойтись с этими проблемами, потребностями и интересами с точки зрения справедливости. Имеет ли здесь общественное мнение хоть какое-то значение? Следующие два аспекта соотношения законодательства и общественного мнения призваны ответить на данный вопрос.

Итак, во-вторых, стоит отметить, что даже, казалось бы, разумный закон, противоречащий общественным устоям, может быть вызвать резкое неприятие со стороны населения, в результате чего рискует оказаться всего лишь декларацией и не получить должного применения. Руссо писал: "Когда обычаи уже установились и предрассудки укоренились, опасно и бесполезно было бы пытаться их преобразовать"¹⁹⁶. И хотя данное утверждение спорно, ведь отсутствие борьбы с предрассудками может означать согласие с несправедливостью, доля

¹⁹⁵ Там же. С.786.

¹⁹⁶ Руссо Ж.Ж. Трактаты. М., 1969. С. 182.

истины в нем всё же есть. При принятии законов следует тщательно продумывать как принудительные, так и поощрительные механизмы его реализации, а также проводить соответствующую работу по просвещению населения. Однако если указанные механизмы не приводят к положительному результату, этого нельзя ставить обществу в вину. Ибо социальный характер, обусловленный традиционным укладом, является мощнейшим и объективным фактором общественного развития. Спонтанный социальный порядок (по выражению Ф. фон Хайека), который он рождает, может прямо противоречить принципу рациональности¹⁹⁷. В современной юридической литературе, в частности, утверждается, что выполнение правовых норм в значительной мере обуславливается тем, в какой мере они соответствуют обычаям, морали и ценностям общества. Г.В. Мальцев пишет: «Правовой способ регуляции общественных отношений... теряет значительную часть своей силы в изоляции от других регулятивных форм»¹⁹⁸. А.Б. Венгеров также отмечает, что «причины многих правонарушений коренятся в несоответствии конкретных законов... исторически сложившимся пластам духовной жизни, стереотипам поведения»¹⁹⁹. С учётом этого представляется, что закон, который в принципе невозможно применить из-за неприятия его обществом, либо сеющий в общество разрушительную смуту, априори не является правильным. Формально его содержание может быть справедливым, но если он не имеет должных механизмов реализации, его справедливость оказывается «половинчатой», могущей принести лишь вред.

Наконец, в-третьих, общественное мнение важно потому, что в вопросах справедливости фактически никогда нет однозначного ответа. Верно утверждение О. Хёффе, согласно которому мнение экспертов должно касаться лишь средств достижения основных целей общества, но никто не вправе указывать человеку саму цель, то есть не существует "экспертов по ценностям"²⁰⁰. Более того, никогда нельзя быть точно уверенным в том, кто именно является экспертом²⁰¹. Отсюда – важность не только постоянных дискуссий в обществе, но и связи этих

¹⁹⁷ См.: Зорькин В.Д. Указ. соч. С.17.

¹⁹⁸ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006. С.101.

¹⁹⁹ Венгеров А.Б. Указ. соч. С.553-554.

²⁰⁰ См., напр.: Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М., 2015. С. 280, 288.

²⁰¹ Напр., в сфере внешней политики экспертами могут быть не только политологи, но и специалисты по международному праву, историки, философы, культурологи, ориенталисты и другие ученые. Кроме того, существует борьба дисциплин, их постепенное признание или непризнание. См. там же. С. 273.

дискуссий с законодателем. Соответственно, развитие демократических институтов, учет общественного мнения по важным вопросам политической повестки, взаимодействие гражданского общества и государственной власти – все это оказывает неоценимую услугу делу справедливости. Отход от общественного мнения при законотворчестве усиливает роль государственного принуждения, которое, в свою очередь, не всегда строго отделено от насильственного произвола. Конечно, само по себе мнение большинства не является определяющим для справедливости. Так, главная идея справедливости – принцип равенства, или беспристрастности – нами постулируется таким образом, что она была бы действительна даже в отсутствие сложившегося и весьма широкого консенсуса вокруг нее. Этим консенсусом мы обосновываем лишь значимость ее разработки применительно к различным сферам общественной жизни, но не саму эту идею. И все же учитывать общественное мнение важно для того, чтобы сделать поиск справедливости более объективным.

Однако, в этом случае мы, по всей видимости, должны учитывать не столько общественное мнение, сколько моральную позицию общества. Разграничение этих двух понятий предоставил Р. Дворкин. Он убеждал, что *моральной позицией является то, что человек может аргументировать*, но не всякое обоснование считается надлежащим. Так, автор выделял *предубеждения* (когда мы осуждаем людей за то, что от них не зависит, например негативно относимся к чернокожим или гомосексуалистам), *эмоциональные реакции* (не все, что вызывает неприязнь, является безнравственным, так как именно норма нравственности должна определять эмоциональную реакцию, а не наоборот), *фактические ошибки* (умозаключения, не соответствующие принятым в обществе стандартам рациональности) и *ссылки на мнение других лиц* ("большинства"). Использование в аргументации предубеждений, эмоций, рационализаций или ссылок на мнение других лиц обычно не считается убедительным. Кроме того, ссылки на какие-либо основания не могут быть противоречивыми (например, если мы ссылаемся на авторитет Библии в одной ситуации, было бы логично учитывать ее и в других ситуациях). Следовательно, не следует путать предубеждения, рационализации и негативные реакции большинства, их непродуманные высказывания с общественной моралью²⁰². Отсюда, законодатель может следовать общественной морали, но при этом идти вразрез с общественным мнением. Р. Дворкин пишет: "Законодателя,

²⁰² Дворкин Р. Указ.соч. С. 336-342.

который отказывается видеть в широко распространенных проявлениях негодования, нетерпимости и отвращения моральную позицию общества, нельзя обвинять в моральном высокомерии. Он не просто противопоставляет свои просвещенные взгляды взглядам широкой публики, которая их не приемлет. Он делает все возможное, чтобы утвердить особую и принципиально важную часть общественной морали"²⁰³.

Подобное разграничение, в свою очередь, ставит вопрос о том, насколько допустимо с моральной точки зрения поведение, противоречащее общественному мнению в области морали. С точки зрения Дворкина получается, что такое поведение не всегда означает нарушение общественной морали. Но, как представляется, это делает ситуацию неоправданно запутанной. Логичнее было бы всё же говорить о нарушении общественной морали в случае, если соответствующее поведение не соответствует морально должному по мнению большинства членов общества. В свою очередь то разграничение, которое предложил Дворкин, будет уместно лишь при рассмотрении узкой проблемы соотношения общественного мнения и справедливости. Соответственно, поступок вопреки общественному мнению формально аморален, но вместе с тем, общество получает сигнал о необходимости пересмотра существующей морали, и выработки того, что Дворкин и назвал моральной позицией общества.

Таким образом, можно сделать следующие выводы. Общественное мнение не всегда справедливо. Законодательство также не всегда справедливо. Справедливость имеет приоритет и над тем, и над другим. Следует различать общественное мнение и моральную позицию общества. Законодателю следует учитывать и то, и другое, но по разным причинам и с различными целями. В условиях социальных потрясений, острой необходимости социальных реформ и в других случаях, когда общественное мнение неадекватно отражает общественный интерес, а также в случаях, когда оно явно несправедливо, как отдельному индивиду, так и законодателю в некотором смысле дозволено преступать через него. В то же время необходимо помнить, что общественное мнение – важный индикатор потребностей общества, и отступление от неё должно быть умеренным и обоснованным. При принятии противоречащего общественному мнению закона нужно учитывать возможную реакцию общества на него: не исключено, что последняя принесёт вред больший, чем польза указанного закона (вызовет массовый правовой нигилизм, социальные протесты и т.п.). В свою

²⁰³ Там же. С. 345.

очередь учет моральной позиции общества является важной защитой против сползания политического режима в тоталитаризм.

§ 2. Три взгляда на демократию: Новгородцев, Радбрух, Хабермас

Введение. Сегодня демократия является одной из основных политических ценностей; о ней писали много и многие. Для нас важнейший вопрос, связанный с демократией, состоит в том, как соотносится демократия и справедливость: всегда ли закон, принятый в идеально демократическом государстве, будет справедливым? И здесь принципиальным оказывается положение, согласно которому большинство не всегда право, а правым может оказаться и меньшинство. Так как избранная нами тема чрезвычайно обширна, мы рассмотрим взгляды на демократию только трех философов: П.И. Новгородцева, Г. Радбруха и Ю. Хабермаса. Все они в той или иной степени придерживались указанного положения.

П.И. Новгородцев и Г. Радбрух – два выдающихся философа права неокантианского направления первой половины XX века. В отечественной литературе Новгородцев известен своим анализом феномена демократии и конструктивной его критикой. Демократия в значении образа правления, при котором решающее значение имеет воля большинства, по Новгородцеву, мыслится как относительный идеал, лишь при определенных условиях отвечающий требованиям идеала абсолютного. Критикуя современные ему демократические институты, Новгородцев показывал несовершенство, но в то же время и перспективность демократии как средства достижения справедливости. В свою очередь Г. Радбрух как демократический мыслитель в нашей литературе совершенно не исследован в связи с тем, что соответствующие его труды не переведены на русский язык. Несмотря на то, что Радбрух, в отличие от Новгородцева, релятивизировал проблему правового идеала и поставил ее разрешение в зависимость от ценностей, истинность которых доказать нельзя, демократия по Радбруху является абсолютной ценностью, так как стоит над этим релятивизмом и обеспечивает ценностный выбор каждого гражданина. Для Радбруха демократия была неизбежной потому, что в отсутствие четких представлений о справедливости мы вынуждены прибегнуть к идеологии, которой придерживается большинство. Но поскольку какие-то базовые (нерелятивные) представления о справедливости у нас всё же имеются, постольку мнение большинства в ряде фундаментальных вопросов не является определяющим. В творчестве Радбруха можно найти множество положений,

которые по своей сути представляют контраргументы к критике демократии со стороны Новгородцева. В отличие от двух названных мыслителей, Юрген Хабермас – философ, а не юрист. Его творчество, благодаря которому он snискал себе славу одного из самых авторитетных интеллектуалов в мире, относится уже ко второй половине XX века и к началу XXI века. Для Хабермаса квалифицированное (свободное, обдуманное, сформированное путем обсуждения) согласие всех людей и справедливость вообще отождествляются. Лишь потому, что полного согласия всех заинтересованных лиц на практике достичь не реально, Хабермас отсылает к "правилу большинства". В сущности же ценно не мнение большинства само по себе, а скорее возможность каждого участвовать в политических дискурсах: именно оно позволяет приблизиться к результату, близкому к результату обсуждения в идеальной ситуации. Но внимательный анализ показывает, что не только демократия как «правило большинства», но и демократия как широкая сеть дискурсов общественности (делиберативная демократия) снова оказывается лишь относительно пригодным средством для достижения идеала, а не самим идеалом (справедливостью).

Демократические идеи П.И. Новгородцева. П.И. Новгородцев строит критику демократии на анализе теории общественного договора Ж.Ж. Руссо, суть которой, по мнению российского ученого, состоит в обосновании верховенства общей народной воли и наиболее полно выражающей эту волю непосредственной демократии. При этом, как уже было нами отмечено, Руссо различал общую волю и волю всех, подчеркивая, что общая воля есть полное единодушие членов общества и гармония интересов, а не простой результат подсчета голосов. Вот почему при голосовании в народном собрании у граждан "спрашивают вовсе не о том, одобряют ли они предложение, или отвергают его, а о том, согласно ли это предложение с общей волей, которая есть и их воля"²⁰⁴. Задача голосующего – не выразить свое частное мнение, а отгадать содержание общей воли, и, по мнению Руссо, естественно предположить, что общая воля будет правильнее понята именно большинством²⁰⁵. Таким образом, принятие решения большинством голосов является лишь средством определения объективно справедливого правила для конкретной ситуации (общая воля, по Руссо, априори справедлива и постоянна, и представляет собой лишь формальную схему,

²⁰⁴ Руссо Ж.-Ж. Трактаты. М., 1969. С. 231.

²⁰⁵ Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М, 2010. С. 59-60.

голый принцип действия), и уместность этого средства, как показывает Новгородцев, можно оспаривать.

Уже сам Руссо, по Новгородцеву, осознавал многие трудности своей доктрины. Во-первых, полное согласие интересов и единодушие воли "возможно лишь в мечте и идее, но невысказано в действительности"²⁰⁶. Поэтому французский мыслитель требовал полного (всеобщего) согласия граждан только в отношении договора о создании общества. Во-вторых, Руссо отстаивал необходимость периодических народных собраний, но видел существенные трудности в реализации этой идеи, "если государство не будет слишком мало" (велики затраты времени, денег, организационных и других ресурсов); с другой стороны, малому государству чрезвычайно сложно защищаться от внешних опасностей, если не изменить радикальным образом всю мировую систему²⁰⁷.

Последующее развитие просвещенной мысли, показывает Новгородцев, выявило и другие недостатки теории общественного договора Руссо. Так, во времена Великой Французской революции встал вопрос о том, действительно ли общественное мнение является лучшим выразителем общественной воли. Поскольку у людей той эпохи была "вера в спасительную силу политических учреждений", была активна воспринята идея представительной демократии в духе Ш.Л. Монтескье, согласно которой "политики по призванию" лучше понимают интересы народа, чем сам народ (у них есть соответствующее образование и время для изучения специальных вопросов, а кроме того – материальная независимость), хотя при этом не забывается роль гражданского согласия для стабильности общества (морального одобрения обществом правовых установлений)²⁰⁸. Г. Гегель писал: "В общественном мнении заключено все ложное и истинное, найти в нем истинное есть задача великого человека"²⁰⁹. Но если так, то главным оказывается не мнение народа, а нечто, стоящее над ним. "Будучи по способу своего образования более пассивным, чем активным, общественное мнение, во-первых, не может быть прочным и устойчивым, во-вторых, не может быть определенным и ясным и, в-третьих, не может охватывать область политических вопросов во всей полноте их практической постановки"²¹⁰. В то же время, критика возможна и в ад-

²⁰⁶ Там же. С. 57.

²⁰⁷ Там же. С. 39.

²⁰⁸ Там же. С. 43, 96-131.

²⁰⁹ Гегель Г.В. Философия права. / Сочинения. Т.7. М.-Л., 1934. С. 338-339.

²¹⁰ Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М, 2010. С. 141.

рес представительной демократии. Здесь П.И. Новгородцев отмечает, что способность депутата понять и найти народную волю нуждается в доказательстве, и в частности должен быть выявлен критерий этой народной воли. Дебаты, происходящие в парламенте, могут привести к компромиссу, которого изначально не желал ни один избиратель и ни один депутат, и такое подобие "народной воли" будет явно "созданным", а не "найденным" или "понятым"²¹¹.

Особого внимания мыслителя удостоились также следующие проблемы:

1) Дискуссионность выбора оптимального избирательного ценза (права на голос при выборах представительного органа); выражение в процессе выборов воли только более деятельной (голосующей и агитирующей) части народа; кроме того, депутаты представляют лишь меньшинство населения, если на выборы явилось меньше половины избирателей, а принимающее решения большинство депутатов, будучи лишь частью депутатского корпуса, представляет и того меньшее число людей; неучет мнения чуть ли не большинства избирателей при мажоритарной избирательной системе (не говоря уже о джержимендеринге); несовершенство методов распределения мест в парламенте по результатам голосования при пропорциональной избирательной системе; – в итоге парламент априори не отражает мнение большинства населения.

2) Необходимость выбора лишь между несколькими партиями или кандидатами, программы которых могут быть одинаково далеки от воли избирателя, и при этом строгая дисциплина внутри партий, господство партийной "машины", деспотизм партийных комитетов, препятствующие свободному волеизъявлению народных избранников; – в итоге воля народа заменяется волей партии или даже просто ее высшего руководства.

3) Предварительное формирование общественного мнения немногими лицами; победа при голосовании воли, которой лишь удается выдать себя за волю большинства; скорее формирование, чем отражение народной воли парламентом; обусловленное объективными причинами смещение центра политической жизни из парламента в правительство; – в итоге властные решения принимаются лишь немногими лицами, и отнюдь не экспертами.

4) Отсутствие голосования за конкретную тактику той или иной партии, сосредоточение внимания только на целях (программе) партии;

²¹¹ Там же. С. 167.

скорее отрицающий те или иные конкретные действия, чем предписывающий их характер общественного мнения; – иными словами, априорная аморфность, изменчивость и неясность общественного мнения.

Изложенное демонстрирует, что представительство имеет "самостоятельное и даже руководящее значение по отношению к общественному мнению", а "представительные учреждения... слишком склонны превращаться в особое сословие, в касту, которая вместо общественных интересов блюдет лишь свои собственные"²¹². К этому, как представляется, нужно добавить проблему лоббизма.

"Невозможно, пишет Новгородцев, – точно и неискаженно выразить то, что само по себе неясно и неопределенно. Точно так же нельзя ожидать, чтобы при огромном влиянии партий... народная воля отражалась в представительстве в своем неприкосновенном виде"²¹³. Но мы можем пойти дальше и спросить: действительно ли представители народа лучше, чем сам народ, знают его подлинные интересы? Депутат обладает временем, средствами, образованием, чтобы профессионально выявлять общую волю, но где гарантия того, что он будет это делать?

Тем не менее, русский ученый ценит достижения современной представительной демократии, отмечая, что между старым и новым олигархизмом лежит целая пропасть, а исполнительная власть в Англии тем больше независима от парламента, чем непосредственнее ее связь с народом. И всё же, представительство остается только средством, которое даже в своем совершенном воплощении может оказаться негодным. Больше надежд Новгородцев возлагает на такую форму непосредственной демократии, как референдум. Противники референдума, отмечает ученый, говорят о том, что представители более способны отразить народные интересы; сторонники референдума не всегда отрицают это, но тогда выше, чем народные интересы, ценят народное мнение, потому что решение, не согласное с этим мнением, обречено на фиаско. Новгородцев решает эту проблему следующим утверждением: "Количество интересов – не принцип, но это фактор, с которым приходится считаться"²¹⁴.

По нашему мнению, здесь уместно вспомнить критику института выборов представительного органа, которую можно отнести и к референдуму: во-первых, народное мнение аморфно и неопределенно (поэтому на референдум выносятся вопросы с заранее установленными

²¹² Там же. С. 152-153, 182.

²¹³ Там же. С. 155.

²¹⁴ Там же. С. 236.

четкими вариантами ответов, которые могут и не отражать реальные взгляды голосующего, и которые неизбежно разрабатываются специалистами, а не народом); во-вторых, народное мнение случайно и непостоянно, подвержено пропаганде и внушению, в итоге оно встает на сторону тех, кто имеет время, деньги и желание вести агитацию; в-третьих, на референдум может явиться менее половины имеющих право голоса, к тому же неясно, кому следует предоставить это право; в-четвертых, на референдум выносятся только общие вопросы о целях, а не специальные вопросы о средствах (между тем, цель не всегда оправдывает средства!). Наконец, добавим, в-пятых, референдум требует больших финансовых затрат и не может проводиться часто. Таким образом, референдум далеко не всегда отражает реальное народное мнение (которое по обсуждаемому вопросу вообще может отсутствовать!). И конечно, он не всегда выражает подлинный народный интерес. Получается, что аргументы против референдума практически те же, что и аргументы против выборного представительного органа.

Для Новгородцева безусловно то, что проблема справедливого избирательного права и совершенного представительного учреждения полностью никогда не разрешится. Мы можем развивать внепарламентскую народную инициативу, но "какие бы новые изменения ни пережили современные конституции, никогда они не приведут к торжеству идеи общей воли, совмещающей в гармоническом единстве желания всего народа"²¹⁵.

Демократия, по Новгородцеву, не должна быть предметом страха или поклонения, она изменчива и не вечна. Она есть лишь средство для установления справедливости, она "сильна только тогда, когда над ней стоит справедливость", при этом народная воля как синоним справедливости сводится к "некоторым идеальным принципам", которые единогласно одобрили бы все разумные существа, а не к большинству голосов; вообще, "и большинство, и меньшинство одинаково могут быть неправы". Главное, чем может и должно быть ограничено государство при принятии законов, чтобы не отождествляться с фактической силой, это общее осознание неотчуждаемых прав человека, непосредственно вытекающих из правового идеала²¹⁶. Много позже О. Хёффе писал: "Демократия, допускающая решения большинства даже

²¹⁵ Там же. С. 206-208.

²¹⁶ Новгородцев П.И. Государство и право. // Вопросы философии и психологии. 1904. №5 (75). С. 512-515.

по вопросам основополагающих прав человека, наносит ущерб своей легитимности"²¹⁷.

Итак, стремление к фактическому единогласию народа есть химера, принятие решения большинством голосов может быть годным или негодным средством достижения справедливости, критерии же определения достойных лиц, призванных решать за весь народ, спорны (в древности такими критериями были возраст и материальная состоятельность, но сейчас взгляды изменились). Поэтому единственным выходом является формулировка "идеальных принципов", и далее поиск и совершенствование тех средств, которые при данных условиях позволяют лучше реализовать данные принципы.

Принимая во внимание сказанное, Новгородцев положительно относится к тому, что демократия стала ассоциироваться с идеей правового государства и прав личности: "С этой точки зрения демократия означает возможно полную свободу личности, свободу ее исканий"²¹⁸. Такое понимание демократии логически предполагает права не только большинства, но и меньшинства, и в отстаивании прав меньшинств русский ученый солидаризируется с Рузвельтом: каждый человек должен иметь одинаковую с другими стартовую возможность проявить свою сущность²¹⁹. В этом мыслитель видит зрелость демократической идеи (свобода и равенство), переход от демократии политической к демократии социальной²²⁰. Правовое государство, по его мнению, подразумевает государство социальное²²¹: так, "государство должно стремиться по возможности дать всем равные стартовые возможности, без чего равенство перед законом является юридической фикцией"²²², одновременно "во имя охраны свободы право должно взять на себя заботу о материальных условиях ее осуществления"²²³.

Взгляды П.И. Новгородцева на демократию встретили некоторую оппозицию в трудах С.И. Гессена. Последний был убежден:

²¹⁷ Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М., 2015. С. 79.

²¹⁸ Новгородцев П.И. Демократия на распутье. // София. Проблемы духовной культуры и религиозной философии. Берлин, 1923. С. 96.

²¹⁹ Новгородцев П.И. Об общественном идеале. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М., 2010. С. 402.

²²⁰ Новгородцев П.И. Демократия на распутье. // София. Проблемы духовной культуры и религиозной философии. Берлин, 1923. С. 98-105.

²²¹ Баскин Д.А., Баскин Ю.Я. Павел Иванович Новгородцев (из истории русского либерализма). СПб., 1997. С. 31.

²²² Соловьев К.А. Павел Иванович Новгородцев. // Новгородцев П.И. Избранные труды. М., 2010. С. 8.

²²³ Новгородцев П.И. Право на достойное человеческое существование // Сочинения. М., 1995. С. 322.

"Народоправство есть необходимое предположение личной свободы"²²⁴. Таким образом, демократия у Гессена претендует на роль абсолютного идеала. "Очевидно, – пишет С.И. Гессен, – что действительная свобода личности будет обеспечена не тогда, когда законы будут писаться небольшой, блюдущей свои интересы группой лиц, но лишь тогда, когда законодательная власть будет находиться в руках всего народа"²²⁵. Это воззрение вряд ли можно считать верным, ведь и законы, составленные небольшой группой лиц, могут отвечать интересам народа и идеалам свободы и равенства: в конце концов, парламенты цивилизованных стран представляют собой такие же небольшие группы лиц, и ни один гражданин не вправе напрямую, вне парламента, повлиять на тот или иной закон. Если же мы говорим о выборности парламентариев, то и она не всегда отвечает идеалам свободы и равенства, например победа Национал-социалистической партии в Германии в свое время привела к тоталитаризму, и в подобных случаях ограничения избирательных прав могут быть обоснованы сохранением справедливости.

Демократические идеи Г. Радбруха. Перейдем теперь к разбору демократических взглядов Г. Радбруха. Немецкий философ права считал основной "идею права" справедливость, поясняя при этом: "из понятия справедливости вытекает, что равные требуют равного обращения, а различные – соразмерно различиям между ними. Но оба эти вопроса остаются открытыми: кого следует рассматривать в качестве равных или различных и как с ними обращаться? Справедливость определяет лишь форму права. Чтобы выяснить содержание права, необходимо дополнительно ввести понятие целесообразности". Какова же цель права? "В сфере эмпирического познания мира, – пишет Радбрух, – существует лишь три вида предметов, которые могут быть опосредованы абсолютной ценностью. Это – отдельные человеческие личности, человеческие личности в целом и результаты человеческого труда. Приняв основу этих благ за ценностный критерий, мы можем выделить три различных вида ценностей: индивидуальные ценности, коллективные ценности и творческие ценности (Werkwerte)". "Резюме конечных целей одним словом: для индивидуалистической точки зрения – свобода; для надиндивидуалистической – нация; для трансперсональной – культура"²²⁶. С индивидуалистической точки зрения твор-

²²⁴ Гессен С.И. Политическая свобода и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 143.

²²⁵ Там же. С. 141.

²²⁶ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 64-65, 69.

ческие и коллективные ценности стоят на службе у ценности личности: культура – лишь средство формирования личности, государство и право – лишь учреждения, защищающие и стимулирующие индивида. С надындивидуалистической точки зрения нравственность и культура – на службе государства и права. С трансперсональной точки зрения нравственность наряду с правом и государством – на службе культуры.

Следует отметить, что в более ранних работах Радбрух различает только персоналистскую и трансперсоналистскую установки, смешивая последнюю с коллективизмом. Трехчастное деление появилось позднее²²⁷. В немецкой юридической литературе в качестве еще одной альтернативной ценности предлагалась также окружающая среда как жизненный мир животных²²⁸. Иными словами, изложенная триада ценностей является крайне дискуссионной. Так или иначе, исходя именно из трехчастного деления взглядов на целесообразность Радбрух осуществляет классификацию политических партий.

Партии индивидуалистического толка пытаются найти "золотую середину" между крайним эгоизмом (который оборачивается, в конечном счете, анархизмом, как у Штирнера) и его противоположностью в виде абсолютной нравственности, которой право может способствовать, но не добиваться. Интересно отметить, что Радбрух выделяет воззрения, согласно которым "право должно стимулировать нравственность"²²⁹. Либерализм и демократия, по Радбруху, стремятся сделать возможной нравственность, но если демократия ориентируется на моральные взгляды большинства и их претворяет в жизнь, то либерализм придает ценность также и позициям меньшинств. Здесь же ученый выделяет социальный индивидуализм, стремящийся сгладить фактические неравенства между людьми с целью обеспечения их реальной свободы. Политическая деятельность Радбруха позволяет говорить о его симпатии к социальному индивидуализму, однако прямо автор эту симпатию не проявляет. Спор между либерализмом и демократией он разрешает утверждением, что постулаты "решает большинство" (демократия) и "уважай чужое мнение" (либерализм) должны в равной мере войти в сознание политического истеблишмента²³⁰. Что касается заявленной Радбрухом роли нравственности в праве, то следует вспомнить, что именно в нравственности ученый видит ценность личности. По-

²²⁷ Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 7.

²²⁸ Adahi H. Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs. Baden-Baden, 2006. S. 72.

²²⁹ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 76.

²³⁰ Klein M.D. Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch. Berlin, 2007. S. 214.

этому, продолжая логику Радбруха, можно предположить, что индивидуалистически ориентированные партии должны были бы допускать внешнюю свободу только в той мере, в какой она способствует нравственности (внутренней свободе). Например, пишет ученый, угроза "духовному здоровью" ребенка может привести к предписанию о воспитании его в детском доме, то есть к ограничению свобод²³¹, а Веймарская конституция содержала выражение "собственность обязывает". Хотя конечно, право стимулирует нравственность чаще именно предоставлением, а не ограничением свободы.

Наиндивидуалистические воззрения выражаются консервативными партиями, для которых индивида следует наделять свободой только в той мере, в какой это необходимо в интересах нации, государства или общества как целого организма. Отсюда свобода может быть неравной у различных сословий. На примере фашистской Италии Радбрух отмечает, что подобная идеология может исказиться в целях установления диктатуры. Этот факт следует отнести к социологическим, на философском же уровне Радбрух не развивает свою позицию по отношению к наиндивидуализму. Проблема в том, что если указанная идеология, как выражается мыслитель, представляет собой "свободу без равенства", то не нарушается ли при этом основной принцип справедливости – "равным за равное"? Радбрух, как сказано выше, допускает также воздаяние "неравным за неравное", при условии, что ни один человек не будет восприниматься исключительно как средство. По сути, таким образом, как и впоследствии Дж. Ролз, Радбрух оправдывает "иерархические общества Востока". В то же время, Радбрух мимоходом называет наиндивидуалистические идеологии иррациональными ("в историческом или религиозном смысле"), ибо сила нации важна сама по себе, а не для реализации какой-либо программы²³². И разрешение этой двусмысленности, как видится, было бы более значимым, чем разрешение дихотомии либерализма и демократии (ибо относительная ценность демократических механизмов и необходимость учета прав человека уже были показаны другими авторами ранее, начиная от Милля и Токвиля). Некоторые исследователи настаивают, что Радбрух подчеркивал более прогрессивный характер индивидуализма перед коллективизмом²³³.

²³¹ Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004. С. 50.

²³² Там же. С. 82.

²³³ Малишев Б. Категорії "ціль права" та "доцільність права" у праці Густава Радбруха "Філософія права". // *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. Випуск 86. С. 60.

Наконец, ученый выделяет политический католицизм, который может встать на сторону и индивидуалистических, и надиндивидуалистических воззрений. "Поскольку трансперсонализм в собственном смысле связывает индивидуалистический и надиндивидуалистический элементы друг с другом, он может стать фоном (личной) системы взглядов, определяющей партийную идеологию. Однако нет ни одного государства, которое создавалось бы по принципу трансперсонализма"²³⁴. Культура не является, по Радбруху, целью партий самих по себе – это скорее то, что получается посредством служения партий личности или нации.

В свойственном демократии "господстве масс" Радбрух не видит ничего предосудительного, и заботится больше о том, чтобы крупные капиталисты не могли манипулировать массой посредством подкупа прессы и тому подобных мер. Масса, согласно Радбруху, способна поднять индивида над самим собой, и помочь ему совершить то, что он один сделать был не в силах. Поэтому демократия противопоставляется либерализму не как деградация, а как возможность культурного развития массы в общество (народ), а индивида – в личность (в свою очередь "общество нуждается в личности")²³⁵. Конечно, масса таит в себе и опасность демагогии. Но демократическая форма тем и ценна, что она представляет собой не господство большинства, а скорее лучшую процедуру отбора лидеров ("господство лидеров, пользующихся доверием большинства"): лучшую в том смысле, что в демократиях вероятность репрезентативности воли масс выше, чем в недемократиях.

Лидер (фюрер) не должен, однако, стоять выше партий, и перестраивать государственный аппарат так, чтобы без фюрера он не мог бы функционировать, развалившись как карточный домик без опоры. Речь вообще не о каком-то единственном гении, а о хороших "среднестатистических управленцах" в правительстве при сохранении демократической формы²³⁶. Правительство также не должно отклоняться от позиции фракции, которая его формирует. С другой стороны, оно свободно действует, пока имеет доверие парламента, и не должно подвергаться мелочной опеке со стороны последнего. В свою очередь такие формы непосредственной демократии, как плебисцит, далеко не всегда идут на благо народу (Радбрух отдает явное предпочтение представительной демократии и парламенту, ибо важно не мнение народа по

²³⁴ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 72.

²³⁵ Klein M.D. Op.cit. S. 196-202.

²³⁶ Ibid. S. 203-207.

частным вопросам, а работа лидеров, отражающих общие политические ценности народа).

В итоге, Радбрух называет демократию и толерантность "несомненным благом"²³⁷, а вовсе не относительным (в отличие от Новгородцева, который видел демократию скорее лишь как средство контроля над властью имущими). Партии правовед считает важнейшим и неизбежным атрибутом демократической системы: каждый гражданин должен отдать предпочтение какой-либо из существующих партий (даже если она не в полной мере отражает его убеждения – политика есть сфера компромиссов) или создать свою, иначе он представляет своего рода партию "против всех", а такая позиция чревата непостоянством и неопределенностью политического развития²³⁸; выражение народного суверенитета возможно только через партии, которые, в свою очередь, вместе с правительством обратно влияют на народ.

Как мы видим, Г. Радбрух по сути отрицает большинство аргументов, выдвинутых П.И. Новгородцевым в пользу тезиса об относительной ценности демократии. Избранные лидеры представляют весь народ, а не конкретных избирателей, поэтому не следует вести подсчет, сколько людей действительно поддерживает позицию депутатов, образующих в парламенте большинство по тому или иному вопросу; позиция избирателя и позиция избранного им депутата может отличаться, для того и нужен "институт лидерства", избиратель высказывает лишь принципиальное доверие политической ориентации той или иной партии (неконкретизированность общественного мнения – это вполне нормально), а поскольку политика есть сфера компромиссов, избиратель не вправе ссылаться на то, что ему не по душе ни одна из партий. Строгую партийную дисциплину при голосовании (при сохранении свободной дискуссии внутри самой партии) и сосредоточение реальной власти в правительстве Радбрух оценивает как сами по себе допустимые явления, если они не нарушают господство избранной народом общей системы политических ценностей, а обеспечивают ее (и поскольку депутат избирается народом как представитель партии, имеющей определенную политическую ориентацию, то исключение лица из партии, по Радбруху, вполне может быть основанием для лишения депутатского мандата). Вообще, даже если руководство партии преследовало бы исключительно свои корыстные интересы, то оно в любом случае должно было бы: 1) агитировать избирателей определенной си-

²³⁷ Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право. / Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 238.

²³⁸ Klein M.D. Op. cit. S. 208-212.

стеймой политических убеждений, и следовать этим убеждениям, в том числе проецировать их на новые проблемы, под риском непереизбрания партии на следующих выборах; 2) рекрутировать новых членов этими же убеждениями, в результате чего в рядах самой партии именно идеология, а не корыстные интересы стала бы решающей. В итоге идея для партии объективно стоит выше эгоизма отдельных лиц²³⁹.

В чем Г. Радбрух действительно видит проблемы, так это в манипулировании мнениями и чувствами масс, в необеспечении реальной возможности участия граждан в избирательном процессе, в несовершенстве разделения избирательных округов и системы распределения мест в парламенте (таким образом, в этой части аргументы П. Новгородцева остаются в силе, но они не касаются непосредственно идеи демократии). Дополним, что эти проблемы имманентны самой демократической системе, ведь раз попавшие во власть люди сделают все, чтобы там остаться, и не всегда заинтересованы в совершенствовании демократических институтов и свободы массмедиа. Выступая против господства крупного капитала за фасадом республики, в своих ранних работах Радбрух акцентирует внимание на том, что только социализм может предотвратить такую опасность и помочь демократической идее реализоваться²⁴⁰, но впоследствии смягчает свою позицию, утверждая, что социализм и демократия не связаны напрямую²⁴¹.

Не соглашаясь с точкой зрения, что в Веймарской республике налицо кризис парламентаризма, Радбрух вместо этого предлагает говорить о кризисе парламентариев, то есть о неспособности партий идти на взаимный компромисс²⁴². Но, как представляется, сама возможность непоследовательной государственной политики ввиду отсутствия фракционного большинства в парламенте демонстрирует сущностный недостаток парламентаризма (стабильность наиболее вероятна лишь при двухпартийной системе), и не следует затушевывать данный факт словесными уловками. Не случайно Радбрух пишет, что демократия – это не господство большинства, а господство фюрера, осуществляемое с одобрения парламента, избранного большинством. Кроме того, в период после Второй мировой войны он не только выступает в поддерж-

²³⁹ Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004. С. 74-75.

²⁴⁰ Heiss G. *Sozialistischer Konformismus. Vollendeter Staat und Anmut des Rechts bei Gustav Radbruch*. // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*. Baden-Baden, 2011. S. 181.

²⁴¹ Henkel M. *Zur Systematik der Rechts- und Staatsauffassungen bei Gustav Radbruch*. // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*. Baden-Baden, 2011. S. 124.

²⁴² Klein M.D. *Op. cit.* S. 259-275.

ку двухпартийности, но и указывает на то преимущество мажоритарной избирательной системы, что она обеспечивает стабильность государственного управления, так как народ прямо решает, какая партия должна править (хотя однопартийность все же недопустима)²⁴³. Наконец, нельзя не заметить некоторого романтизма в позиции Радбруха: действия партий в парламенте, как замечал К. Шмитт, напоминают скорее калькуляцию интересов и сил, чем дискуссию или выражение ценностных ориентаций, а с помощью пропаганды и других средств эта сторона оказывается непрозрачной для избирателей²⁴⁴.

Таким образом, Г. Радбрух отстаивает идею "партийного государства", то есть идею демократии не как максимального самоуправления народа, а лишь как способа выбора ценностной ориентации в политико-правовой сфере. Каждая партия вправе утверждать, что она способствует благу народа (целесообразна), но только народ решает, какая партия ему ближе. При этом необходимо обеспечить не только выражение ценностей народа, но стабильность и работоспособность государственного механизма.

Подобно П.И. Новгородцеву, Г. Радбрух обращается к идее социального либерализма: "Это интеллектуальное течение, – пишет немецкий философ, – обязано своим появлением критике политического и гражданского равенства при социальном и экономическом неравенстве... Эта критика лишь формально-юридического равенства означает, наконец, критику изолированного и лишённого индивидуальности (абстрактного) индивида, служащего моделью для «демо-либеральных» взглядов. Она стимулирует ориентацию государства и права на конкретного и «обобществленного» индивида, то есть не на индивидуальность каждого"²⁴⁵. Но не ведет ли обратная тенденция к чрезмерному превалированию равенства над свободой? В научной литературе позиция Радбруха критиковалась с тех позиций, что она ведет к вытеснению частного права – публичным, уравнивающей справедливости – распределяющей, гражданского общества – государством²⁴⁶.

В зарубежной литературе высказано мнение, что учению Радбруха не хватает прояснения взаимосвязей партий и правительства, партий и других союзов, парламентских и внепарламентских полити-

²⁴³ Ibid. S. 285-288.

²⁴⁴ Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. Предварительные замечания (О противоположности парламентаризма и демократии) // Социологическое обозрение. 2009. Т. 8. № 2. С.9.

²⁴⁵ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 80.

²⁴⁶ Seelmann K. Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch. 1973. S. 122.

ческих процессов²⁴⁷. Кроме того, справедливо отмечается, что партии зачастую различаются скорее программой действий, чем мировоззренческими позициями²⁴⁸.

Со своей стороны отметим, что Г. Радбрух так и не обосновал правильность демократии: из того, что существуют различные и, в конечном счете, равно недоказуемые ценности, еще не следует, что те ценности, которые следует положить в основу государственной политики, должно определять большинство (при всей, казалось бы, логичности этого тезиса).

Кроме того, взгляды Г. Радбруха не позволяют четко определить, относится ли демократия к индивидуалистическим ценностям, либо она обеспечивает проявление любых ценностей. Сам философ права пишет, что демократия имеет в своей основе релятивизм целей, и обозначает поддержку любой политической целесообразности (индивид, нация или культура как высшие ценности), разделяемой большинством. Релятивизм есть готовность к борьбе, но одновременно к толерантности, к обеспечению (в том числе для меньшинств и обездоленных слоев) базовых демократических свобод (слова, совести, прессы), и справедливости. Релятивизм, следовательно (по крайней мере, в некотором аспекте), есть поддержка демократии, либерализма и социальной политики (а также, поясняет Радбрух, правового государства и разделения властей). Не становится ли тогда релятивизм на сторону индивидуализма? По всей видимости, ученый так не считает, и различные концепции целесообразности влияют как минимум на то, будут ли предоставлены индивиду (определенные мнением большинства или по иным критериям) другие свободы, помимо базовых политических, либо индивид лишится их во имя национальных, религиозных и т.п. интересов. Между тем, в научной литературе встречается мнение, что после 1945 г. Радбрух отстаивал только индивидуалистическую позицию²⁴⁹, и осмысление нацистского режима заставило его сгладить радикальный релятивизм²⁵⁰.

В принципе, релятивизм Радбруха изначально не касался основных элементов идеи права, и выражался только в относительности выбора между индивидуальным, коллективным и трансперсональным

²⁴⁷ Klein M.D. Op.cit. P. P. 234.

²⁴⁸ Henkel M. Op. cit. C. 128.

²⁴⁹ Wapler F. Wertrelativismus und Positivismus. Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs. // Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch. Baden-Baden, 2011. S. 54-55.

²⁵⁰ Бігун В. С. Густав Радбрух – видатний німецький філософ права. / Проблеми філософії права. Том II. Київ-Чернівці, 2004. С. 39.

(аспект целесообразности). Релятивизм у Радбруха – это вполне определенная "система систем возможных ценностей", а не полная свобода в выборе ценностей. Этим взгляды мыслителя отличались от крайнего релятивизма, имевшегося в вопросе справедливости у Г. Кельзена, М. Вебера и Г. Риккерта²⁵¹. В одном из эссе Радбрух, в частности, пишет: "Если законы сознательно попирают волю справедливости, например, предоставляя тому или иному лицу права человека или отказывая в них исключительно по произволу, то в этих случаях подобные законы недействительны, народ не обязан подчиняться им, а юристы должны найти в себе мужество не признавать их правовой характер"²⁵². В "Началах философии права" ученый утверждает, что независимость судей и право на защиту – это абсолютное требование справедливости²⁵³. Таким образом, некоторые правовые установления не должны зависеть от демократического выбора.

Проблема усугубляется тем, что ученый, будучи одновременно политиком, не пояснял, где заканчивается его научная разработка (Erkenntnis), и начинается личная вера в некоторые ценности (Bekanntnis). Представляется, что социализм был личной верой Радбруха, выражением его индивидуалистической позиции, а требование демократии (как выражения толерантности по отношению к различным ценностям) виделась ученому прямым следствием релятивизма, не относящимся к конкретной категории ценностей.

Релятивизм (это признавал и сам Радбрух в работе "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie") хоть и отрицает абсолютный правовой идеал, но предоставляет нам взамен целую систему безусловных правовых принципов (демократия, либерализм, социализм, правовое государство, разделение властей и др.), выражающих основные универсальные (транскультурные и надпозитивные) права человека. Но справедливости ради нужно сказать, что после 1945 г. Радбрух как минимум не поднимал более тему выведения указанных правовых принципов из правового релятивизма, а вопрос о том, остался ли в эти годы ученый сторонником релятивизма, остается дискуссионным²⁵⁴.

Демократические идеи Ю. Хабермаса. Как и два предыдущих мыслителя, Хабермас продолжает кантианскую традицию философии права, придерживается этического когнитивизма, различает фактич-

²⁵¹ Tjong Z.U. Der Weg des Rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch. Bonn, 1967. S. 53.

²⁵² Радбрух Г. Пять минут философии права. / Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 226.

²⁵³ Radbruch G. Vorschule der Rechtsphilosophie. Göttingen, 1947. S. 27.

²⁵⁴ Schumacher B. Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel. Göttingen, 1985. S. 12-13.

ность и значимость. Иными словами, Хабермас верит в некоторую объективную справедливость. Но при этом он предлагает собственное – интерсубъективное – истолкование кантовского категорического императива, открывающее новый способ взглянуть на феномен демократии. Справедливость у него оказывается результатом некоторой процедуры.

Обуславливается это, по Хабермасу, следующим. Во-первых, он пишет, что у каждого человека есть свои собственные базовые моральные очевидности, своего рода «последние основания» в области этики, сами уже – в силу своей убедительности – не нуждающиеся в обосновании. Во-вторых, каждый сам является главным экспертом в своем внутреннем мире «последних оснований», и никто другой не знает их так же хорошо: «вчувствование» в другого это всегда лишь более или менее удачная «реконструкция». В-третьих, посредством дискуссии люди могут развивать и пересматривать свои «последние основания», а также делать их убедительными для других людей; дискуссия «требует не только вчувствования, но и интерпретаторского вмешательства в самопонимание и миропонимание участников»²⁵⁵. С учетом того, что справедливость – это вообще есть то, что может быть одобрено всеми (соответствует критерию универсальности), вышеуказанные три тезиса делают коммуникацию неизбежным этапом поиска справедливости. Ведь отдельный человек сам по себе, не прибегая к обсуждениям со всеми заинтересованными лицами, уже не может вынести объективное суждение о справедливости²⁵⁶. Ключевым понятием становится понятие коммуникативного действия (под которым понимается выражение актором мнения, убеждения, обещания, приказа, рекомендации и т.п., то есть выдвижение им "притязания на значимость", направленного на критическую оценку другим актором, и на признание этого со стороны последнего на основе некоторых аргументов, в отсутствие угроз и принуждения; при этом предполагается, что высказывающийся готов привести аргументы в пользу своей позиции, а также сам искренне верит в сказанное и готов этому следовать)²⁵⁷.

Обосновывая т.н. этику дискурса, Хабермас постулирует два принципа: принцип универсализации и принцип дискурса. Принцип универсализации выглядит следующим образом: «Норма является действенной только тогда, когда прямые и побочные следствия, которые общее следование ей предположительно повлечет за собой для поло-

²⁵⁵ Хабермас Ю. Вовлечение Другого: очерки политической теории. СПб., 2001. С. 113.

²⁵⁶ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2001. С. 103-106.

²⁵⁷ См., напр., там же. С. 91-92.

жения интересов и ценностных ориентаций каждого, могут быть без какого бы то ни было принуждения сообщены приняты всеми, кого эта норма затрагивает»²⁵⁸. Но этот принцип является для Хабермаса не собственно идеалом справедливости, а лишь правилом аргументации для его поиска. Главный же принцип, который философ называет принципом дискурса, выглядит следующим образом: «Претендовать на действенность могут лишь те нормы, которые способны в практических дискурсах снискать одобрение всех, кого они касаются»²⁵⁹. Под дискурсом (рассуждением) ученый подразумевает вид коммуникативного действия, осуществляемый при отсутствии единогласия и направленный на доказывание/изменение своей точки зрения с целью достижения этого единогласия; дискурс – это «идеальная речевая ситуация», когда владеющие языком, вмняемые и дееспособные люди, круг которых не ограничен, руководствуясь законами логики и мотивом поиска справедливости, пытаются привести друг другу аргументы, которые они считают убедительными для своих оппонентов, чтобы убедить последних в своей позиции относительно высших ценностей, которой они честно придерживаются и которой они сами готовы следовать, при этом каждый вправе задавать тематику коммуникации, имеет равные с другими шансы на коммуникацию, свободу самовыражения и не принуждаем ничем, кроме силы аргументов (отсутствует обман, насилие и т.п. факторы). Чем ближе условия реальной коммуникации к этой идеальной модели, тем ближе полученные выводы к моральной истине.

Этот небольшой экскурс в этику дискурса позволяет взглянуть на демократию как на политическое устройство, обеспечивающее реальные дискурсы, а потому и способствующее справедливости. Ориентированную на дискурсы демократию Хабермас называет делиберативной, то есть совещательной демократией (которая отличается как от либеральной, так и от республиканской демократии). Соответственно, те упреки, которые высказывались ранее в адрес отдельных институтов демократии, в отношении нового понимания демократии не работают, так как в нем эти институты отходят на второй план. Для делиберативной демократии важно создание условий для обсуждения и коммуникации, достижения взаимопонимания, а не конкретные представительные органы, простое же выражение каждым своего частного интереса и

²⁵⁸ Хабермас Ю. Вовлечение Другого: очерки политической теории. СПб., 2001. С. 113. (в работе «Моральное сознание и коммуникативное действие» Хабермас также добавлял: «и оказались бы для них предпочтительнее результатов других известных им возможностей урегулирования», см. стр. 103, также там отсутствует указание на «ценностные ориентации», см. стр. 146).

²⁵⁹ Хабермас Ю. Вовлечение Другого: очерки политической теории. СПб., 2001. С. 112.

сложение этих частных интересов в волю большинства не обладает ценностью.

Конечно, процесс легитимации посредством дискурсов может испытывать чрезмерное влияние государства (заорганизованность, экономическое и политическое давление, маскировка зависимых от государства структур под автономные, примерами таковых в России можно назвать партии, церковь, муниципальные органы и пр.), но анархистская альтернатива, по мнению Хабермаса, еще менее привлекательна²⁶⁰. В действительности у дискурса два врага: частное (движение личных интересов) и административное (навязывание ценностей тоталитарным государством). Хабермас надеется, что гражданское общество будет способствовать ограничению как власти государства, так и эгоистичных интересов отдельных лиц и организаций, то есть модусов власти и денег, и вводит понятие "общественности" (Öffentlichkeiten) – открытых структур совместной жизнедеятельности людей, способствующих установлению широких, многомерных коммуникаций, и выступающих посредником между частной и властной сферой²⁶¹. По его мнению, благодаря общественности конкретная демократическая форма способна критиковать сама себя и тем самым развиваться.

Мыслитель проницательно отмечает, что у общественности есть и третья опасность: ее собственная спонтанность, нестабильность. Определенные правовые ограничения дискурса в принципе неизбежны (так, полицейский и судья не будут аргументировать убийце, что убивать нехорошо, то есть право вообще подразумевает прерывание дискурса). Парламент как главный демократический институт призван "разгрузить", опосредовать и сократить коммуникацию всей общественности до разумных пределов, с целью эффективного принятия решений (общественность и парламент могут и должны взаимодействовать, но последнее слово за парламентом). Однако вопрос о том, каковы разумные пределы дискурса, к сожалению, не получает у Хабермаса должного разрешения. Философ, конечно, высказывает сомнение, что административным путем получится создать новые, а тем более эмансипированные формы дискурса, и твердо стоит на ограничении влияния исполнительной власти на развитие гражданского обще-

²⁶⁰ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 46-51.

²⁶¹ Там же. С. 126, 134. (Речь идет о книге Ю. Хабермаса "Структурные изменения общественности", которая сейчас переведена на русский язык под названием "Структурные трансформации публичной сферы".)

ства. Тем самым он подчеркивает роль гражданской инициативы, ограничивая пределы действия государственного механизма. Но он сомневается и в том, что коммуникативное действие способно противостоять расширению пространств ориентированного на частный интерес действия, отсюда – важность государственно-правового механизма. Право, таким образом, демонстрирует напряжение между фактичностью и значимостью, выражающееся в данном случае в напряжении между легальностью (позитивностью) и легитимностью. Хабермас ограничивается, в сущности, общим замечанием, что для разрешения данного противоречия правопорядку следует создавать условия для собственной легитимации и для фактического взаимного признания гражданами друг друга²⁶².

Рассматриваемый ученый возлагает большие надежды на демократию, утверждая, что хотя каждый должен подчиняться только таким законам, с которыми сам согласился или которые сами создал (идея Руссо, воспринятая Кантом), в какой-то момент нужно принять окончательное решение, поэтому дискурс следует прекратить, и взять за основу мнение большинства; при этом меньшинства не понуждаются к отказу от своих убеждений, но предполагается, что они не смогли на данный момент привести убедительные аргументы своей позиции²⁶³. Таким образом, «правило большинства» остается, но приобретает служебный характер. И точно так же, как Радбруха выбранная большинством ценность еще не становится от этого правильной, у Хабермаса принятое большинством решение еще не получает статус справедливого. Оба мыслителя используют апелляцию к большинству как очевидный способ противодействия неопределенности в вопросах справедливости, но обосновывают его весьма слабо.

Итак, Хабермас предлагает особенное понимание демократии: это не представительные институты и партии, и не правило большинства сами по себе, а такое политическое устройство, которое обеспечивает баланс частного и публичного, способствуя развитию общественных дискурсов. Развитое гражданское общество – вот непрременный признак демократии. Но если так, то парламент и партии следует воспринимать как способ всего лишь «разгрузить» дискурсы общественности, а не заставить ее определиться с идеологией. В отличие от того же Радбруха, Хабермас акцентирует внимание, прежде всего, на внепартийных и внепарламентских, подлинно "живых" дискурсах, которые не прекращаются и после выборов в парламент. Но у обоих мыс-

²⁶² Там же. С. 203.

²⁶³ Там же. С. 36-39, 98.

лителей правовым государством и демократией имеется внутренняя, сущностная связь.

Вообще, этикой дискурса не решается вопрос о надлежащем правовом регулировании, поэтому правила дискурса вовсе не должны быть всецело закреплены в действующем праве – обоснование последнего всегда ситуативно. Правила дискурса, пишет ученый, следует тщательно отличать от правил институционализации дискурса²⁶⁴, в частности от обоснования конкретных форм демократии. Также Хабермас постоянно мимоходом повторяет, что воплощение этики дискурса подразумевает некоторый уровень образованности и политической культуры (политических добродетелей) участников, чувства ответственности за себя и других (хотя прагматический дискурс и не должен монополизироваться "философами" и прочими "знатоками", ибо только каждый сам может точно сказать, что ему надо). Это, конечно, влияет на уместность демократических процедур²⁶⁵. Так, этика дискурса в теории подразумевает некоторые «правила дискурса», исключющие обман и насилие, но попытка реализации «идеальной речевой ситуации» на практике не гарантирует, что люди, вместо того, чтобы пытаться найти справедливость, будут заботиться лишь о своих частных интересах, и вместо того, чтобы прийти к какому-либо консенсусу или хотя бы компромиссу, решат прибегнуть к силовым и т.п. методам. По нашему мнению, одной из главных проблем является то, что как в рамках коммуникаций институтов гражданского общества, так и в рамках демократических государственных процедур (выборы, референдум, голосование в парламенте и пр.) фактически может получить выражение частная воля различных лиц, стратегическое (эгоистическое), а не коммуникативное (направленное на согласие и взаимопонимание) действие, доминировать будет поиск красивых слов, а не смысла, отстаивание своей радикальной позиции, и навязывание компромисса, а не поиск консенсуса. Так, И.Шапиро указывал, что консенсус достижим только в "идеальной речевой ситуации", а «в мире реальном властные отношения пронизывают собой поистине всякое людское взаимодействие»²⁶⁶. Впрочем, это признавал и сам Хабермас, называя дискурсы островками в мире насилия, корыстных мотивов, нежелания искать согласия²⁶⁷. По сути, взгляды Хабермаса уместны

²⁶⁴ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2001. С. 144-145.

²⁶⁵ Подробнее о демократии и автономной общественности см. лекцию №3 в: Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995.

²⁶⁶ Шапиро И. Переосмысливая теорию демократии в свете современной политики // Полис. 2001. № 3. С. 9-10.

²⁶⁷ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2001. С. 167.

только для государств с развитой политической культурой и системой образования, а также при достаточно высоком чувстве социальной ответственности граждан. Но даже и здесь имеются обоснованные опасения, что созданные для дискурса институты не будут служить ему. В схожем ключе Хабермаса критиковали Э. Филипс²⁶⁸, Б. Фливерг²⁶⁹, Г. Дюкс²⁷⁰ и др. Если же мы попытаемся научными методами определять степень соответствия реальных дискурсов "идеальной речевой ситуации", описанной Хабермасом²⁷¹, то это приведет лишь к возникновению новых дискурсов относительно приемлемости тех или иных научных методов и их результатов. Поэтому уместность традиционных западных демократических институтов оказывается, если следовать идеям Хабермаса, весьма относительной.

Недостатки концепции делиберативной демократии следуют из недостатков общей этической позиции Хабермаса.

Во-первых, не все мыслители соглашались с коммуникативной трактовкой должного. В конечном счете, теоретически может сложиться ситуация, при которой результатом дискурса, в котором его участники аргументируют по правилу универсализации, является консенсус лишь относительно невозможности найти объективно справедливое решение, то есть этический релятивизм. Отсюда, не очень понятно, чему должна содействовать демократия. Критики Хабермаса решают эту проблему постулированием приоритета принципа универсализации перед принципом дискурса. Так, О. Хёффе пишет: "Согласие всех заинтересованных лиц могут получить лишь те нормы, которые в строгом смысле способны к обобщению. Следовательно, критерий морали не в дискурсе, а в том правиле аргументации, которое Хабермас сам признает в качестве морального принципа, хотя бы только в качестве посреднического – в принципе универсализации. Согласно логике легитимации, способность обобщения имеет приоритет перед дискурсом"²⁷². При таких обстоятельствах центральный тезис о необходимости коммуникации и «социальной перспективы»²⁷³ теряет свой вес.

²⁶⁸ См. об этом: Бусова Н.А. Делиберативная модель демократии и политика интересов. // Вопросы философии. 2002. №5. С. 44-54. Примеч.: с. 53 - 54.

²⁶⁹ См. Фливерг Б. Хабермас и Фуко – теоретики гражданского общества // Социологические исследования. 2000. № 2. С. 127-136.

²⁷⁰ Современная западная теоретическая социология: Реф. сб./ Под ред. Поляковой Н.Л. М.: ИНИОН, 1992. Вып 1: Юрген Хабермас. С.132.

²⁷¹ Например, как это пытаются сделать через "индекс качества дискурса": Steenbergen M.R., Bächtiger A., Spöndli M., Steiner J. Measuring Political Deliberation. A Discourse Quality Index // Comparative European Politics. 2003. Vol. 1.

²⁷² Höffe O. Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. Frankfurt a.M., 1993. S. 377. См. об этике дискурса Хабермаса стр. 376-390.

²⁷³ Хабермас Ю. Вовлечение Другого: очерки политической теории. СПб., 2001. С. 87.

Во-вторых, могут быть поставлены под сомнение сами правила дискурса, на которые следует, пусть и опосредованно, ориентироваться при строительстве демократических институтов. Хабермас сам замечает, что точные правила дискурса, которые не может не признать и скептик, в силу самого участия в дискурсе, являются лишь нашими допущениями (реконструкциями интуиций относительно дискурса), которые могут проясняться с течением времени, поэтому даже правила дискурса не являются окончательными²⁷⁴. С этих позиций он возражает Апелю, который возвел правила дискурса в трансцендентальный (независимый от опыта) идеал. По мнению Хабермаса, дискурс о правилах дискурса обусловлен исторической ситуацией так же, как и другие виды дискурсов, поэтому его нельзя рассматривать в качестве метадискурса. Решением этой проблемы может стать как раз точка зрения Апеля.

В-третьих, как этика дискурса в целом, так и концепция делиберативной демократии в частности, порождают острый вопрос: кто на практике будет определять, что является результатом дискурса, если никто не имеет права говорить за всех? У Хабермаса получается, что дискурс – это своего рода бесконечная игра без какого-либо результата. Т. Рокмор писал: «Интеллектуальное исследование происходит в процессе спора, который, подобно лечению у психоаналитика, может тянуться бесконечно. Нет оснований утверждать, что оно быстро или когда-нибудь вообще дойдет до конечного заключения, приемлемого для всех сторон»²⁷⁵. Но если так, то как мы должны определять тот момент, в котором будет разумно прервать дискурс путем властного решения государственного органа? Никаких критериев Хабермас нам не предоставляет. Если отсутствует какая-то высшая инстанция, то никто никогда не поймет, к чему привел их дискурс, и каков его (хотя бы промежуточный) результат, ведь лишь каждый сам за себя может сказать, что именно его убедило (соответственно, Хабермас видит сущность государства и права в том, чтобы служить этой высшей инстанцией, ставящей точку в дискурсе и подводящей его итоги). Но чем должна руководствоваться эта инстанция, если мы ее создадим? Этот вопрос, конечно, подрывает практическую значимость этики дискурса.

С учетом изложенного, мы могли бы понимать демократию (конкретнее: дискурсы общественности) как инструмент, с помощью которого мы можем с большей вероятностью прийти к справедливому

²⁷⁴ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2001. С. 148-154.

²⁷⁵ Рокмор Т. К критике этики дискурса // Вопросы философии. 1995. № 1. URL: <http://www.kph.npu.edu.ua/!e-book/clasik/data/vopros/55.html>. С. 113.

решению. Но при такой ее трактовке наибольшую значимость приобретают не любые дискурсы, а дискурсы экспертов и специалистов. Как справедливо отмечают исследователи творчества Хабермаса, "выводы здравого смысла, даже если они сделаны на легитимной и демократической основе, но при этом противоречат научным данным, способны привести к социальной катастрофе"²⁷⁶. Конечно, весьма сомнительно существование «экспертов по ценностям», хотя и существуют философы-моралисты, уделяющие анализу ценностей внимания больше, чем среднестатистический гражданин. К тому же, обсуждаемы сами критерии отнесения к экспертному сообществу. Но мы должны учитывать, например, что "юристы-ученые, за которыми остается решающее слово, вынуждены трудиться над сложной коммуникативной задачей, представляя итоги научных анализов в форме, стимулирующей одобрение представителей *common-sense* сознания, обыденного сознания"²⁷⁷. Сложность этой задачи делает необходимым постулирование некоторого приоритета экспертного мнения над общественным мнением. И тогда наилучшим средством достижения справедливости могут оказаться и не вполне демократические процедуры.

Выводы. Как бы мы не понимали демократию, всегда оказывается, что нечто стоит над ней. Это нечто может выражаться как справедливость, равенство, права человека, недопустимость дискриминации и т.д., но суть всегда остается той же. Демократия – это относительно пригодное средство для воплощения идеала справедливости. Даже в политической теории Хабермаса, ориентированной на развитие общественных дискурсов, где делиберативная демократия выступает сущностью правового государства, представительные институты играют второстепенную роль, а реальная публичная коммуникация институтов гражданского общества всегда отличается от идеальных правил дискурса, результат которой можно было, с точки зрения Хабермаса, назвать справедливостью. Недостатки же теории дискурса вновь отбрасывают нас к представлению о демократии (в т.ч. делиберативной) как средства против приватизации публичности, угрожающей принципу равенства, и одновременно как средства народного самоопределения, с помощью которого могут устанавливаться разумные ограничения свобод, не противоречащие принципу равенства и правам человека

²⁷⁶ Писанова Т. В. Лингвистические и философские принципы дискурсивной этики: Актуальные дискуссионные вопросы // Вестник МГЛУ. 2010. №603. С.62.

²⁷⁷ Там же. С. 61.

(которые и обеспечивают реальную возможность народного самоопределения²⁷⁸).

В итоге, мы могли бы представить общество, в системе управления которым отсутствует орган, представляющий всё население, но имеются государственные должности, распределяемые по меритократическим принципам. Если учитываемые при назначении на эти государственные должности личностные и деловые качества будущих управленцев действительно коррелируют с их способностью выстроить политику, отвечающую идее равной заботы и уважения, и не противоречащую моральной позиции общества, то, мы полагаем, нет никаких априорных причин создавать представительный орган или отдавать решающее значение аморфному и непостоянному общественному мнению.

§ 3. Гражданское неповиновение

Философы издревле обсуждали вопрос о том, допустимо ли сопротивление законной власти и восстание против нее. Зачастую данный вопрос поднимался в контексте противопоставления естественного и позитивного права. Как правило, предполагалось, что не соответствующие естественному (божественному и т.п.) праву позитивные законоустановления не имеют юридической силы и не подлежат реализации. Отсюда, хотя бы и в самых исключительных случаях, право на восстание против власти и/или ее установлений считалось теоретически допустимым (Аквинский, Гроций, Гоббс, Локк, Руссо и др.), хотя встречались и противоположные позиции (Спиноза, Кант и др.). В современных конституционно-демократических государствах более актуальным является вопрос допустимости не мятежа, а гражданского неповиновения. Под гражданским неповиновением следует понимать умышленное нарушение закона с целью привлечения общественного внимания к проблеме, требующей внесения изменений в законодательство или политический курс, но без цели свержения власти и демонтажа правопорядка (разрушения государства) в целом. Мыслители активно обсуждают и критерии допустимости гражданского неповиновения, и возможные карательные меры, которые власти могут принять в качестве ответа на подобные акции.

Начиная с Дж. Ролза, как правило, рассматривается лишь ситуация «почти справедливого государства», в котором всё же случаются

²⁷⁸ Хабермас Ю. Вовлечение Другого: очерки политической теории. СПб., 2001. С. 410-413.

«серьезные нарушения справедливости»²⁷⁹. Именно поэтому речь идет о ненасильственных действиях, нарушающих закон при одновременном утверждении общей веры в законность. Ситуация насильственного сопротивления легальной власти (например, путем восстания или мятежа, если власть тираническая) не рассматривается, хотя при разрешении обеих ситуаций, как правило, используется общий принцип соразмерности. Вместе с тем, в научной литературе в порядке критики взглядов Дж. Ролза отмечается, что дискуссии о допустимости гражданского неповиновения можно было бы расширить на недемократические страны: «Случай Сербии показывает, что действие путем применения такой эволюционной и реформенной стратегии может быть направлено не только против воли большинства тех, кто стоит за определенными законами и политическими решениями, т.е. тех, кто их принял, но и против воли (самоволия) политической власти, которая, игнорируя волю большинства в обществе, потеряла свойство легитимности»²⁸⁰. Аналогичный вывод делается на примере деятельности Махатмы Ганди²⁸¹. Таким образом, взгляды Ролза следует скорректировать в том отношении, что гражданское неповиновение подразумевает не «почти справедливое государство», а скорее более-менее развитое критически мыслящее гражданское общество. Более того, в обществе, где предоставлены и должным образом обеспечены политические права, обоснованность гражданского неповиновения менее очевидна²⁸².

Дж. Ролз обращает внимание на то, что гражданское неповиновение – это, во-первых, ненасильственная и публичная акция, в которой ненасильственность и публичность, и тем самым готовность понести наказание, выступает гарантом искренности и уважения к закону, во-вторых, апелляция к справедливости (а именно, чувству справедливости большинства граждан), а не к частным интересам или религиозным доктринам, что исключает апелляцию к воззрениям, которые наверняка не получают всеобщего одобрения, а также проявление гражданского неповиновения в случаях, когда члены общества не обладают достаточным чувством справедливости, чтобы воспринять соответ-

²⁷⁹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 319-320.

²⁸⁰ Мирович А. Ограничения и несостоятельность концепции гражданского неповиновения по Ролзу // Вестник Череповецкого государственного университета. 2013. №4 (52). С. 45.

²⁸¹ Апресян Р.Г. Гражданское неповиновение – в политической теории и социальной практике (Джон Ролз и Мохандас Ганди) // Насилие и ненасилие: Философия, политика, этика. М., 2003.

²⁸² См., напр.: Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, 1979. P. 272-273. Данный автор оспаривает наличие права на гражданское неповиновение в подобном обществе. Его критики возражают, что право на гражданское неповиновение само есть одно из основных политических прав.

ствующий посыл²⁸³. В итоге гражданское неповиновение, в общих чертах, допустимо, по мнению автора, только в случае вопиющего (явного и серьезного) нарушения принципов справедливости (в первую очередь, принципа равной свободы и принципа честного равенства возможностей, потому что нарушение принципа различия установить сложнее), когда исчерпаны (или являются явно неэффективными) законные способы решения проблемы, и отсутствует риск возникновения серьезных беспорядков, влекущих исчезновения уважения к закону как таковому и к самой конституции общества (право на несогласие одних, таким образом, ограничивается правами других)²⁸⁴. При этом Ролз делает оговорку, что возможны иные ограничения на проявление гражданского неповиновения. Оно, по мнению данного ученого, как правило, содействует утверждению стабильной справедливости, поэтому члены общества должны согласиться на некоторые критерии, при которых оно оправдано (т.е. юридическая ответственность должна быть смягчена или исключена), хотя и представляет собой нарушение закона²⁸⁵. Если же использование гражданского неповиновения ведет к серьезным беспорядкам, ответственность лежит не на тех, кто протестует, а скорее на тех, чье злоупотребление должностью вызывает подобную позицию²⁸⁶. Это последнее замечание, как мы полагаем, несколько противоречит условию допустимости гражданского неповиновения, которое сам же Ролз и выдвинул, а именно условию отсутствия риска серьезных беспорядков, но всё же их можно согласовать. Так, ответственность лежит на обеих сторонах, но по различным основаниям: на активистах – если они не соблюдают принцип соразмерности, на правительстве – если оно не предотвращает ситуации, при которых широкомасштабное гражданское неповиновение становится допустимым. Для американского ученого гражданское неповиновение в целом оправдано в той мере, в какой оно способствует утверждению принципов справедливости более, чем существующий строй.

Большинство современных авторов восприняло основные идеи ролзовской теории гражданского неповиновения. Так, О. Хёффе в пе-

²⁸³ Критикуя Ролза, Б.Г. Капустин пишет: «То, на какое «сообщество» должно ориентироваться гражданское неповиновение, само является *острейшим политическим вопросом*, а не некой самоочевидностью». Капустин Б.Г. Моральный выбор в политике. М., 2004. С. 398. Мы полагаем, что в конечном счете лица, прибегающие к гражданскому неповиновению, обращаются к тем, от кого зависит принятие властного решения по изменению несправедливой ситуации. Это может быть и правительство, и гражданское общество, и международное общество.

²⁸⁴ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 326-331, 339.

²⁸⁵ Там же. С. 336.

²⁸⁶ Там же. С. 342.

речне условий допустимости гражданского неповиновения называет исчерпанность средств демократической оппозиции и готовность понести наказание²⁸⁷, Ю. Хабермас – исчерпанность правовых способов, убедительность сопротивления с точки зрения конституционных принципов и отсутствие насилия («символический» характер неповиновения)²⁸⁸, Р. Дворкин – несправедливость оспариваемых законов, соразмерность несправедливости и неповиновения, а также готовность понести наказание²⁸⁹. Конечно, более пронизательные авторы, следуя непосредственно Ролзу, замечают, что «правовые» средства могут быть неисчерпаемыми в принципе, и важно лишь ясное осознание их неэффективности²⁹⁰ (т.н. критерий крайней необходимости), но в целом западные мыслители в рассматриваемом вопросе находятся в рамках одной парадигмы. Эта парадигма предусматривает целый ряд критериев допустимости гражданского неповиновения, напоминающих критерии справедливости войн, которые мы рассмотрим в других главах. Среди таковых: 1) крайняя необходимость; 2) вероятность успеха; 3) соразмерность; 4) правильный мотив; 5) условно коммуникативный характер²⁹¹. Несколько слов в пояснение данных критериев. О критерии крайней необходимости уже сказано выше: до того, как прибегнуть к гражданскому неповиновению, следует оценить эффективность менее разрушительных, рискованных и опасных (неочевидных) средств (по нашему мнению, легальность того или иного средства здесь должна учитываться лишь как один из факторов). Критерий вероятности успеха, мы полагаем, охватывается более общим критерием соразмерности, поэтому эти два критерия можно объединить. Соразмерность же в общих чертах предполагает, что конкретная мера, связанная с нарушением закона, с разумной очевидностью будет иметь больше положительных, чем негативных (в т.ч. расшатывание правопорядка и т.п.) последствий. Крайняя необходимость и соразмерность вообще есть важнейшие критерии гражданского неповиновения. Именно они отвечают на центральный вопрос: когда именно обязанность противостоять справедливости перевешивает обязанность соблюдать законы (причем речь

²⁸⁷ Шавеко Н.А. Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хёффе. // Кантовский сборник. 2018. №1. С. 64

²⁸⁸ Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. М., 2011. С. 239.

²⁸⁹ Дворкин Р. Указ.соч. С. 255.

²⁹⁰ Suber P. Civil disobedience. // *Philosophy of Law: An Encyclopedia*. / Ed. Christopher B. Gray. Garland, 1999.

²⁹¹ См., напр.: Brownlee K. Civil Disobedience // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). 2017. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/civil-disobedience>.

в философских дискуссиях идет, как правило, именно об обязанности, а не о праве на гражданское неповиновение). Что касается правильного мотива и коммуникативности, то они скорее определяют понятие гражданского неповиновения, чем устанавливают ограничения для него. Правильный мотив, как мы полагаем, не столь значим в теории справедливой войны, но в теории гражданского неповиновения играет ключевую роль: так, правонарушение, совершенное не ради справедливости, а ради частных интересов, не может называться гражданским неповиновением, и должно повлечь стандартную юридическую ответственность. Наконец, последний – пятый – критерий, а именно критерий условной коммуникативности (условной – поскольку гражданское неповиновение сочетает коммуникативное и стратегическое действие), в наибольшей степени корректирует взгляды Ролза. Дело в том, что данный ученый отмечал такие условия гражданского неповиновения, как ненасилие, публичность и готовность принять наказание. Но, по всей видимости, эти условия следует рассматривать лишь как относительные маркеры более общего критерия – особого рода коммуникативности действия (т.е. обращенности на Другого, попытки «педагогического» влияния на него), выражающего убеждение в необходимости и желание изменить отдельные элементы правопорядка. Критики Ролза, например, указывают на необоснованность такого условия гражданского неповиновения, как отсутствие насилия: во-первых, понятие насилия многозначно (как быть с насилием над собой, повреждением имущества или психическим насилием?), во-вторых, ненасильственные действия порой наносят больше вреда, чем насильственные (например, забастовка работников скорой помощи), в-третьих, с помощью умеренно насильственных мер вполне возможно выразить свою гражданскую позицию относительно политики и законодательства, сохраняя уважение к правопорядку как таковому (по крайней мере, восстановить возможность коммуникации). Отсюда, ненасилие – это весьма размытое и относительное условие коммуникативности акта гражданского неповиновения. С аналогичных позиций могут быть рассмотрены публичность и готовность понести наказание. Так, например, Б.Г. Капустин верно отмечает, что «готовность принять наказание может быть понята в контексте гражданского неповиновения как целесообразная тактика действий», но ни в коем случае не в качестве морального критерия²⁹².

²⁹² Капустин Б.Г. Указ. соч. С. 394.

Р. Дворкин подробно рассмотрел вопрос о том, какие действия вправе и должно применить государство к лицу, нарушающему закон по велению совести. Его личный ответ на него состоит в том, что "оценивая серьезность грозящего зла, необходимо делать скидку на вероятность его осуществления"²⁹³, т.е. не всегда отсутствие наказания за гражданское неповиновение грозит воцарением всеобщей анархии, напротив, оно может демонстрировать уважительное отношение государства к основным правам²⁹⁴. Таким образом, Дворкин полагает, что не только смягчение наказания, но и освобождение от наказания в определенных случаях допустимы.

Помимо того, что нельзя наказывать за несоблюдение неконституционных законов, и того, что сам закон может содержать различные основания освобождения от ответственности, ученый выдвигает и другой (не предусмотренный законом) случай, при котором нарушитель может избежать наказания. Дворкин считает, что если гражданин следует своему взвешенному пониманию закона, допускающего различные толкования (пусть даже это понимание противоречит правоприменительной практике и решениям высших судов), то в случае нарушения данного закона государство должно "стараться защитить такого гражданина и смягчить то затруднительное положение, в котором он находится, всякий раз, когда это можно сделать без большого ущерба для осуществления других стратегий", хотя и "не может взять за правило не подвергать судебному преследованию всех тех, кто действует из соображений совести, или не приговаривать к наказанию всех тех, кто выражает разумное несогласие с мнением суда"²⁹⁵. Это очень гибко сформулированное мнение, и несмотря на подкрепление своей позиции примерами, Дворкин не дает более точных формулировок, что осложняет критику данной позиции.

Вопрос, который Р. Дворкин, к сожалению, вообще не ставит, таков: как быть с лицами, намеренно нарушающими достаточно ясно

²⁹³ Дворкин Р. Указ. соч. С. 267.

²⁹⁴ Там же. С. 282.

²⁹⁵ Там же. С. 293-294. К приведенному мнению Дворкина хотелось бы добавить, что поскольку судьи являются экспертами в области права, постольку было бы несправедливо снисходительно относиться к любому профану, считающему, что он понимает закон лучше, чем судебные инстанции. Допустимо нарушение только того закона, который действительно неясен по содержанию, а не просто непонятен для отдельных лиц, не имеющих юридического образования. Таким образом, возможность освобождения добросовестного нарушителя от наказания должна учитывать определенный (пусть и не абсолютный) авторитет судебной власти. Дворкин учитывает это, утверждая, что если по спору высказался Верховный суд, то в дальнейшем полное освобождение добросовестных нарушителей от ответственности уже недопустимо. См. там же. С. 302-303.

сформулированный закон, который они считают пусть и полностью соответствующим конституции, но всё же несправедливым, с целью обратить внимание общества на данный закон и добиться его отмены? Понятно, что человек, прибегающий к такой политической акции, должен быть осмотрителен в суждениях и действиях, а также быть готовым понести наказание, но что должно делать государство, если применительно к данному случаю основания для освобождения от ответственности в законодательстве отсутствуют? Представляется, что решение проблемы может быть в целом найдено в том же русле, и всё же следует отличать описанного Дворкиным "добросовестного нарушителя" от описанного нами "эпатажного нарушителя", к которому предъявляются более жесткие требования. В конечном счете, и в том, и в другом случае речь, по сути, идет о том, чтобы учитывать добросовестность и мотивы нарушителя.

Таким образом, мы видим, что в западной литературе обсуждаются как моральные критерии гражданского неповиновения, так и его правовые последствия.

К сожалению, в отечественной научной литературе публикации относительно проблемы гражданского неповиновения относительно редки. Вместе с тем, среди дореволюционных и современных правоведов отмечается определенная дискуссия о возможности нарушить закон в интересах целесообразности, нравственности или какого-либо иного идеала (очевидно, что данная проблема шире проблемы гражданского неповиновения, так как рассматривает возможность нарушения закона вообще, а не только конкретной формы такого нарушения). Рассмотрим указанный вопрос, чтобы выяснить, проливает ли он свет на критерии допустимости гражданского неповиновения.

Среди юристов доминирует, конечно, позиция приоритета законности. Учёные, по существу, едины в том, что «самое целесообразное решение – это решение, основанное на законе, и вопрос о целесообразности может ставиться только в рамках закона»²⁹⁶, а «в праве, в законе выражается высшая целесообразность»²⁹⁷. Однако в некоторых случаях это мнение дополняется постулированием такого требования законности, как своевременное обновление законодательства в соответствии с потребностями общества²⁹⁸. При этом принцип законности

²⁹⁶ Проблемы общей теории государства и права. / Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006. С.470.

²⁹⁷ Элементарные начала общей теории права: учеб. пособие для вузов. / Под общ. ред. В. И. Червоного. М., 2003. С. 486.

²⁹⁸ Теория государства и права: учебник. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 2004. Электр. изд. С. 405.

фактически расширяется до принципа справедливости. Таким образом, вопрос соотношения законности и целесообразности сложен и неоднозначен. «Сторонников законности всегда отпугивал произвол суда и администрации при допущении малейшей возможности отхода от закона. Приверженцев целесообразности отталкивает бездушное понимание правовой нормы, «правильное по закону, а по существу издевательское»»²⁹⁹.

Существо проблемы удачно выразил Г.Ф. Шершеневич, который писал: «Применение норм права по началу справедливости или целесообразности уничтожает всякое значение издания общих правил. Возражения против принципа законности – это возражения против самой нормы. Норма сама по себе есть отрицание конкретности. И если устанавливают норму, то именно потому, что опасаются конкретного многообразия. Нападать на начало законности значит настаивать на восстановлении того, что норма призвана была устранить. Если законы должны быть исполняемы в точности лишь до тех пор, пока они не сталкиваются с чувством справедливости, пока они не приводят к нецелесообразным результатам, то спрашивается, зачем вообще издавать законы?»³⁰⁰. Но если сам Шершеневич усматривал в сказанном не только существо, но и решение проблемы, то мы полагаем, что данные рассуждения лишь показывают необходимость найти баланс между законностью и справедливостью. Цель нормативной системы состоит в максимальном воплощении справедливости³⁰¹. Для этого нормативная система должна быть одновременно незыблемой и гибкой³⁰². Поэтому социальная норма суть компромисс между абстрактностью и конкретностью, а не отрицание конкретности, как думает Шершеневич. Проблема заключается в том, что не всегда легко определить, в какой точке находится этот оптимальный баланс абстрактности и конкретности, позволяющий достичь максимальной справедливости: поскольку мнение законодателя может быть ошибочным, постольку закон может быть далек от оптимума, и отсюда его конфликт со справедливостью. Современная политическая теория в делиберативной демократии видит действенный способ снизить риск подобных ошибок (причем гражданское неповиновение многими исследователями рассматривается как необходимый элемент делиберации!). Другая же проблема состоит в

²⁹⁹ Проблемы общей теории государства и права. / Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006. С.471.

³⁰⁰ Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М., 2016. С. 617.

³⁰¹ Хотя при этом и не обязательно, подобно, напр., Г. Радбруху, определять право через стремление к справедливости.

³⁰² Ср. с конфликтом стабильности и справедливости по Г. Радбруху.

том, что даже в указанных «неоптимальных» ситуациях (когда закон не воплощает справедливость в максимально возможной мере, т.к. недостаточно или чрезмерно гибок) нарушение закона может лишь увести нас еще дальше от справедливости, и соответствующие последствия тоже не всегда легко определить. Обычно мыслители решают эту проблему указанием на то, что закон не подлежит исполнению только в случае его крайней и очевидной несправедливости³⁰³. Рассматривая проблему слишком широко, они не видят, например, возможности нарушения справедливого закона с целью обратить общественное внимание на другой, несправедливый закон, и не оценивают реальные шансы изменить положение дел легальными средствами: проблема гражданского неповиновения ускользает от них.

Сказанное приводит нас к выводу, что в вопросе о соотношении законности и справедливости/целесообразности мы имеем две – пусть и взаимосвязанных – проблемы, а не одну³⁰⁴, и решаются они в различных (хотя и учитывающих друг друга) научных дискурсах. В обоих случаях решения данных проблем неоднозначны ввиду сложности расчетов и прогнозирования масштабных социальных процессов. Но важно понимать, что изначальная абстрактность закона и конкретность справедливости не препятствуют применять критерий справедливости по отношению к закону, а не только к судебному решению, ведь абстрактность закона есть действенный способ пожертвовать конкретностью как таковой (могушей быть справедливой или несправедливой) с целью обеспечить хотя бы частичную справедливость, и чем более закон способствует воплощению справедливости, тем более он справедлив.

Конечно, важно помнить то, что если каждый член общества будет вести себя противоправно каждый раз, когда он твёрдо убеждён в неразумности (безнравственности и т.п.) права, подорвутся самые основы общественного порядка³⁰⁵. Есть рациональное зерно в той позиции, что «допущение отхода от принятых законов и обхода или нарушения их под предлогом целесообразности всегда чревато серьезной

³⁰³ См., напр., т.н. «формулу Радбруха».

³⁰⁴ Кроме того, как мы полагаем, прежде чем отвечать на вопрос о соотношении законности и других ценностей (справедливости, целесообразности и т.п.), следовало бы спросить о том, что именно за идеал, противопоставляемый законности, имеется в виду. К сожалению, дискуссии о конфликте законности и целесообразности зачастую не сопровождаются пояснениями относительно того, что за целесообразность (чьё?) имеется в виду. Законом подлежит защите не всякий, а лишь справедливый интерес. Но вопрос о справедливости также поднимают далеко не все исследователи. Тем самым проблема лишь запутывается.

³⁰⁵ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006.С. 472.

угрозой правовому порядку в целом»³⁰⁶. Типична в этой связи позиция С.С. Алексеева, который утверждал: «Малейшее, само будто бы вполне оправданное по соображениям морали или целесообразности отступление от строжайшего соблюдения и исполнения действующих юридических норм приводит к страшной беде – *разрушению законности вообще*»³⁰⁷. Нивелировка права ведёт к социальному хаосу. И.А. Ильин верно писал: «В большинстве случаев люди стараются перетолковать закон в свою пользу, а иногда и прямо извратить его смысл»³⁰⁸. К этому следует добавить, что даже в отсутствие подобных стремлений нередко встречаются ситуации, когда для определения целесообразности поступка одного лишь стремления к разумности и беспристрастности недостаточно, разум «даёт сбой». Именно в этих случаях на помощь должно приходиться правовое сознание, которое видит такие преимущества права, как возможность государственного принуждения, чёткость формулировок, профессиональность регулирования и т.д. Таким образом, важно помнить, что нам могут не нравиться отдельные правовые нормы, но в подавляющем большинстве случаев это лучше, чем их отсутствие, или чем демонстративное их нарушение. Лишь в исключительных случаях «бунт» может быть оправдан.

Более того, даже если гражданское неповиновение оправдано с точки зрения общественного мнения или идеала справедливости, оно всё же остается неоправданным с юридической точки зрения. Отсюда любой правонарушитель должен ясно видеть неотвратимость юридической ответственности за свои действия, иначе само право теряет смысл. В то же время С.С. Алексеев отмечает, что если «*сам факт нарушения любого закона (как бы мы ни осуждали его по мотивам «устарелости» или «нецелесообразности») должен быть зафиксирован всегда*», то «применение последствий за такого рода нарушения, например использование карательных санкций, должно следовать по существующим юридическим процедурам *не всегда*», одновременно указанные факты должны стать «основанием для того, чтобы в практическом порядке началось рассмотрение вопроса об обоснованности закона, о необходимости его отмены или внесения в него изменений»³⁰⁹.

³⁰⁶ Грищенко Л.Л., Гладких В.И. О современных принципах правового обеспечения охраны общественного порядка и общественной безопасности // Вестник ГУУ. 2013. №8. С. 134.

³⁰⁷ Алексеев С.С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М., 2010. С. 40.

³⁰⁸ Ильин И.А. Путь духовного обновления. // Почему мы верим в Россию: Соч. М., 2007. С. 319.

³⁰⁹ Алексеев С.С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М., 2010. С. 40.

С.С. Алексеев, опираясь на И.А. Покровского³¹⁰, полагал, что в наиболее абстрактном виде термин право обозначает «социально оправданную свободу поведения», и существуют права, не закреплённые ни в законе, ни в общественной морали, но «которые непосредственно вытекают из социальной жизни»³¹¹. Эти права и совершаемые на их основе действия могут быть обоснованы лишь своей социальной полезностью. Как пишет учёный, они ««социально оправданы», оправданы тем, что прямо выражают объективные законы, требования соответствующих объективных закономерностей и интересов»³¹². Разумеется, они «могут стать «оправдательной основой» для произвола, самочинных действий», поэтому их влияние на право «в соответствии с началами законности должно осуществляться в адекватных ей формах, т.е. через правотворчество или надлежащие формы юридической практики»³¹³. Но суть в том, что эти права объективно существуют, и не могут быть отчуждены, и если закон отказывается их признавать, они силой вторгаются в его сферу через революционное правосознание. С.С. Алексеев акцентирует внимание именно на позитивном праве. Что же касается общественной морали, то аналогичные суждения имеются у П.И. Новгородцева: «Поступать сообразно с общей нормой, но вопреки своему нравственному решению для нравственно развитой личности представляется... невыносимым внутренним противоречием... Принудительная система нравственности в случае несогласия лица с общими требованиями не оставляет иных выходов, как лицемерие для слабых и мученичество для сильных. Отнимая у человека возможность делать добро по собственному побуждению и постичь истину силой собственного внутреннего развития, она, в сущности, преграждает доступ к высшему нравственному совершенствованию»³¹⁴. Подобно С.С. Алексееву, в случае неучёта целесообразности ссылавшемуся на революционное правосознание, П.И. Новгородцев, в случае неучета нравственного сознания, пишет о неизбежности социальных протестов. Оба мыслителя, в сущности, пытаются обратить внимание масс на достаточно важный аспект правового и нравственного сознания и воспитания, который П.И. Новгородцев формулирует следующим образом: «Важно, чтобы для личности оставалась возможность поступить по-

³¹⁰ Там же. С.18-22.

³¹¹ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 61.

³¹² Там же. С. 62.

³¹³ Там же. С. 64.

³¹⁴ Новгородцев П.И. Право и нравственность. // Правоведение. № 6. 1995. С.109.

своему и в иных случаях войти в противоречие с общественными требованиями во имя сознания высшей правды»³¹⁵.

Таким образом, и в дореволюционной и современной российской юриспруденции отмечалась важность института гражданского неповиновения как «лакмусовой бумажки» справедливости (общественного идеала). При всей важности принципа законности наши правоведы не забывают о том, что в определенных ситуациях юридическая ответственность за нарушение закона не была бы справедливой, поскольку создавала бы препятствия активным стремлениям к справедливости.

³¹⁵ Там же. С. 110.

Глава третья. Процессуальная и воздающая справедливость

В этой главе будут рассмотрены два тесно взаимосвязанных вида справедливости: процессуальная и воздающая. Процессуальную справедливость мы понимаем узко, как идеально должное в процессуальных отраслях права, предмет которых – регулирование общественных отношений при применении норм материального права (в том числе регулирование хода судебного процесса). Воздающая справедливость, в свою очередь, есть идеально должное в вопросах привлечения к юридической ответственности (уголовной, административной, материальной, гражданско-правовой и др., в т.ч. к процессуальной) и восстановления справедливого социального порядка. Из этих определений следует, что процессуальная справедливость, как правило, имеет целью торжество воздающей справедливости. Это происходит в тех случаях, когда судебный процесс направлен на привлечение одной из участвующих сторон к юридической ответственности. В иных же (более редких) случаях цель процессуальной справедливости – торжество других (помимо воздающей) видов материально-правовой справедливости. В свою очередь воздающая справедливость, будучи сама по себе материально-правовой, имеет целью торжество самых разных видов материально-правовой справедливости (напр., общей, уравнивающей, распределяющей и др.³¹⁶). Следовательно, и принципы процессуальной справедливости, и принципы воздающей справедливости обусловлены (в конечном счете) необходимостью восстановления правопорядка, основанного на равенстве лиц, то есть на равной заботе и уважении по отношению к ним³¹⁷. Из фундаментального принципа равенства еще нельзя вывести конкретные принципы воздающей и процессуальной справедливости и тем более определить их содержание. Но он, безусловно, обуславливает их цель. Отсюда, хотя общий принцип равенства является деонтологическим, воплощение этого принципа в частных сферах открывает возможности консеквенциалистской, в том числе утилитарной этики. Кроме того, нельзя не отметить, что достижение

³¹⁶ В т.ч. самой воздающей, например при наказании за преступления, совершенные против правосудия. А иногда – при привлечении к процессуальной ответственности – этой конечной цели воздающая справедливость достигает через промежуточную цель – торжество процессуальной справедливости.

³¹⁷ Возражение на этот тезис, указывающее, что судья применяет нормы материального права безотносительно их справедливости, не учитывает, что толкование этих норм (напр., оценочных понятий или намеренно абстрактных определений) осуществляется судьей всё же с учетом общей теории справедливости.

процессуальными и ретрибутивными нормами своей конечной цели зависит от степени воплощения равной заботы и уважения в тех сферах общественной жизни, которые этими нормами непосредственно не регулируются.

§ 1. Проблема поиска истины в судебном процессе

Введение. Дж. Ролз верно утверждал: "Суд есть пример несовершенной процедурной справедливости"³¹⁸. Иными словами, судебный процесс есть способ реализации (материальной, как правило воздающей) справедливости или ее восстановления (в случае, если имело место правонарушение), причем идеал в виде (материальной) справедливости дан нам заранее, а мы лишь ищем процедуру, которая лучше всего подходит для претворения данного идеала, хотя сама процедура всегда остается в той или иной степени несовершенной.

По мнению О. Хёффе, главный принцип процессуальной справедливости – беспристрастность. Утверждая его, данный автор продолжает: "Чтобы быть совершенно *беспристрастными*, судьи должны обладать тремя совершенствами: *всезнанием*, как относительно действующего права, так и относительного того, что произошло; *всемудростью*, способной правильно оценить все произошедшее в свете действующего права; *абсолютной личной справедливостью*, которая также стремится к правильной оценке всего. И в-четвертых, *судоустройство* должно в дополнение ко всему обладать *всемогуществом*, способным на абсолютное выполнение справедливых приговоров"³¹⁹. Известные максимы процессуальной справедливости, такие как "следует выслушать все стороны" или "никто не может быть судьей в своем деле", являются лишь выражением идеи беспристрастности³²⁰. По нашему же мнению, беспристрастность более подходит на роль основного метода поиска справедливости, и в частности основного метода при вынесении судебных решений. Цель процессуальных отраслей права – эффективная реализация норм материального права. Данная цель также может рассматриваться и в качестве главного принципа процессуальной справедливости. В свою очередь те совершенства судьи, о которых говорит Хёффе, и связанные с ними совершенства судебной системы, должны быть подчинены названной цели.

³¹⁸ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 86.

³¹⁹ Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 79. Курсив везде наш – Н.Ш.

³²⁰ Там же. С. 69-70.

Если мы обратимся к сформулированным в законодательстве принципам процессуальных отраслей права, то мы увидим, что все они, в совокупности с требованиями, предъявляемыми к судьям и кандидатам в судьи (ст.ст. 3,4 и др. Закона РФ "О статусе судей в РФ"), принципами неприкосновенности и несменяемости судей (ст.ст. 15–16 ФКЗ "О судебной системе РФ"), материальными гарантиями для судей, так или иначе направлены на эффективную реализацию материальной справедливости. Так, в гражданском, административном и уголовном процессе действуют принципы законности, осуществления правосудия только судом, независимости судей и свободной оценки ими доказательств, равенства всех перед законом и судом, состязательности сторон, гласности судебного процесса, доступности языка судопроизводства, непосредственности исследования доказательств, обжалуемости судебных решений, обязательности исполнения вступивших в силу судебных решений. Существует также ряд менее распространенных принципов, которые действуют лишь в отдельных видах судопроизводства³²¹. Практически все эти принципы достаточно очевидны для юридического сообщества, и не вызывают принципиальных возражений.

Однако существует принцип, связанный с названным О. Хёффе требованием всезнания в части "того, что произошло" – принцип объективной истины. Сегодня этот принцип практически позабыт учеными, как правило он либо вообще отрицается, либо заменяется неясными суррогатами вроде "принципа формальной истины". Подобные изменения связаны с тем, что в отличие, например, от УПК РСФСР и от ГПК РСФСР, в УПК РФ и в ГПК РФ термин "истина" вообще не употребляется. Представляется, впрочем, что отсутствие термина в законе еще не отменяет сам принцип, вытекающий из существа правосудия.

³²¹ В то же время такие принципы, как равноправие сторон (ср. ст. 12 ГПК РФ и ст. 15 УПК РФ, во втором случае о равноправии ни слова), устный характер судебного разбирательства (отсутствует, напр., в ст. 5 ФКЗ "О Конституционном Суде РФ"), презумпция невиновности (ср.ст. 14 УПК РФ и противоположный ей п. 2 ст. 401 ГК РФ), коллегиальность (см., напр., ст. 7 ГПК РФ и ст. 17 АПК РФ, где он усечен), распространяются не на все виды судебного процесса. Можно сказать, что они не являются обязательными для торжества справедливости. Действительно, строгое равноправие сторон в судебном процессе не является безусловно необходимым. Так, в гражданском процессе оно требуется для обеспечения состязательности, способствующей поиску истины и тем самым торжеству справедливого решения, а в уголовном процессе, напротив, именно неравноправие сторон (включая презумпцию невиновности) содействует состязательности. В уголовном процессе также отдельно выделяется ряд принципов, связанных с охраной прав и свобод человека (ст.ст. 9-13, 16 УПК РФ). Очевидно, что права человека не должны нарушаться и в иных видах процесса, поэтому такой акцент связан исключительно с тем, чтобы подчеркнуть их важность именно в расследовании уголовных дел, где возможны злоупотребления со стороны власти, мешающие объективности приговора.

Поскольку проблематика поиска истины активно обсуждается в современной юридической науке, и здесь возникают действительно принципиальные споры, мы ограничимся ее рассмотрением в качестве репрезентации проблем процессуальной справедливости.

Истина в суде. Истина является одной из главных философских категорий. Будучи основным понятием гносеологии, она стоит у самых истоков познания, ибо прежде чем отвечать на те или иные практические вопросы, исследователю следует поставить перед собой другой, первостепенный вопрос: "А что я вообще могу знать?". В связи с этим необходимо отметить, что понятию истины уделяется достаточно много внимания в философии, однако в юриспруденции оно, как кажется, предано некоторому забвению.

Так, в настоящее время среди юристов чрезвычайно распространена позиция, которая может быть сформулирована следующим образом. Истина в суде не устанавливается: суд не обязан делать это. Решение суда основывается не на фактах объективной реальности, а на формально оцененных доказательствах, представленных сторонами. Истина недостижима, и доступна только Богу³²².

Представляется, что в изложенной позиции не учитываются различные аспекты понятия истины. "Недостижимой и доступной лишь Богу" может считаться лишь *абсолютная истина*. Под абсолютной истиной принято понимать информацию, полностью соответствующую действительности, которую принципиально больше нельзя дополнить или уточнить. Эта информация не зависит от возможностей человеческого разума или восприятия. И так как предполагается, что рациональное мышление и чувственное восприятие человека всегда останутся несовершенными, обычно говорят, что людям абсолютная истина недоступна. Но из-за этой недоступности понятие абсолютной истины и утрачивает своё практическое значение, оставаясь некой абстрактной категорией. В повседневной жизни люди чаще всего используют понятие истины в другом значении, а именно как *истины относительной*. Этот термин отражает неполное, неточное, незавершенное знание о предмете. Учитывая несовершенство инструментов человеческого познания, любое знание о мире, которым мы располагаем, можно считать относительной истиной. Формально относительная истина равнозначна лжи. И всё же есть одно существенное отличие "бытового" понятия истины и собственно лжи: *истина всегда предполагается объектив-*

³²² О доминировании изложенной концепции в науке пишет, напр., А.Н. Шмелев. См.: Шмелев А.Н. «Русская рулетка» правосудия, или К вопросу об установлении объективной (материальной) истины в уголовном процессе // СПС КонсультантПлюс.

ной. В отношении абсолютной истины категория объективности не используется, потому что сама собой разумеется. Здесь объективность означает правильное отражение окружающей действительности (объективность "по отношению ко всему"). Более значимо понятие объективности в отношении относительной истины. Здесь оно означает непредвзятое и полное использование инструментов познания (объективность по отношению к исследователю). Объективная относительная истина, таким образом, – это такое содержание наших знаний, которое не зависит от познающего субъекта по содержанию, то есть не зависит от воли и желаний человека или общества. Итак, *несмотря на относительность всякого знания, его можно разделить на объективное и необъективное, и второе как раз и будет ложью.*

Многие исследователи утверждают, что в основу гражданского процесса сегодня положен принцип формальной истины³²³. Формальность здесь означает, что мы принимаем на веру суждения, отвечающие некоторым заранее установленным критериям. Гипотетический пример: если факт болезни может быть подтвержден только листком нетрудоспособности, и предполагается, что если этого документа нет, то человек не болел. Нетрудно заметить, что принцип формальной истины освобождает познающего субъекта от необходимости непредвзятого и полного использования своих возможностей познания (чувственного восприятия, логического мышления и т.д.), от исследования всех возможных, пусть и не представленных сторонами судебного процесса, доказательств, могущих свидетельствовать о фактических обстоятельствах дела. Из этого же следует, что формальная истина не отвечает критерию объективности, и по сути является ложью. *Принцип формальной истины можно назвать принципом отказа от истины, принципом допустимости лжи.* Кроме того, как будет показано далее, этот принцип влечёт попрание справедливости. Нередко учёные путают понятия "относительная истина" и "формальная истина". В действительности эти понятия диаметрально противоположны. Первое – это истина, второе есть ложь. "Формальная истина ущербна. Акт правосу-

³²³ См., напр.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург, 1997. С. 11; Воронов А.Ф. Эволюция принципа объективной истины в гражданском процессе // Законодательство. 2004. № 12. С. 40; Александров А. О значении концепции объективной истины // Российская юстиция. 1999. № 1. С. 24; Резниченко И.М. Принцип формальной истины - процессуальная реальность // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. Владивосток, 1998. С. 61, 122; Плюхина М.А. Истина в гражданском судопроизводстве // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. М., 2002. № 1. С. 334 - 335.

дия, не отвечающий истинному положению вещей, действительным обстоятельствам и доказательствам дела, сомнителен"³²⁴.

Итак, истина всегда есть нечто объективное. Конечно, понятие объективности само нуждается в уточнении, и необходимость такого уточнения порождает некоторые недостатки концепции объективной истины, о чём будет сказано далее. Тем не менее, в указанной концепции имеется и очевидная польза, заключающаяся она в том, что требование объективности позволяет избежать многих ошибок, связанных со склонностью людей отстаивать лишь такое мнение, которое отвечает их интересам, предпочтениям и личным устремлениям. Наряду с корыстными мотивами причиной ошибок в процессе познания могут стать и другие факторы: человек зависит от общественных тенденций и предрассудков, от культуры того общества, в котором он живёт, от стиля мышления данной исторической эпохи; сильное влияние на него оказывают родительское воспитание, система образования, средства массовой информации. Даже настроение познающего, его эмоции могут привести к ложным выводам, и подобные факторы можно перечислять ещё долго. И всё же, как верно отмечается в философской литературе, "универсальность субъективности не означает, однако, отказа от требования максимальной объективности в тех областях, где последняя представляется (как, скажем, в науке) основополагающей ценностью"³²⁵.

Полагаем, что правосудие является той самой областью, где максимальная объективность просто необходима. Эту позицию разделяет огромное количество учёных, при этом большинство из них отстаивает в связи с этим необходимость установления в суде *объективной истины*. Защищая свои взгляды, они критикуют других учёных, которые утверждают, что надеяться открыть истину в судебном процессе нельзя, а все, чего можно достигнуть – это так называемая "судебная достоверность" (её также называют процессуальной, судебной или юридической истиной³²⁶). Поиск истины, согласно последним, это "химера" (Е.Б. Мизулина), "блеф" (М.И. Бобров). Между тем, спор этих двух точек зрения порой не имеет под собой реальных оснований. Истина в любом случае объективна, иной истины быть не может. Причём то, что называют "судебной достоверностью", при должном законодательном

³²⁴ Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2004. С. 89.

³²⁵ Субъективность// Философия: Энциклопедический словарь / Под редакцией А.А. Ивина. М.: Гардарики. 2004.

³²⁶ Шмелев А.Н. Указ.соч.

регулировании прав и обязанностей участников судебных процессов также может оказаться "объективной истиной".

Но в любом случае нужно говорить именно об относительной истине ("химерой" является лишь абсолютная истина). Сторонники объективной истины критикуют, например, И.Я. Фойницкого, утверждающего, что факты могут быть познаны лишь до определённой степени вероятности, забывая, что их "объективная истина" сама есть только вероятностное знание (хотя бы с позиции солипсизма). Парадокс, но принимая во внимание солипсизм, весьма гуманистическим выглядит известное высказывание А.Я. Вышинского о том, что суд должен разрешать спор с точки зрения "максимальной вероятности" тех или иных фактов, подлежащих оценке. Конечно, это утверждение следует дополнить указанием на то, что максимальная из всех вероятностей должна быть достаточно высокой (в противном случае действует презумпция невиновности или иные специальные правила о бремени доказывания).

Требование объективности, если понимать его именно как непредвзятое и полное использование возможностей познания, порождает ряд вопросов. В частности: кто будет определять, каковы наши действительные возможности познания? как исследователю удостовериться в том, что им были использованы все средства познания? Эти вопросы составляют краеугольный камень концепции объективности истины. И в то же время, на них можно дать ответ. На наш взгляд, поскольку понятие объективности необходимо нам исключительно в практических целях, критиковать его с общефилософских позиций не следует. Вряд ли будет правильным требовать от государственного обвинителя или судьи выйти за тот горизонт познания, который ограничивается уровнем развития общества, в котором они живут. Достаточно прийти к более или менее практичному общему знаменателю. Представляется, что в качестве такового способны выступать *принципы разумности и добросовестности* действий познающего, которые могут конкретизироваться применительно к отдельным случаям или сферам общественной жизни.

Возложение в той или иной форме на отдельных участников процесса обязанности быть объективным (то есть устанавливать истину) существенно повысит справедливость судебных решений. Между тем, именно для торжества справедливости и существует право (и даже сами слова эти однокоренные). Но как можно говорить о справедливости процесса, в котором ни суд, ни другие участники даже не думают выяснять реальные особенности, присущие рассматриваемым в

судебном заседании событиям? Анализируя изменения гражданского процессуального законодательства 1995–1996 гг., и утверждая, что нынешняя судебная система находится в бедственном положении, С.Ф. Афанасьев верно отмечает, что "корень неудач кроется в том, что законодатель не учел главное базисное начало любого правосудия (по гражданским либо уголовным делам), а именно то, что оно должно быть справедливым, а решения суда должны соответствовать действительности не зависимо от того какие интересы затрагиваются – частные или публичные. В противном случае правосудие перестает быть правосудием"³²⁷. Э.М. Мурадян также утверждает, что "отказ от принципа истины равнозначен отказу от правосудия"³²⁸.

Означает ли сказанное, что необходимо законодательно закрепить понятие истины? Полагаем, что этот вопрос не носит принципиального характера. Ибо важны не столько слова, которые фигурируют в текстах законов, сколько реальный смысл тех или иных норм. Так, даже если в законодательстве отсутствует понятие истины, в нём может содержаться большое количество норм, которые так или иначе обязывают участников процесса правильно и объективно оценивать значимые для дела обстоятельства. Такая норма содержится, например, в ст. 12 ГПК РФ, согласно которой суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав, а также создает условия для всестороннего установления фактических обстоятельств дела. Таково и правило ст. 87 УПК РФ, обязывающее дознавателя, следователя, прокурора и суд осуществлять проверку доказательств путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство. Вообще, активность суда в восполнении доказательной базы, как правило, способствует установлению истины и защите "слабой" стороны процесса³²⁹. Гарантией достоверности исследуемых в суде фактов и объективности собственно их исследования, исключения судебных ошибок служит масса других процессуальных норм (правила о недопустимости доказательств, институт отводов, возможность обжалования судебных решений и т.д.). Чем больше подобных норм, чем они действеннее, тем лучше реализуется социальное назначение процессуального права. При этом совсем не обязательно упоминать слово "истина",

³²⁷ Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве. Саратов, 1998. С.4.

³²⁸ Мурадян Э.М. Указ.соч. С. 91.

³²⁹ Смирнов Г. Установить объективную истину. // ЭЖ-Юрист. №25.2012. С. 3.

главное – чтобы норма содержала требование объективности к кому-либо из участников процесса или же устанавливала не адресованное конкретным лицам общее правило, которое обеспечивало бы объективность судебного познания, повышало уровень достоверности и полноты доказательственной базы.

С учетом того, что в настоящее время законодатель закрепляет в процессуальных кодексах принципы состязательности сторон (ст. 9 АПК РФ, ст. 12 ГПК РФ, ст. 15 УПК РФ) и разумных сроков судопроизводства (ст. 6.1 АПК РФ, ст. 6.1 УПК РФ, ст. 6.1 ГПК РФ), уместным противовесом данным принципам действительно могло бы стать закрепление еще и принципа объективной истины. Здесь важно, чтобы этот противовес не выхолащивал уже действующие принципы. Какие могут быть альтернативы закреплению принципа объективной истины? Мы полагаем, что важно различать достаточность имеющихся доказательств для вынесения какого-либо решения по делу (напр., ч. 3 ст. 67 ГПК РФ, ч. 1 ст. 88 УПК РФ) и достаточность исследования обстоятельств, имеющих значение для дела (при достаточном исследовании, возможно, появились бы иные доказательства, опровергающие уже имеющиеся!); аналогично следует различать полноту исследования имеющихся доказательств (напр., ч. 1 ст. 67 ГПК РФ) и полноту собранных по делу доказательств (о полноте собранных доказательств может свидетельствовать достигнутая разумно осознаваемая невозможность получения каких-либо иных доказательств). В существующих редакциях процессуальных кодексов мы имеем только первое, хотя целесообразно было бы закрепить и второе. Конечно, важно, чтобы при этом не была нивелирована обязанность сторон по доказыванию (ст. 56 ГПК РФ, ст. 65 АПК РФ). Но всё же представляется целесообразным, например, для гражданского процесса: (1) включить в ГПК РФ норму, устанавливающую общее правило, согласно которому суд вправе истребовать доказательства по собственной инициативе, как это было в ст. 50 ГПК РСФСР до 1996 г. (на практике многие суды уже делают это вопреки буквальному толкованию ст. 57 ГПК РФ), а также (2) исключить необходимость сторон доказывать невозможность самостоятельного истребования доказательств перед обращением с соответствующим ходатайством к суду. В гражданском процессе изложенные правила важны потому, что сторонами, как правило, выступают лица, не являющиеся ни юристами, ни предпринимателями (на которых можно было бы возлагать повышенные риски). Избежать возложения на суды неоправданной нагрузки в случаях истребования доказательств возможно через создание системы электронного документооборота

между судами и другими государственными органами и организациями, предоставляющими сведения. К тому же, в отличие от ст. 14 ГПК РСФСР, мы говорим всё же о праве, а не об обязанности суда по соби- ранию доказательств по собственной инициативе. Суд первой инстан- ции, таким образом, должен либо истребовать необходимые сведения сам, либо разъяснить стороне, на которую возложено бремя доказы- вания, необходимость истребования конкретных сведений в конкретном месте их нахождения, в противном случае, как мы это предлагаем, суд апелляционной инстанции получает возможность перейти к рассмот- рению дела по правилам производства в суде первой инстанции.

Важным является вопрос о том, всегда ли оправдано закрепление в законодательстве требования объективности. Иными словами, это вопрос о том, каких случаях мы всё-таки можем пренебречь истиной. Проиллюстрировать значимость данного вопроса можно на следующем примере. Предположим, дознаватель или следователь добывается от подозреваемого или обвиняемого показаний с помощью пыток. Вполне вероятно, что целью обвинителя при этом является установление исти- ны, и он добросовестно стремится к этой благой по сути цели. В то же время не исключено, что пытаемый вовсе непричастен к преступле- нию, и пытка не обоснована³³⁰. Более того, даже если и причастен, воз- никает вопрос: допустимо ли так унижать человеческое достоинство? По мнению Ч. Беккариа, пытки являются неэффективным средством доказывания из-за большой вероятности лжи со стороны подозревае- мого (в том числе, когда невиновный, чтобы прекратить страдания, признает себя виновным)³³¹. Однако современные философы делают акцент на недопустимости отношения к человеку как к средству. Те- лесное наказание, установленное судом, строго определено и представ- ляет собой последствия совершенного преступления. Но пытка, прово- димая до суда, имеет совершенно другую природу: во-первых, вина обвиняемого или подозреваемого еще не доказана, во-вторых, обвини- тель обладает практически полным господством над ним³³². Поэтому все попытки через отсылку к эффективности оценить допустимость пыток, применяемых в ходе расследования уголовный дел, бьют мимо цели, так как эффективность здесь вообще ни при чем.

Представляется, что при решении подобных проблем следует вновь обратиться к теории права. Установление истины в судебном процессе необходимо, чтобы решить дело по справедливости. Но из

³³⁰ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М., 1995. С. 121.

³³¹ Там же. С. 125-126.

³³² Luban D. *Torture, Power, and Law* Cambridge, 2014. P. 74-108

этого явно следует, что *нарушать принцип справедливости ради установления истины – это всё равно, что давать взятку чиновнику за то, чтобы он боролся с коррупцией*. В обоих случаях способы, которыми предполагается достигнуть цели, переходят некую грань, за которой сама сущность этих способов делает невозможным достижение цели. Иными словами, мы не должны нарушать права одних людей, чтобы защитить права других, иначе сама эта защита станет бесполезной глупостью, и если уж общество предоставило личности определённые права, то оно должно гарантировать их соблюдение приемлемыми способами. Нельзя, например, нарушать неприкосновенность жилища при раскрытии преступлений. Чтобы проникнуть в помещение без согласия собственника, следовательно по действующему законодательству нужно получить разрешение судьи, а для этого предоставить последнему весомые доказательства, свидетельствующие о необходимости такого проникновения. Данное правило, возможно, уменьшает шансы следователя отыскать истину, однако вряд ли кто-либо станет оспаривать его обоснованность, связанную с возможными злоупотреблениями власти, если добавить к нему то уточнение, что в тех случаях, когда допущенное при сборе доказательств процессуальное нарушение может быть устранено, суд не должен отвергать эти доказательства без предоставления возможности устранить соответствующие нарушения.

Сказанное, в принципе, лаконично выражается в таком требовании к доказательствам, как их *допустимость* (имеется в виду допустимость в смысле УПК РФ – как соответствие доказательств и способов их получения закону). Данное требование в той или иной форме закреплено во всех процессуальных кодексах РФ. Но помимо него речь идёт также о тех правилах, которые *освобождают* участников процесса от доказывания определённых фактов. К обстоятельствам, не подлежащим доказыванию, относятся например общеизвестные факты или факты, установленные ранее судом при рассмотрении другого дела (преюдиция). Получается, что объективная истина устанавливается далеко не всегда, причем в этом и нет никакой необходимости, а иногда для торжества справедливости (да и самой объективной истины) нужно ограничить способы ее поиска.

Именно поэтому дискуссионным видится предложение законодательно закрепить понятие истины и требование о необходимости её достижения. В любом случае реформирование процессуального законодательства в этом направлении должно происходить с учётом правил о допустимости доказательств и об обстоятельствах, не подлежащих доказыванию.

До сих пор мы говорили о допустимости доказательств и о фактах, не подлежащих доказыванию. Но изменения, произошедшие в нашем процессуальном законодательстве в 1995–1996 гг. (после которых и обострилась проблема истины в праве), связаны не только, да и не столько с перечисленными обстоятельствами. Обязанность суда самому собирать доказательства по делу и связанные с этим пассивность сторон, массовая неявка лиц в судебные заседания не лучшим образом сказывались на государственном бюджете. В это смутное время государство пошло по пути минимизации издержек, и жертвой такой политики оказалась сама истина. Здесь мы имеем дело с проблемой *расходов государства* при осуществлении правосудия. Эти расходы должны быть сопоставимы с теми социальными благами, которые даёт нам правильное применение закона, поэтому экономия времени и денег должна быть, но в определённых рамках. Правосудие должно оставаться правосудием, а не превращаться в торжество несправедливости. Оправданным в этом смысле представляется, например, институт заочного производства в гражданском процессе (гл. 22 ГПК РФ).

Особого внимания в связи с рассматриваемой проблемой заслуживает гл. 40 УПК РФ, посвящённая порядку принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением. В данном случае, как гласит УПК РФ, судебное разбирательство вообще не проводится, а судья не исследует и не оценивает собранные по делу доказательства. Очевидно, что такой порядок не может гарантировать установление истины, и потому резко повышается вероятность осуждения невиновного. Такое возможно, например, когда глава банды совершил преступление, и принудил одного из членов банды взять всю вину на себя. Другой частый случай: когда лицо берёт на себя преступление, чтобы скрыть другое, более тяжкое. Ни о какой справедливости приговора, ни о каком объективном рассмотрении дела в обоих случаях, конечно же, не может быть и речи.

Рассматриваемые ограничения в исследовании судом доказательственного материала, на наш взгляд, не могут рассматриваться как аргументы, опровергающие необходимость достижения объективной истины. Так, М.Ф. Гараева отмечает, что эти ограничения «существовали в процессуальном законодательстве и в период прямого нормативного закрепления принципа объективной истины и рассматривались как исключения из правила»³³³. Названные ограничения указывают лишь, что цель достижения истины должна оправдывать затрачиваемые

³³³ Гараева М.Ф. Истины объективная и формальная: конкуренция категорий в законе и в науке гражданского процессуального права // СПС КонсультантПлюс.

мые на неё средства, или, иными словами, что поиск истины не является самоцелью, а необходим для осуществления правосудия, и, в конечном счёте, для обеспечения законности и правопорядка (торжества воздающей справедливости). Представляется верной позиция Н.А. Подольного, который пишет, что «истина – это все же средство, с помощью которого участники уголовного судопроизводства стремятся к достижению справедливого решения по каждому конкретному уголовному делу. При этом та же цель может быть достигнута, как было сказано выше, в отдельных случаях и без применения этого средства. Поэтому нельзя считать ее в качестве универсального средства и тем более ставить ее на место цели всего ... процесса»³³⁴. Но исключения из правила всегда должны быть максимально обоснованными.

Выводы. В заключение можно сделать следующие выводы. Истина может быть абсолютной и относительной, но в любом случае она объективна. Формальная истина есть ложь. В процессуальном законодательстве необходимо по возможности закреплять требование объективности к участникам процесса, поскольку от этого зависит справедливость применения права, сохранение социальной ценности права. При этом имеются случаи, ограничивающие это требование (правило допустимости доказательств, наличие не подлежащих доказыванию фактов и презумпций, ограниченность времени, финансовых и иных ресурсов и т.п.). Применительно к этим случаям можно сказать, что цель достижения истины должна оправдывать затрачиваемые на неё средства.

§ 2. Теория справедливого наказания

Человечество издревле пыталось осмыслить наказание и найти его философское обоснование. Не прекращаются эти попытки и в настоящее время. В различных теориях целями наказания назывались: 1) возмездие (кара) преступнику, 2) устрашение преступника и других лиц, 3) предупреждение совершения новых преступлений (путем лишения свободы, изгнания из страны, смертной казни преступника), 4) исправление виновного, 5) заглаживание вреда. Высказывается точка зрения, что наказание должно преследовать все указанные цели³³⁵. Несложно заметить, что первая из названных целей наказания имеет своей целью причинение страданий преступнику, вне зависимости от

³³⁴ Подольный Н.А. Методологическое и идеологическое значение проблемы истины в уголовном процессе // СПС КонсультантПлюс.

³³⁵ Шамсудинов И.У. Теории наказания в доктрине уголовного права и дискуссия о его целях; альтернативы уголовному наказанию // Молодой ученый. 2016. №13. С. 604-607.

того, какую пользу от этого получают государство, общество или потерпевший, тогда как остальные цели наказания носят в той или иной степени утилитарный характер: наказания, с этой последней точки зрения, необходимо для предотвращения правонарушений и нейтрализации последствий совершенных правонарушений. Теории наказания, отсылающие (по самым разным причинам) к первой из названных целей, еще называют абсолютными или ретрибутивными (наказание нужно, потому что совершено преступление), а теории, имеющие в виду остальные цели – относительными или консеквенциональными (наказание нужно, чтобы преступления не совершались). Обе позиции с логической неизбежностью предполагают принцип *nulla poena sine lege* – нет наказания без закона.

Теория возмездия И. Канта. Одним из самых известных представителей теории наказания как кары является И. Кант: широко известно его утверждение, что даже если бы общество перестанет существовать (все жители какого-либо острова вдруг разъедутся кто куда), убийца должен быть наказан, так как за преступлением неотвратимо должно следовать наказание, и дело тут не в пользу наказания для общества или кого бы то ни было еще³³⁶. Однако, по нашему мнению, Кант, в сущности, не привел ни одного аргумента в пользу упомянутого им краеугольного тезиса, что безнаказанность является высшей несправедливостью. Действительно, неотвратимость наказания может показаться основным началом уголовного права, однако едва ли случайно то, что действующий Уголовный кодекс РФ (далее – УК РФ) такого принципа не содержит. Установление обстоятельств, исключаяющих преступность деяния (необходимая оборона, задержание преступника, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения), или освобождающих от уголовной ответственности (ввиду деятельного раскаяния, примирения с потерпевшим, истечения сроков привлечения к ответственности, амнистии и др.) ставят под сомнение безусловность возмездия. Еще И. Бентам указывал, что наказание недопустимо там, где оно неосновательно (отсутствует причиненный преступлением вред), неэффективно (не достигает своих целей), неприбыльно (причиняет вреда больше, чем устраняет) или не нужно (цели наказания могут быть достигнуты иными путями)³³⁷. Притом, что взгляды Бентама представляются нам не во всем верными, уже они бросают тень на теорию Канта.

³³⁶ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 372.

³³⁷ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 222.

Изначально кенигсбергский философ пишет: "*Наказание по суду...никогда не может быть для самого преступника или для гражданского общества вообще только средством содействия какому-то другому благу: наказание лишь потому должно налагать на преступника, что он совершил преступление; ведь с человеком никогда нельзя обращаться лишь как с средством достижения цели другого...*"³³⁸. Первая часть процитированного предложения представляет собой тезис, вторая, по всей видимости, является аргументом. В принципе мы склонны согласиться с ними. Однако, по нашему мнению, здесь еще не идет речь о наказании как каре и воздаянии хотя бы потому, что Кант в принципе допускает использование наказания в качестве средства для некоего блага, если наказание при этом не является "только средством", понимание же наказания как кары и воздаяния предполагает, что наказание вообще не обязано служить ничьей пользе.

Сила позиции Канта состоит в том, что если бы мы использовали наказание в чисто утилитарных целях, то можно было бы наказывать, в том числе, невиновных лиц и тех, кто вообще не совершал преступления, при условии, что имеются достаточные основания считать это наказание полезным для других лиц или общества в целом (в зависимости от той версии утилитаризма, которой мы придерживаемся)³³⁹. Такой подход, несмотря на свою абсурдность, нередко имел место в истории, в частности при применении мер коллективной ответственности (порука в Древней Руси³⁴⁰, в частности по ст.ст. 3–7 Пространной правды; наказание родственников преступника по системе "пятерок" и "десяток" и истребление всего рода государственного преступника в Древнем Китае³⁴¹ и пр.), а порой используются и в современных развитых странах, правда уже в гражданско-правовой, а не уголовной ответственности³⁴². В подавляющем большинстве случаев коллективная ответственность хоть и эффективна в целях поддержания порядка (через устрашение), но вряд ли справедлива, так как при этом наказываются невиновные лица, вообще не совершавшие никакого правонарушения. Исключением можно назвать случай, когда обстоятельства таковы, что все члены коллектива виновны в равной мере, или несут заранее уста-

³³⁸ Кант И. Метафизика нравов. С. 370.

³³⁹ Höffe O. Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. Frankfurt a.M., 1993. S. 217, 227.

³⁴⁰ См. подр.: Dewey H. W., Kleimola A. M. Russian Collective Consciousness: The Kievan Roots. // The Slavonic and East European Review. Vol. 62, No. 2 (Apr., 1984).

³⁴¹ Напр.: Сыма Цянь. Исторические записки. Т. VII. М., 1996. С. 88, 94.

³⁴² Богданов Д.Е. Влияние принципа справедливости на эволюцию учения о причинности в деликтной ответственности // Адвокат. 2012. N 7. С. 5-15.

новленную обязанность по недопущению определенных правонарушений. В свою очередь идея Канта, изложенная в процитированном выше отрывке, состоит в том, что основанием юридической ответственности должно служить противоправное деяние, а не простая польза. И эта идея в целом верна. Но она не тождественна идее воздаяния.

По нашему мнению, именно конкретное деяние вменяемого лица, имеющее признаки противоправности, служит ("частным") основанием (*condition sine qua non*) юридической ответственности (*nulla poena sine crimine* – нет наказания без преступления), тогда как причиненный вред, причинная связь деяния с этим вредом и степень вины являются лишь ее условиями, применимыми в тех или иных случаях³⁴³. Например, для предпринимателей, владельцев источников повышенной опасности и ряда других субъектов гражданско-правовая ответственность наступает по общему правилу и без вины (ст.ст. 401 п. 3, 1067, 1070, 1073 абз. 2 п. 4, 1076 п. 3, 1077–1079, 1095, 1100, 1104 и др. ст. Гражданского кодекса РФ, далее – ГК РФ); в формальных и усеченных составах преступлений, в приготовлении и покушении на преступление не является непременным условием наступления уголовной ответственности причинение вреда, да и в гражданском праве зачастую претерпевать неблагоприятные последствия приходится тому, кто лишь создал опасность причинения вреда другим лицам в будущем (ст. 1065 ГК РФ), иногда же эти убытки фактически предполагаются (ст.ст. 330, 395 ГК РФ); в свою очередь за рубежом практикуется ответственность вне зависимости от наличия реальной причинной связи между действиями конкретного лица и наступившим вредом³⁴⁴. Таким обра-

³⁴³ Отдельного рассмотрения заслуживает вопрос о соотношении противоправности и вреда в деликтной ответственности. Согласно распространенному принципу генерального деликта, любое причинение вреда является противоправным. Однако, по оценкам исследователей, изучающих реформирование института деликтной ответственности в различных странах, "в современных моделях генеральный деликт не нашел своего воплощения", равно как и противоположные ему крайности, поэтому законодатели пытаются найти некие сбалансированные подходы. См.: Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. N 4. С. 45-83.

³⁴⁴ Gifford Donald G. G., The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Products Torts. // Washington and Lee Law Review, Vol. 62, No. 3, 2005. URL: <https://ssrn.com/abstract=696561>. Автор приводит в пример ситуацию, когда ответственность за причиненный вред понесли сразу множество производителей товара, оказавшегося вредным (*market-share liability*), хотя невозможно было установить, товар какого именно из этих производителей причинил вред. По нашему же мнению, возложение на лицо обязанности по возмещению вреда в отсутствие причинно-следственной связи между действиями этого лица и наступившим вредом (при всей проблематичности понятия причинно-следственной связи) является явным нарушением самого смысла деликтной (и в целом - юридической) ответственности. В таком случае правильное решение защитить потерпевших через возложение законом обязанностей вне связи с конкретным правонарушением (подобно налоговой

зом, существует множество случаев, когда вина, вред и причинная связь не являются необходимыми условиями юридической ответственности. (В связи со сказанным кажется некорректным толкование ст. 232 Трудового кодекса РФ, при котором ущерб, а не правонарушение, называют основанием материальной ответственности³⁴⁵).

Однако тезис "нет наказания без преступления" не тождественен тезису "нет преступления без наказания" (*nullum crimen sine poena*). Понимание противоправного деяния как основания для наказания не означает, что наказание есть по своей сути и цели возмездие за данное противоправное деяние. Напротив, если есть возможность достичь целей общей и частной превенции или возмещения вреда не привлекая к ответственности лицо, совершившее противоправное деяние, то нет причин не воспользоваться данной возможностью, и это будет лишь одним из проявлений принципа экономии средств уголовно-правовой репрессии. С учетом изложенного нельзя согласиться с О. Хёффе в его тезисе: "Утилитаристское положение «*punitur ne peccetur*» («наказание осуществляется, чтобы не нарушалось право») уже предполагает положение теории возмездия: «*punitur quia peccatum est*» («наказание осуществляется, потому что было нарушено право»)"³⁴⁶. В сущности, утверждение верное, но согласиться с ним нельзя именно потому, что теория возмездия не сводится всецело к "*punitur quia peccatum est*" (в том числе у Канта, которого данный автор защищает), а идет гораздо дальше него, утверждая безусловное "*nullum crimen sine poena*", и потому должна быть отвергнута.

Другая заслуга Канта состоит в ("общем") обосновании возможности наказания как такового, и сделал это философ максимально лаконично: "когда определенное проявление свободы само оказывается препятствием к свободе, сообразной со всеобщими законами, тогда направленное против такого применения принуждения как то, что воспрепятствует препятствию для свободы, совместимо со свободой, со-

обязанности или обязанности по обязательному страхованию), например обязанностей страхования ответственности, или же через правильное распределение бремени доказывания (презумпций), через конструкции солидарной или долевой ответственности нескольких лиц, действия которых в совокупности привели к причинению вреда, но никак не путем отказа от такого условия гражданско-правовой ответственности, как причинно-следственная связь. Отсутствие данного условия допускается лишь тогда, когда не требуется доказывать и само наличие вреда (убытков), например при взыскании неустойки. Но и в этом случае недопустимы злоупотребления правом.

³⁴⁵ См. об этом: Архимандритова М.А. Материальная ответственность работника и работодателя: общее и особенное в правовом регулировании // Журнал российского права. 2010. №11 (167). С. 54-55. В рассматриваемом вопросе мы солидаризируемся с указанным автором.

³⁴⁶ Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 119.

образной со всеобщими законами, то есть бывает правым; стало быть, по закону противоречия с правом также связано правомочие применять принуждение к тому, кто наносит ущерб этому праву"³⁴⁷. Правда, Кант не увидел, что из этого умозаключения прямо следует понимание наказания лишь как средства, препятствующего нарушению справедливости, а не как самоцели (возмездия).

Итак, сказанное Кантом не свидетельствует, что суть наказания состоит в возмездии. Последний тезис у него не обосновывается, в результате чего неубедительными остаются и его сентенции о жителях необитаемого острова (неотвратимости наказания) и о недопустимости помилования. Кант отрицает наличие у суверена права помилования (за единственным исключением – при преступлениях против самого суверена) на основании того, что "безнаказанность – величайшая несправедливость"³⁴⁸, и не желает рассматривать неотвратимость наказания в качестве утилитарного принципа. Между тем, сегодня, когда институты амнистии и помилования широко распространены и закреплены в конституциях развитых государств, мало кто рассматривает неотвратимость наказания как безусловную логическую, а не как условную практическую необходимость. Конечно, амнистия и помилование должны быть не выражением произвола, а механизмом учета тех обстоятельств, которых не смогли предвидеть законодатель или судья, но вместе с тем они составляют разумное исключение из принципа неотвратимости наказания (*nullum crimen sine poena legali*). Как писал Ч. Беккариа, милосердию не находится места только "в совершенном законодательстве, где наказания умеренны, а суд праведен и скор"³⁴⁹.

Таким образом, безусловная неотвратимость наказания, а вместе с ней и понимание наказания как возмездия (кары), не выдерживают критики. Следует согласиться с Гуго Гроцием, что "преступникам не причиняется несправедливости, если их подвергают наказаниям. Однако же отсюда еще не следует, что их должно наказывать безусловно; да это и не верно: ведь многим преступникам многое прощают и бог, и люди; даже их за то сплошь и рядом восхваляют"³⁵⁰. В обоснование своей позиции Гроций ссылаясь на Платона и Сенеку, которые писали, что наказание налагается не в качестве кары преступление, а в пример на будущее (для исправления преступника, устрашения людей, предотвращения преступлений и пр.). Если говорить о развитии идеи возмезд-

³⁴⁷ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 286.

³⁴⁸ Там же. С. 375-376.

³⁴⁹ Беккариа Ч. Указ. соч. С. 243.

³⁵⁰ Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994. С. 454.

дия после Канта, то в научной литературе отмечалось, что "более благотворной оказалась идея возмездия в соединении с признанием целесообразности в наказании (теория, отчасти напоминающая теорию Гуго Гроция). Возмездие – основание права наказания; но применение наказания государственною властью, озабоченною не осуществлением нравственных принципов, а обеспечением известных благ, должно стремиться к осуществлению той или другой благой цели. Такое соединение идей возмездия и целесообразности делалось, главным образом, французскими криминалистами"³⁵¹. По мнению Гроция, разум "предписывает человеку не предпринимать ничего, что может вредить другому человеку, если только такой вред не приводит к какой-либо благой цели. В одном только страдании врага, взятом самом по себе, нет никакого блага"³⁵². Мыслитель утверждал, что наказание преследует тройную пользу: преступника, потерпевшего и общества, что связано с целями исправления, устрашения и предупреждения³⁵³. Свойственное праву народов возмездие (обычай кровной мести) Гроций оправдывал лишь тем, что оно необходимо для общей и частной превенции, то есть полезно (при этом он осуждал злоупотребления, связанные с доминированием чувства гнева и мести, а на основании христианского учения считал правильным передать право наказания властям и Господу)³⁵⁴.

Схожих взглядов придерживался и современник Гроция – Томас Гоббс, который среди естественных, вечных и неизменных законов человеческого разума называл следующие. Во-первых, это шестой закон – легкость прощения обид: "при наличии гарантии в отношении будущего человек должен прощать прошлые обиды тем, кто, проявляя раскаяние, желает этого. Ибо прощение есть дарование мира". Во-вторых, это седьмой закон: "при отмщении (т.е. при воздаянии злом за зло) люди должны соотносываться не с размерами совершенного зла, а с размерами того блага, которое должно последовать за отмщением. Этим законом нам запрещается налагать наказание с какой-либо иной целью, нежели исправление преступника или предостережение других.

³⁵¹ Слиозберг Г.Б. Возмездие // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: В 86 томах (82 т. и 4 доп.). Т. VIa (1892). СПб.: 1890—1907. С. 867—868.

³⁵² Гроций Г. Указ.соч. С. 455.

³⁵³ Там же. С. 457.

³⁵⁴ Там же. С. 458-459, 462-464. А. Смит также находил древнему обычаю кровной мести рациональное объяснение в утилитарном ключе: "главная цель мести состоит не столько в том, чтобы отплатить врагу злом за зло, сколько в том, чтобы пробудить в нем сознание, что зло это причинено ему тем, кого он обидел, чтобы принудить его к раскаянию и чтобы заставить его признать несправедливость своего поступка". См. Смит А. Теория нравственных чувств. М., 1997. С. 109-110.

Ибо этот закон вытекает из предшествующего, предписывающего прощение при наличии гарантий в отношении будущего. Кроме того, месть, от которой нельзя ожидать, что она послужит предохраняющим примером, и, следовательно, нельзя ожидать никакой пользы в будущем, есть бесцельный триумф, или торжество по поводу ущерба, нанесенного другому (ибо цель есть всегда нечто будущее), бесцельное же торжество есть хвастливость и противоречит разуму, а нанесение ущерба, несообразного с разумом, ведет к войне, следовательно, противоречит естественному закону и обычно именуется жестокостью"³⁵⁵.

Мы приводим точки зрения Гроция и Гоббса, чтобы показать, что уже в самом начале Нового Времени было очевидным определенное понимание наказания и его основные принципы. Удивительно, как Кант, стараясь быть истинным христианином, игнорировал христианские заповеди терпения и прощения в своем восхвалении кары и отрицании помилования!

Принцип талиона у И. Канта и утилитарные цели наказания.

Еще менее убедительным, чем при попытке найти смысл наказания в возмездии, выглядит Кант, когда пытается обосновать конкретный вид и меру наказания через принцип талиона (*jus talionis*), в соответствии с которым наказание должно быть равно преступлению: око за око, зуб за зуб.

Философ сам же пишет: "Единственный принцип – это принцип равенства (в положении стрелки на весах справедливости), согласно которому суд склоняется в пользу одной стороны не более, чем в пользу другой"³⁵⁶. Но может ли принцип равенства лиц, следующий из категорического императива, что-либо сказать о "способе" и "степени" наказания, как того хочет Кант? *Точно так же, как по вопросу преступности деяний абстрактный принцип равенства не может дать нам окончательных ответов, а лишь постулирует равную ценность лиц (то есть недопустимость с помощью введения тех или иных составов преступлений дискриминировать отдельные социальные группы), в сфере наказаний справедливость требует от нас лишь того, чтобы никакое лицо не было лишь средством для достижения целей других лиц (отсюда основанием наказания всегда является преступное деяние), и того, чтобы при равных юридически значимых обстоятельствах назначалось и равное наказание, но ничего не говорит о том, каковы эти обстоятельства, и каким именно будет наказание.* В свою очередь использование принципа равенства для обоснования справедливости талиона вообще никак не следует из категорического императива.

³⁵⁵ Гоббс Т. Указ.соч. С. 118.

³⁵⁶ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 371.

Кроме того, принцип талиона, являющийся достаточной простой нравственной интуицией первобытного человека, находил отражение далеко не всегда и не везде даже применительно к Древнему миру. Так, по Законам Хаммурапи (далее – ЗХ) в качестве наказания за причинение телесных повреждений применялся не только зеркальный талион (за выкалывание глаза – выколоть глаз, за сломанную кость – сломать кость), но и символический ("если сын ударил своего отца, то ему должны отрубить руку", а вовсе не бить его), а за причинение вреда мушкенуму вообще предусматривался только штраф (см. §§ 195–198, 201 ЗХ); за совершение кражи (т.е. причинение имущественного вреда) человек лишь иногда претерпевал имущественную санкцию (т.е. наказывался штрафом, в отличие от Законов XII таблиц, см. табл. VIII, п.п. 16, 18б, 19), никогда не наказывался "символическим" отрубанием руки (в отличие от Законов Ману – ЗМ, см. кн. VIII, п. 344 ЗМ), а в большинстве случаев в качестве наказания предусматривалась смертная казнь (см. §§ 6–8, 21–22, 25 ЗХ), что вряд ли соответствует принципу талиона. Нет нужды доказывать, что в древних правовых памятниках наказание сравнительно редко строилось по принципу талиона, даже если таковая возможность имелась (так, если в целом ряде статей ЗХ за лжесвидетельство предусматривается та же ответственность, которая грозила обвиняемому, то Законы Ману предписывают лишь изгонять и штрафовать лжесвидетелей, см. п. 123 кн. VIII ЗМ, а Законы XII таблиц постановляли скидывать лжесвидетелей со скалы, см. табл. VIII п. 23). В других случаях принцип талиона попросту неприменим, так как неясно, что является зеркальным наказанием за преступления против государственной власти и т.п., и тому же Канту пришлось прибегнуть к странным мыслительным ухищрениям, чтобы обосновать применение здесь смертной казни по принципу талиона³⁵⁷. Таким образом, талион может рассматриваться только как общая первобытная интуиция, связанная с идеей равенства, а не как образец для подражания; впоследствии, с развитием законодательства, идея равенства раскрывалась все более адекватно и полно. Сегодня даже в деликтном праве не всегда возмещение убытков в размере, строго эквивалентном причиненному вреду, считается справедливым (напр., возмещение многомиллионных убытков за незначительную небрежность или минимальных убытков за особо циничное деяние, которое по случайности причинило лишь незначительный вред)³⁵⁸.

³⁵⁷ Там же. С. 372.

³⁵⁸ Богданов Д.Е. Триединая сущность справедливости в сфере деликтной ответственности // Журнал российского права. 2013. N 7. С. 57.

Кант признает, что принципа талиона нельзя придерживаться буквально³⁵⁹. Некоторые исследователи интерпретируют этот аспект взглядов Канта таким образом, что кенигсбергский философ якобы понимал талион "лишь в смысле равенства между чувством страдания, причиненного потерпевшему преступлением, и страдания, причиненного наказанием преступнику"³⁶⁰. Этот вывод может показаться убедительным, если обратить внимание на взгляды Канта на справедливое наказание за оскорбление словом. При таком понимании талиона возникают новые сложности: 1) как определить, является ли страдание равным, и как вообще сравнить страдания двух людей?; 2) как следует наказывать преступления, в которых вред причинен не одному лицу, а всему обществу или неопределенному кругу лиц, например в случае государственной измены, а также в случаях, когда вред не причинен, но состав преступления образуется уже при наличии опасности причинения вреда, ведь в таких случаях сравнения в принципе невозможны? Но больше того, имеются основания полагать, что Кант и не пытался соизмерять страдания: так, аргументируя, что за мятеж следует наказывать смертной казнью, он ссылается на соответствие этого наказания "внутренней злостности" преступления, а не на причиненные страдания³⁶¹. Однако этот подход к талиону связан с еще большими сложностями, так как здесь приходится придумывать целую иерархию объективных ценностей, что, конечно, чревато крайним догматизмом.

Итак, воззрение, согласно которому справедливым будет наказание по принципу талиона, опровергается тем, что отсутствуют доказательства в его пользу, методом "от противного". Иногда исследователями этот принцип отвергался также как противоречащий нашей совести³⁶².

Как было сказано нами выше, согласно идее справедливого наказания при одинаковых обстоятельствах преступники должны подвергаться одинаковому наказанию, но при этом возникают два вопроса: какие обстоятельства юридически значимы и какое именно наказание это будет. Ответ на первый вопрос мы видим таким: *законодательство и судья (конечно, в рамках законодательства) должны учитывать максимально возможное количество самых различных фактов, относящихся к делу.* (Это, помимо прочего, означает, что при схожих внеш-

³⁵⁹ Кант И. Метафизика нравов. С. 371.

³⁶⁰ Суденко В.Е. Справедливость и наказание по И. Канту. // Вестник ассоциации вузов туризма и сервиса. 2010. №3. С. 45.

³⁶¹ Кант И. Метафизика нравов. С. 372.

³⁶² Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. СПб., 1889. С. 17.

них признаках двух преступлений соответствующие преступники вовсе не обязательно понесут одинаковое наказание, ведь среди подлежащих учету обстоятельств – личность преступника, которая всегда уникальна.) На второй вопрос мы считаем верным следующий ответ: *наказание (как воздающая справедливость) должно быть таким, чтобы оптимально содействовать восстановлению справедливого правопорядка (соответствующего общим принципам справедливости и частным принципам для конкретных сфер справедливости)*; это достигается через достижение целей устрашения преступника и других лиц, предупреждения совершения новых преступлений, исправления виновного и заглаживания вреда, причиненного потерпевшему, то есть чисто утилитарных целей, ради которых наказание (юридическая ответственность в целом) и существует. Как в гражданском праве цель ответственности заключается в восстановлении положения лиц, которое существовало до нарушения права, так и в уголовном праве наказание призвано восстановить тот уровень справедливости (только теперь уже не отдельных лиц, а всего общества), который существовал до преступления.

Если мы обратимся к действующему Уголовному кодексу РФ, то увидим в нем подтверждение заявленных тезисов. В качестве целей наказания там названы (ст. 43 УК РФ): 1) восстановление социальной справедливости, 2) исправление осужденного (ст. 9 Уголовно-исполнительного кодекса РФ), 3) предупреждение совершения новых преступлений (общая и частная превенция). По сути, согласно нынешнему уголовному праву, наказание преследует все цели, которые мы выше обозначили как утилитарные, за исключением заглаживания вреда, так как предполагается, что эта цель достигается в гражданском процессе (и, таким образом, остается целью юридической ответственности в целом). В свою очередь административное законодательство нацелено только на общую и частную превенцию (ст. 3.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях), но также ничего не говорит о возмездии, и при этом умалчивает еще и цель исправления. Действительно, очень часто в качестве цели наказания называется превенция, при этом незаслуженно забывается такая цель, как исправление. Например, Ч. Беккариа пишет: "Цель наказания... заключается не в чем ином, как в предупреждении новых деяний преступника, наносящих вред его согражданам, и в удержании других от подобных действий"³⁶³. По нашему мнению, правовые механизмы могут содействовать ис-

³⁶³ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 105-106.

правлению осужденного лишь в ограниченном объеме, но это обстоятельство еще не является основанием для отказа от данной цели. Кроме того, воздействие на лицо, совершившее преступление, достигается через принудительные меры воспитательного воздействия (ст. 90 УК РФ) и принудительные меры медицинского характера (ст. 92 УК РФ).

Действующим уголовным законом предполагается, что наказание восстанавливает социальную справедливость, если соответствует характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного (ст. 6 УК РФ). Понятия характера и степени общественной опасности уголовным законом не раскрываются, их трактовка учеными – дискуссионна³⁶⁴, а Верховным судом РФ – изменчива (ср. п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.10.2009 N 20 "О некоторых вопросах судебной практики назначения и исполнения уголовного наказания" и п. 1 сменившего его Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2015 N 58 "О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания"). Однако общепризнанно, что если характер общественной опасности преступления является качественным и формализованным критерием, то степень общественной опасности преступления и личность виновного по своей сути не формализованы, т.е. включают открытый перечень признаков и являются индивидуализирующими критериями. (Критерий "обстоятельства совершения преступления" по сути дублирует "степень общественной опасности преступления", что дополнительно подтверждает ч. 3 ст. 60 УК РФ, в которой он среди других уже не выделен). Таким образом, действующий уголовный закон признает, что на справедливость приговора может влиять неограниченный перечень обстоятельств. Некоторые из них с развитием уголовно-правовой теории стали настолько очевидными, что уголовный закон предписывает их значение особо и пытается их формализовать, но это не отменяет роль других обстоятельств. Все они расширяют основания для неравной оценки, но, так или иначе, должны оправдываться целями наказания. Так, Ф. Лист в свое время сетовал на бесполезность выделения таких квалифицирующих признаков краж, как взлом, влезание, кража в ночное время, кража с помощью подобранных ключей, и призывал освободить внимание для более значимых вопросов³⁶⁵.

³⁶⁴ См., напр.: Воронин В.Н. Индивидуализация наказания с учетом характера и степени общественной опасности // Журнал российского права. 2016. N 11. С. 113 - 122.

³⁶⁵ Лист Ф. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление. М., 2004. С. 58-59.

Следует подчеркнуть, что по сути через исправление осужденного и предупреждение совершения новых преступлений действующий уголовный закон достигает своего основного предназначения: восстановления социальной справедливости. Кара ни в Уголовной кодексе РФ ни в законодательстве об административных правонарушениях не названа целью наказания, и не может быть таковой, поскольку является лишь субъективным восприятием наказания тем или иным лицом.

Нет нужды доказывать, что принцип талиона, тесно связанный с пониманием наказания как кары, едва ли является адекватным правовым средством для достижения вышеуказанных утилитаристских целей наказания: с изменением цели меняются и средства.

Ограничения на утилитаризм. Вышеприведенные суждения не означают, что мы должны полностью отказаться от идей Канта в области теории справедливого наказания. Но и "золотая середина" должна иметь четкое содержание, а не просто стремиться примирить крайности любой ценой.

Во-первых, мы выяснили, что принуждение в виде справедливого наказания допустимо, поскольку противостоит несправедливости и направлено на ее устранение. Во-вторых, мы соглашаемся с Кантом в том, что наказание невозможно без преступного деяния, которое является его основанием. В-третьих, мы считаем во многом верным кантовское нравственное учение, из которого, как полагаем, можно вывести принцип равноценности лиц, касающийся уже вопросов справедливости. Казалось бы, как можно в равной степени учитывать интересы преступника и жертвы? Но Кант пишет: "Тот, кто что-то украл, делает ненадежной собственностью всех остальных; следовательно, он отнимает у себя... надежность всякой возможной собственности"³⁶⁶. Таким образом, равенство лиц достигается установлением максимы неприкосновенности собственности. Основанные на трудах Канта впоследствии учения о справедливости бросили решительный вызов утилитаризму. Следовательно, утилитаристский подход применяется в вопросах наказания только в ограниченном объеме, а именно: наказание должно быть таким, чтобы быть оптимально полезным для восстановления справедливого порядка; именно для этого при назначении наказания следует учитывать самые различные факторы, перечень которых открыт.

Любое утилитаристское учение сталкивается с одной и той же проблемой: крайняя неясность того, в чем же заключается "общее

³⁶⁶ Кант И. Метафизика нравов. С. 372.

*благо" (которые утилитаристы называют высшей целью), ибо достоверно можно говорить только о благе конкретных лиц, а общее для абсолютно всех лиц благо вряд ли существует. Если мы считаем правильным то, что в целом для общества приносит больше удовлетворения, чем страдания, то остается нерешенным вопрос, как полученные счастье и удовольствие должны быть распределены между членами общества. В этом – краеугольный вопрос справедливости, на который утилитаризм ответить не может*³⁶⁷.

Для равного распределения удовольствий между всеми членами общества утилитаристам приходится или постулировать общую для всех иерархию ценностей, и соответственно им – удовольствий, или так же догматично вводить критерии сравнения удовольствий различных лиц; оба пути представляются сомнительными.

Первым путем пошел современник И. Канта – итальянский мыслитель маркиз Чезаре Беккариа, предложив классификацию преступлений в зависимости от причиняемого ими вреда и заявив, что преступления против общества всегда более опасны, чем против личности, а нарушения религиозных норм вообще не должны быть уголовно-наказуемыми (этими идеями активно воспользовались составители Французского уголовного кодекса 1810 г.)³⁶⁸. Приведенные взгляды Беккариа нельзя признать верными, так как уголовное законодательство всегда в значительной мере отражает ту систему ценностей, которая сложилась в конкретном обществе, и вряд ли отдельный мыслитель может так запросто ее оспаривать (напр., наказания за нарушения в сфере религии, и связанные с ними нарушения в области брака и семьи). Одновременно анализ правовых памятников Древнего мира (напр., ЗМ, ЗХ), Средневековья (напр., Каролина), Нового (напр., Французский УК 1810 г.) и Новейшего времени (напр., действующий УК РФ) показывает, что во все времена одинаково сурово (как правило, смертной казнью) могли наказываться и преступления против личности или собственности, и преступления против общественного порядка и государственной власти. Отметим, что сейчас в Уголовном кодексе

³⁶⁷ Вот как описывает классический утилитаризм И. Шапиро: "Даже когда определенная политика наносит вред некоторым членам общества, даже когда она приводит к их смерти, все равно нет причин отвергать ее, если конечным следствием является максимизация совокупной общественной пользы... Если цена сохранения жизни человеческой особи превышает пользу для самой этой особи и для общества в целом, утилитаризм не видит оснований, почему бы не позволить умереть. И если прибавление пользы, которое высшие представители арийской расы получают от уничтожения евреев, больше чем страдания этих евреев, утилитаризм не выдвигает никаких возражений". См. Шапиро И. Моральные основания политики. М., 2004. С. 39.

³⁶⁸ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 91-95.

РФ среди особо опасных преступлений имеются как преступления против личности, собственности, здоровья населения и общественной нравственности, так и против общественной безопасности и государственной власти, а особое место занимают преступления против мира и безопасности человечества³⁶⁹; иными словами, личность ценится не меньше, чем общество.

Другим шел И. Бентам, который предложил ранжировать удовольствия в зависимости от четырех критериев – интенсивности, длительности, несомненности / сомнительности, близости / отдаленности, – а также обращать внимание на последствия удовольствий, и на количество лиц, на которые они распространяются³⁷⁰. Но он не пояснил, как соотносятся между собой эти критерии (например, что лучше, более интенсивное удовольствие в будущем или менее интенсивное в настоящем?).

Некоторые ученые резонно замечают, что сложность расчетов при сравнении удовольствий не может служить опровержением утилитаризма, ведь в жизни нам часто приходится делать такие сравнения, и мы в целом справляемся с ними, к тому же невозможность подобных расчетов поставила бы под сомнение не только утилитаризм, но и моральную философию в целом³⁷¹. Однако сам факт того, что мы отказываемся наказывать невиновных, даже когда это способствует росту общей пользы, или что мы не считаем, что польза насильника, которую он получает при совершении преступления, частично компенсирует причиненное им зло, уже говорит о том, что мы ставим принцип равной ценности лиц выше, чем принцип пользы, и отходим от утилитаризма.

Таким образом, утилитаризм не может предложить до конца убедительную теорию справедливого наказания, поскольку не дает ясного представления о том, что есть справедливость.

Надо сказать, что применение сугубо утилитарного подхода к теории наказания привело Ч.Беккариа к неверному выводу, что наказание должно зависеть исключительно от причиненного преступлением вреда, а не от намерений и злого умысла преступника³⁷², хотя даже утилитаристы могли бы согласиться с тем, что учет личности преступника необходим для ее лучшего исправления, то есть приносит пользу

³⁶⁹ Перечень №7 Приложения к Указанию Генпрокуратуры России N 797/11, МВД России N 2 от 13.12.2016 "О введении в действие перечней статей Уголовного кодекса Российской Федерации, используемых при формировании статистической отчетности".

³⁷⁰ Бентам И. Указ.соч. С. 41-46.

³⁷¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М. 2010. С. 38-40.

³⁷² Беккариа Ч. Указ.соч. С. 88-91.

обществу (равно как и существование формальных и усеченных составов преступлений, наказаний за приготовление и покушение на преступление, где наличие причиненного вреда не требуется). Беккариа малоубедителен, когда пытается увязать различия в личности преступника с размером причиненного вреда³⁷³. Вероятно, в большей степени идее утилитаризма соответствует ориентация на пользу наказания, а не на вред преступления. Так, например, по мнению И. Бентама, наказание должно быть таким, чтобы страдание от него превращало удовольствие от преступления в ничто³⁷⁴, с этой целью количество наказания, как правило, возрастает с силой искушения (если же преступление неминуемо будет совершено, то законодатель должен побудить преступника совершить наименее вредное из возможных деяний). Также наказание должно причинять как можно меньше вреда, если при этом достигаются его цели.³⁷⁵ Таким образом, наказание не должно быть слишком мягким или слишком строгим. В свою очередь Г. Гроций отмечал, что "одна и та же пеня неимущего обременит, богатого же не обременит"³⁷⁶. Относительно целей наказания Бентам пишет, что главной целью является исправление, под которым он понимает общую и частную превенцию, предотвращение совершения новых преступлений (при этом собственно исправление преступника в процессе отбывания наказания мыслителем не выделяется), вспомогательная же цель – удовлетворение потерпевшей стороне (в т.ч. посредством возмездия, но не обязательно), если преступление совершено против конкретного лица³⁷⁷. Аналогично П. Фейербах, противопоставлявший свою теорию наказания кантовской, писал, что наказание должно быть таким, чтобы преступник понимал, что "после дела его неминуемо последует зло, гораздо больше той неприятности, какая от неудовлетворенного побуждения к делу произойти может"³⁷⁸. Правда главной целью наказания данный мыслитель видел уже устрашение³⁷⁹, незаслуженно принизив другие цели, в связи с чем крайне мало уделив внимание учету личности преступника. В действительности недопустимо рассматри-

³⁷³ Например, он утверждает, что дворяне страдают от наказаний больше, чем простолюдины, так как наказание пятнает их честь, но и вред обществу от преступлений, совершенных привилегированным сословием, также больше, чем от аналогичных преступлений, совершенных незнатными гражданами.

³⁷⁴ Бентам И. Указ.соч. С. 17-18.

³⁷⁵ Там же, С. 230-242.

³⁷⁶ Гроций Г. Указ.соч. С. 477.

³⁷⁷ Бентам И. Указ.соч. С. 221-222.

³⁷⁸ Фейербах П. Уголовное право. СПб., 1810-1827. С. 14.

³⁷⁹ Там же. С. 16.

вать преступника всего лишь как средство назидания в адрес других лиц.

Прогрессивным представляется акцент, сделанный Бентамом на необходимости максимально гибкого уголовного законодательства: для того чтобы не назначить слишком мягкое или слишком строгое наказание, не соответствующее чувствительности преступника, и законодатель, и судья должны "иметь пред собой, с одной стороны, список разных обстоятельств, которые могут иметь влияние на чувствительность, с другой стороны – список разных видов и степеней наказаний, которые они хотят употребить в дело"³⁸⁰. Сам Бентам выделяет 32 обстоятельства, влияющих на чувствительность³⁸¹. Далее автор отмечает, что учет обстоятельств, влияющих на чувствительность, необходим не только для того, чтобы в целях превенции оценить "силу и впечатление наказаний на преступников", но и для того, чтобы "исчислить вред преступления" и "дать должное удовлетворение оскорбленному лицу" (в этих случаях учитывается уже чувствительность потерпевшего), а также оценить возможность заимствования наказаний в других странах (в этом случае учитывается чувствительность целых народов). Помимо чувствительности, особое внимание среди подлежащих учету обстоятельств Бентам уделял намеренности, сознательности, мотиву, складу ума и заслугам преступника. Несмотря на многочисленность подлежащих учету обстоятельств, закон не должен быть настолько сложным, чтобы это повлияло на его эффективность³⁸².

Всего Бентам выделяет 11 требований к наказанию³⁸³, среди которых изменяемость и равномерность (т.е. наказание не должно быть слишком строгим и слишком мягким по отношению к прибыльности, и соответственно, искушению конкретного преступления); соизмеримость (с другими наказаниями); умеренность (экономия средств уголовно-правовой репрессии) и способность служить примером; возможность отмены. Среди второстепенных признаков называются: содействие исправлению, отнятие способности совершать преступления, удобство к воздаянию, популярность. Последние два требования представляются нам спорными, равно как и выделяемая ученым характерность (идейная связанность с конкретным преступлением) наказания.

Следует отметить, что суровость наказания Бентам определял теми же четырьмя критериями, что и удовольствие: интенсивностью,

³⁸⁰ Бентам И. Указ.соч. С. 17-18, 84.

³⁸¹ Там же. С. 60.

³⁸² Там же. С. 239.

³⁸³ Там же. С. 243-258.

длительностью, несомненностью и близостью. Причем поскольку несомненность и близость наказания для преступника менее очевидны, чем несомненность и близость прибыли от преступления, постольку их следует компенсировать увеличением интенсивности и длительности наказания³⁸⁴ (отметим здесь же и мнение Беккариа, что "чем быстрее следует наказание за совершенное преступление и чем ближе оно к нему, тем оно будет справедливее и эффективнее"³⁸⁵). И этот аспект применения данных критериев представляется нам допустимым, поскольку речь идет уже не о создании общей теории справедливости, а о прагматичном выявлении тех реальных факторов, которые воздействуют на мотивы преступников. В частности, снимается вопрос о соотношении названных критериев друг с другом: они должны соотноситься так, чтобы наилучшим образом предотвращать преступления и достигать других целей наказания.

Вывод, который нам представляется возможным сделать после анализа взглядов И. Бентама таков: *при назначении наказания следует учитывать скорее пользу от наказания, чем вред от преступления.*

Неокантианство. В первой половине XX века на ошибки теории наказания И. Канта стали указывать, в том числе, и правоведа-неокантианцы, например Р. Штаммлер отстаивал допустимость помилования, называя его одним из средств для достижения "правильного права", а Г. Радбрух отмечал, что теория наказания как кары возможна только в случае, если мы признаем за правом и государством самостоятельную, независимую от их полезности для отдельных людей, ценность, но поскольку Кант был, напротив, сторонником либерализма, и не допускал отношение к человеку лишь как к средству, в своей теории наказания как кары он противоречит сам себе.

Предыдущее изложение показало, словами Г.Радбруха, что "справедливость наказания хотя и означает, что равно виновных следует наказывать равно, а обвиненных в различной тяжести преступлениях – соразмерно их обвинению, при этом остается неясным, согласно какому критерию следует определять, равно ли или различно бремя обвинения: по критерию вины, опасности или какому-либо иному критерию. В то же время распределительная справедливость обвинения говорит лишь о соотношении наказаний между собой, а не о степени их суровости или виде, и лишь о месте наказания в соответствующей системе наказания, а не о самой этой системе, не о том, какова в ней шкала наказаний – должна ли она начинаться с тюрьмы и телесных

³⁸⁴ Там же. С. 236.

³⁸⁵ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 137-138.

наказаний и кончатся смертной казнью или начинаться с денежного штрафа и кончатся пожизненным заключением. Ответ на эти вопросы, не решенные теорией справедливости, можно получить, опираясь лишь на... целесообразность"³⁸⁶. Таким образом, только цели наказания определяют, в какой мере мы учитываем те или иные факторы.

Особого внимания заслуживает такое условие наступления юридической ответственности, как вменяемость лица. Ведь как писал Ф. Лист, и вслед за ним И.Я. Фойницкий, причины преступлений бывают природные, общественные и индивидуальные, и если бы не существовало последних, смысла в наказаниях бы не было, а борьба с преступлениями ограничивалась бы социальной политикой и техническим преобразованием мира³⁸⁷. Согласно одной из точек зрения, имеющих место в научной литературе, «невменяемость есть не что иное как неспособность психически больного лица действовать виновно»³⁸⁸. Соответственно вменяемость – "нормальное состояние человека зрелого и со здравым рассудком"³⁸⁹ – это необходимое условие виновности. Для раскрытия этого понятия не требуется кантовское представление о свободе воли человека³⁹⁰. Как верно отмечал еще один неокантианец, Г. Кельзен, согласно которому вменение происходит не потому, что человек с некоторой точки зрения (например, как часть мира "вещей в себе") полностью свободен от причинно-следственных связей, и способен выбирать любой вариант поведения: напротив, право, мораль и другие социальные регуляторы прямо подразумевают детерминированность человека, ибо по своей сути направлены на то, чтобы причинно воздействовать на его волю. Аргумент, оправдывающий юридическую и иную социальную ответственность, по Кельзену, состоит в том, что человек является конечным элементом цепи причин и следствий. Это означает, что он обладает разумом и волей. Привлечение к ответственности происходит потому, что совокупность причин, объединенных понятием воли, могла бы привести к другим последствиям. У детей и душевнобольных воля не способна быть действительной причиной, поэтому мы исключаем их ответственность. В этом смысле наказание невменяемых лиц не столько несправедливо, сколько нецелесообразно. Одновременно государство, на что особо обращал внимание

³⁸⁶ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 180.

³⁸⁷ Сергиевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. СПб., 1900. С. 108-109.

³⁸⁸ Назаренко Г.В. Правовая и криминологическая значимость уголовно-релевантных психических состояний. Орёл, 2002. С. 83.

³⁸⁹ Лист Ф. Указ.соч. С.81.

³⁹⁰ Там же. С. 81-82; см. также подр.: Зверев Н.А. Свобода воли и право. М., 1898.

Ф. Лист, должно способствовать изменению той среды, которая способствует преступности³⁹¹, ведь она тоже представляет собой часть причинно-следственной связи. В итоге Кельзен заключает: "Современные правопорядки исходят из представления о среднестатистическом человеке и о среднестатистическом наборе внешних обстоятельств, при которых происходят каузально детерминированные действия людей. Если человек, соответствующий среднестатистическому типу, при среднестатистических обстоятельствах совершает – каузально детерминированно – запрещенный правопорядком поступок, то, согласно этому правопорядку, он ответствен за этот поступок и за его последствия"³⁹².

Действующее уголовное законодательство исключает ответственность невменяемого лица, то есть лица, которое в момент совершения преступления не могло осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими вследствие хронического психического расстройства, временного психического расстройства, слабоумия либо иного болезненного состояния психики (ст. 21 УК РФ). В свою очередь наше гражданское законодательство исключает правовые последствия сделок (ст.ст. 171, 177 ГК РФ) и деликтную ответственность (п. 1 ст. 1076, абз. 1 п. 1 ст. 1078 ГК РФ) de facto или de jure недееспособного лица, то есть лица, которое вследствие психического расстройства не может понимать значения своих действий или руководить ими (ст. 29 ГК РФ). Таким образом, даже когда гражданско-правовая ответственность наступает без вины (напр., для предпринимателей, которые добровольно, по самому характеру деятельности, принимают на себя такой риск), предполагается, что ответственное лицо вменяемо (привлечение к гражданско-правовой ответственности в отсутствие критерия вины, в частности, может побудить предпринимателя избрать менее рискованные способы ведения бизнеса, внимательнее контролировать качество производимых им товаров/работ/услуг, а владельца источника повышенной опасности – предпринимать предупредительные меры безопасности). Сказанное позволяет обозначить вменяемость как важнейшее условие юридической ответственности (в отличие от вины, поскольку феномен безвиновной ответственности отчасти может быть объяснен теорией "взаимных рисков", согласно которой безвиновная ответственность возможна в отношении того участника отношений, который создает

³⁹¹ Лист Ф. Указ.соч. С.V, 92-93.

³⁹² Кельзен Г. Указ.соч. С. 127.

для других участников непропорциональные риски³⁹³; вместе с тем, причиной возникновения вреда могут стать противоправные действия множества различных лиц, и отсутствие необходимости доказывать вину некоторых из них не должна исключать ответственность других, вина которых подлежала установлению и была установлена³⁹⁴). П. Рикёр обращал внимание на то, что субъектом права считается лишь лицо "способное" (говорить и действовать, вести внутренний монолог, оценивать, считать себя ответственным за свои действия, что в англоязычной литературе обозначается как "agency"), и в частности "вменяемое" (могущее быть виновным, т.е. быть причиной тех или иных следствий)³⁹⁵. В сущности, только вменяемый человек может сказать, что то или иное действие – его; невменяемым же как будто руководит другая сила. Вместе с тем, гражданское право знает случаи, когда ответственность возлагается на de jure или de facto недееспособное лицо (абз. 2 п. 4 ст. 1073, п. 3 ст. 1076, абз. 2 п. 1 ст. 1078 ГК РФ, а также случаи, когда предприниматель не исполнил условия договора, так как стал фактически недееспособным уже после его заключения). Справедливость такой ответственности мы склонны ставить под сомнение. Намерение законодателя ясно: он стремился реализовать такую цель ответственности, как устранение последствий правонарушения, понимая, что в данном случае не сможет способствовать достижению другой цели – превенции. Но при этом не учел, что *человек, будучи существом сознательным, только тогда может считаться совершившим правонарушение, когда при этом участвовали его разум и воля*, в противном случае речь должна идти о казусе, или об ответственности других лиц (например, опекуна недееспособного, если же опекун умер – наследников опекуна в части унаследованного имущества и т.п.). В этом смысле нет принципиальной разницы между гражданским правонарушением и преступлением, поэтому уместно процитировать Ф. Листа, полагавшего, что "как бы мы ни смотрели на понятия вины и наказания, – с точки зрения воздаяния или цели в праве, мы всегда только тогда будем давать место уголовному наказанию, когда перед нами

³⁹³ См.: Богданов Д.Е. Триединая сущность справедливости в сфере деликтной ответственности // Журнал российского права. 2013. N 7. С. 52-53.

³⁹⁴ Этим дополнением мы пытаемся развенчать обеспокоенность П. Рикёра в связи с тем, что "чем больше расширяется сфера рисков, тем более неотложными и срочными становятся поиски ответственного", т. е. некоего "козла отпущения". См. Рикёр П. Указ.соч. С. 54-58. В действительности необходимыми причинами вреда могут быть действия нескольких лиц, даже совершенные независимо друг от друга, и в таком случае по сложившейся судебной практике к ответственности могут быть привлечены все эти лица (в зависимости от доказанности критериев противоправности и вины).

³⁹⁵ Там же. С. 19-20, 43-49.

будет в известной степени зрелый человек..."³⁹⁶. Ответственность за казус недопустима.

Не менее важный вопрос состоит в том, как соотносятся между собой различные цели наказания, какие из них более приоритетны, а какие менее. «Всякое человеческое деяние, и равным образом преступление, является продуктом двух факторов: характера и ситуации, индивидуальности и среды»³⁹⁷. Соответственно, мы должны учитывать как объект и объективную сторону, так и субъекта и субъективную сторону преступления. Но для ранжирования целей наказания нам достаточно учитывать лишь характеристики субъекта, так как именно на него направлено воздействие наказания. Франц фон Лист делил преступников на прирожденных, привычных и случайных, а целями наказания называл соответственно этим категориям: обезвреживание, исправление и устрашение; Г. Радбрух, заимствовав эту классификацию Ф. Листа, предложил следующие цели наказаний в зависимости от типа преступника:

для "*случайных*" преступников, то есть преступников «под влиянием минуты» (напр., аффекта), которых преступниками сделало стечение внешних обстоятельств, целью наказания будет *устрашение*, служащее напоминанием о необходимости правильного поведения;

для преступников "*привычных*", то есть сознательно идущих на преступление, цель наказания – это:

– для "невменяемых и излечимых" – *лечение*, а для "невменяемых и неизлечимых" – *помещение в изолированный "сумасшедший дом"* (отметим, что в отношении невменяемых вообще некорректно говорить о наказании, и уж тем более относить их к "закоренелым" преступникам)³⁹⁸;

– для "вменяемых взрослых исправимых лиц" – *исправительное наказание*, конкретизировать которое, полагал Ф. Лист, должны не суды, а тюремные инстанции (впрочем, как нам представляется, здесь уместны также цели устрашения, обезвреживания и изоляции),

– для "вменяемых взрослых неисправимых лиц" – *обезвреживание и изоляция*, т.е., в понимании Ф. Листа, – пожизненное заключение

³⁹⁶ Лист. Ф. Указ.соч. С. 69-70.

³⁹⁷ Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 56.

³⁹⁸ Принудительное лечение в современных обществах применяется не только в качестве меры наказания, но и в качестве превентивной меры, препятствующей нарушению закона в будущем, в любом случае "мы должны лечить человека вопреки его желанию только тогда, когда он представляет реальную опасность, а не всякий раз, когда по нашим расчетам это, вероятно, снизит преступность". Дворкин Р. Указ.соч. С. 31.

ние (хотя, как видится, здесь достигается также цель устрашения, тем тюрьма и отличается от сумасшедшего дома);

– для вменяемых несовершеннолетних – воспитание (опять же, по нашему мнению воспитание некорректно отождествлять с наказанием)³⁹⁹.

Выводы. На основании изложенного можно сделать некоторые выводы по вопросу о том, какое наказание является правильным. Итак, юридическую ответственность в целом и наказание в частности следует понимать не как кару (возмездие) правонарушителю, а как средство защиты от неправомерных посягательств (утилитарно). Их польза состоит в том, что они, словами Канта, воспрепятствуют препятствиям для свободы. Таким образом, юридические санкции справедливы постольку, поскольку содействуют защите и восстановлению справедливого правопорядка. Вместе с тем, юридическая ответственность применяется не во всех случаях, когда она полезна, а только по отношению к вменяемым лицам, совершившим противоправное деяние (в этом состоит ее основание). "Мы можем, пожалуй, сказать, – писал Н.Д. Сергиевский, – что основание наказания лежит в факте совершения преступления – наказание налагается *quia reccatum est*; но результат наказания, общий и независящий от специальных целей, есть то, что создается духовная сила, противодействующая нарушениям закона и тем сдерживающая по возможности возрастание преступлений"⁴⁰⁰. При этом базовым является принцип равной ценности любых лиц, то есть в правовых санкциях не должно быть дискриминации (неравенства, не обусловленного объективными целями юридической ответственности, применяемой в условиях справедливого правопорядка); этот базовый принцип не способна дать утилитаристская доктрина. Наказание недопустимо там, где оно не способствует достижению своих целей, поэтому неотвратимость наказания должна пониматься не как безусловная логическая, а как условная практическая необходимость. Целями юридической ответственности являются предотвращение правонарушений в будущем и устранение последствий совершенных правонарушений. Вменение основано не на теории свободной воли человека, а на том факте, что человек является важным звеном в цепи причинно-следственных связей, приводящих к преступлению. Криминологическая политика государства также направлена на предотвращение преступлений, но воздействует уже не на преступника, а на социальную среду, то есть на другие звенья тех же самых причинно-следственных связей. Принцип талиона является лишь первобытным интуитивным

³⁹⁹ Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 57.

⁴⁰⁰ Сергиевский Н.Д. Указ.соч. С. 111.

выражением идеи равенства, и не может рассматриваться как эталон для наказания. Последнее (как воздающая справедливость) должно быть таким, чтобы оптимально содействовать восстановлению справедливого правопорядка (соответствующего общим принципам справедливости и частным принципам отдельных сфер справедливости); это достигается через достижение вышеназванных целей наказания. Поэтому при назначении наказания следует учитывать скорее пользу от него, чем вред от преступления. Для достижения целей наказания законодатель и судья (конечно, в рамках законодательства) должны учитывать максимально возможное количество самых различных фактов, не все из которых могут быть формализованы (например, перечень смягчающих уголовную ответственность наказаний является открытым). Цели наказания ранжируются в зависимости от характеристик субъекта, к которому оно применяется (для преступников "случайных" – устрашение, для преступников "привычных" – лечение для невменяемых и излечимых, изоляция для невменяемых и неизлечимых, исправление/устрашение/изоляция для вменяемых и исправимых, устрашение/изоляция для неисправимых).

§ 3. О смертной казни и телесных наказаниях

Смертная казнь. *Введение.* Под смертной казнью обычно понимают лишение человека жизни в качестве меры наказания, узаконенной государством и осуществляемой по вступившему в силу приговору уполномоченного органа. Вопрос о допустимости смертной казни постоянно активно обсуждается в обществе, и в частности в научной литературе. Однако далеко не всегда вопрос ставится о принципиальных, то есть основных идеологических доводах "за" или "против" смертной казни, не связанных с финансовыми вопросами. Именно поэтому, как правило, затушевывается не менее значимый вопрос: о допустимости пожизненного тюремного заключения. Также достаточно редко ставится вопрос о действительных причинах появления и существования смертной казни как особого вида уголовного наказания, через который мы попытаемся приблизиться к вопросу об ее отмене.

Итак, что мы однозначно не будем затрагивать в своем исследовании, так это расхожий довод об экономической оправданности смертной казни: одни говорят, что дешевле убить преступника, чем содержать его всю жизнь, другие – что при грамотно организованной пенитенциарной системе заключенных можно перевести на самоокупаемость. По нашему же мнению экономическая оправданность не имеет

никакого отношения к вопросам справедливости, ведь то, что дешевле или прибыльнее, не обязательно справедливее, и наоборот.

Есть, однако, ряд аргументов, которые в той или иной степени касаются теории справедливости. Обозначим их максимально кратко.

Спорные случаи:

– В научных и общественных дискуссиях часто поднимается вопрос о том, действительно ли смертная казнь лучше содействует общей превенции, чем другие виды наказания, и возможно ли исправить закоренелого преступника с помощью длительного лишения свободы. Мы же полагаем, что достаточных социологических данных для подтверждения какой-либо из точек зрения не имеется (утверждается, например, что когда за преступление предусмотрена смертная казнь, учащаются случаи убийств свидетелей этих преступлений⁴⁰¹), поэтому соответствующие аргументы не могут быть основными.

– Вряд ли можно говорить также и о том, что только смертная казнь является достаточно суровым наказанием за некоторые преступления, ведь есть множество более жестоких наказаний, чем смерть (отсюда – масса квалифицированных видов смертной казни в Средние века, где сама смерть была для преступника скорее избавлением, чем собственно наказанием).

Доводы "за" смертную казнь:

Некоторые сторонники смертной казни считают убедительным аргументом отсылку к принципу талиона, но в современном обществе, как представляется, этот принцип в чистом виде вряд ли найдет значительную поддержку в качестве универсального принципа справедливости (таковым, собственно, он никогда и нигде не являлся).

Более убедительным, хотя и несколько вульгарным, видится аргумент в пользу смертной казни, согласно которому этот вид наказания полностью реализует такую функцию наказания, как частная превенция (в отличие от пожизненного заключения, когда возможны побег заключенных).

Доводы "против" смертной казни:

Противники смертной казни (напр., И. Бентам), в свою очередь, не без оснований говорят о неизбежности судебных ошибок, которые невозможно исправить, если человек уже казнен (опять же, в отличие от пожизненного заключения). Речь идет не обязательно об осуждении не-

⁴⁰¹ Никифоров А. С. О смертной казни // Государство и право. 2001. № 4. С. 65; Петрухин И. Л. Ещё раз о смертной казни // Юридический мир. 2002. № 4. С. 8. Таким образом, чтобы оценить роль смертной казни в общей превенции, нужно посчитать, сколько жизней пришлось спасти, а сколько ради этого пришлось погубить.

виновных; имеются, например, случаи, когда суды пересматривали правовую квалификацию преступного деяния, заменяя пожизненное заключение ограниченными сроками лишения свободы. Однако хотя данный аргумент крайне убедителен, всегда есть возможность минимизировать риск судебных ошибок. Другое дело: возможность не только "ошибок", но и намеренных злоупотреблений судебной властью. Чем более коррумпировано государство, тем убедительнее данный аргумент.

Другой важный аргумент противников смертной казни состоит в том, что она негуманна. Этот аргумент напрямую отсылает к ценности человеческой жизни (человеческому достоинству): если эта ценность абсолютна, то и сам аргумент имеет абсолютное значение. Причем, по нашему мнению, этот аргумент работает как против смертной казни, так и против пожизненного заключения (мы рассмотрим этот аспект далее в контексте воззрений В.С. Соловьева). Впрочем, не для всех ценность жизни абсолютна. Данные социологических опросов, не только в России, но и в США и других странах, показывают, что значительное число людей всё еще выступают за применение смертной казни⁴⁰².

Таким образом, имеются убедительные аргументы с обеих сторон. Вопрос о допустимости смертной казни, в конечном счете, зависит от того, что окажется более ценным: невозможность побега заключенных – с одной стороны, и возможность пересмотреть судебные решения, ценность человеческой жизни – с другой стороны.

Нельзя не заметить, что с древности и вплоть до XIX века смертная казнь применялась в мире повсеместно, далее случаи ее применения стали стремительно сокращаться, а общая тенденция по ее отмене наметилась только после Второй мировой войны (см. Резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН от 08.12.1977 г., второй факультативный протокол к Пакту о гражданских и политических правах, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 15.12.1989 г.). Движение против смертной казни имеет своей причиной утверждение идеала правового государства как государства, не только соблюдающего букву им же установленного закона, но и уважающего, соблюдающего и обеспечивающего права человека. Иными словами, правительства склонны полагать, что правам человека в большей степени способствует возможность пересмотра судебных решений, исключение поводов для судебных злоупотреблений и сохранение жизни человека, чем уничтожение особо опасных преступников, и в этом есть свой резон.

⁴⁰² Кваши В.Е. Смертная казнь. Мировые тенденции, проблемы и перспективы. М., 2008. С. 553-648.

Весьма противоречива в этом отношении действующая Конституция РФ. В соответствии со ст. 2 Конституции человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Однако ст. 20 Конституции, закрепляя право на жизнь, одновременно допускает существование смертной казни за особо тяжкие преступления против жизни. Представляется, что чисто логически эти две статьи кардинально противоречат друг другу: невозможно считать человека высшей ценностью и при этом допускать лишение его жизни⁴⁰³. И даже если считать используемые в ст. 20 Конституции РФ выражения ("впредь до ее отмены") призывом в будущем отказаться от смертной казни, то не очень понятно, как этого достичь, ведь смертная казнь допускается самой же этой статьей, а изменить данную статью невозможно, для этого требуется принятие совершенной новой конституции (см. ст. 135 Конституции РФ). Определение Конституционного Суда РФ №1344-О-Р от 19.11.2009 г., в котором отмечалось, что смертная казнь в России не применяется уже в течение достаточно большого срока, а в мировом сообществе имеется устойчивая тенденции к отмене смертной казни, и что в связи с этим сформировались устойчивые гарантии права не быть подвергнутым смертной казни, как представляется, не расставило все точки над "i", так как у России всё же остается возможность отказаться от участия в Протоколе №6 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а тенденции мирового сообщества могут измениться или стать менее очевидными.

Киевская Русь. Для оценки убедительности тех или иных аргументов "за" и "против" смертной казни обратимся вглубь веков, хотя бы в части отечественной истории.

Здесь мы сразу обнаруживаем, что доказательства существования смертной казни в Киевской Руси как организованной государством меры ответственности отсутствуют. О смертной казни не упоминает Русская Правда – главный правовой памятник этого периода. Ссылки

⁴⁰³ В научной литературе, к сожалению, встречается мнение (которое является даже не столько мнением, сколько досадным недомыслием), что смертная казнь не противоречит тезису об абсолютной ценности человеческой жизни, поскольку абсолютную ценность представляет в первую очередь жизнь жертвы, а не преступника. См.: Туманов А. А. Современные аспекты теории наказания И. Канта // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2013. Т. 3. С. 1656–1660. URL: <http://e-koncept.ru/2013/53334.htm>. Но по какому это праву мы оцениваем, чья жизнь более ценна, а чья - менее? Сама возможность подобных оценок ведет к полному отказу от принципа абсолютной ценности человеческой жизни, ведь главным становится польза обществу, которую приносит тот или иной человек. Да и как содействует этому принципу ситуация, когда из-за того, что одна человеческая жизнь уже загублена (жизнь жертвы), принимается решение о прекращении еще одной жизни (жизни преступника)? И без того абсолютный вред, если можно так сказать, лишь "увеличивается в два раза".

некоторых ученых на свидетельства Ибн-Вахшия (который писал лишь об обычае сожжения покойников у славян) или Ибн-Даста (который добавил к этому описание судебного поединка ("поля") и жестокости славян на войне)⁴⁰⁴, а также на Киево-Печерский патерик (в котором в действительности нет упоминания смертной казни как действительно-го исторического факта⁴⁰⁵) неубедительны и не имеют отношения к спору. Логические рассуждения о том, почему древние источники молчат о смертной казни⁴⁰⁶ также являются лишь домыслами, а не доказательствами существования смертной казни. Согласно Повести временных лет, церковнослужители посоветовали Владимиру ввести смертную казнь за "разбой" (умышленное убийство), объясняя, что такое решение не будет грехом: "Ты поставлень еси от Бога на казнь злымь"⁴⁰⁷. Таким образом, церковники считали смертную казнь справедливой (как минимум, в качестве наказания за умышленное убийство)⁴⁰⁸. Однако вскоре они же попросили Владимира вновь отменить смертную казнь, заменив ее ранее уже существовавшей выплатой виры, на этот раз из чисто утилитарных соображений (пополнение казны). Одновременно исследователи подчеркивают, что реально византийское законодательство, разрешавшее смертную казнь (например, Закон градский, он же Прохирон), не имело на Руси никакого влияния на судебную практику⁴⁰⁹. Почему же государство не применяло смертную казнь? Здесь следует отметить, что Краткая Правда предусматривает такие наказания, как убийство вора на месте преступления и кровную месть. Пространная Правда знает другой заслуживающий внима-

⁴⁰⁴ См. эти источники: Гаркави А.Я. Сказания мусульманских писателей о славянах и русских (с половины VII века до конца X века Р.Х.). СПб., 1870. С. 259, 264; Леонтович Ф. История русского права. Одесса, 1869. Вып. 1. С. 138-141.

⁴⁰⁵ Слово 28 данного Патерика содержит два рассказа о ворах, в одном из которых говорится лишь о том, что "градский властелин повеле мучити татии" (мучить, а не казнить!), а во втором воры сами выдумали историю о том, что их товарищ осужден к повешению (не известно, за воровство или за другое преступление), причем далеко не факт, что их рассказ был убедительным для Григория Чудотворца, которому они это рассказывали.

⁴⁰⁶ Напр.: Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. (Очерки IX - середины XVII вв.). М., 2006. С. 49, 51; Уголовное право России. Общая часть. / Под ред. В. Н. Кудрявцева, В. В. Лунеева, А. В. Наумова. М., 2006. С. 388; Исаев И.А. История государства и права России: Учебник. М., 2004. С. 47-48.

⁴⁰⁷ Повесть временных лет. // БЛДР. Т. 1. С. 170.

⁴⁰⁸ Соответствующий отрывок из ПВЛ получил неоднозначную оценку в научной литературе и породил множество самых различных толкований. См.: Жильцов С. Смертная казнь в праве Древней Руси и юрисдикция Великого князя в ее применении. // Правоведение. №4. 1997.

⁴⁰⁹ Бенеманский М. Закон градский. Значение его в русском праве. М. 1917. С. 3, 6-10, 98, 153. Живов В.М. История русского права как лингвистическая проблема. // Живов В. М. Разыскания в области истории и предыстории русской культуры. М., 2002. С. 217-218.

ния наказания, как "поток и разграбление", когда человека и его семью лишали жилища и всего имущества: в те времена подобная мера могла быть равнозначна смерти. Кроме того, из различных источников мы знаем, что на Руси существовал такой вид доказательства, как судебный поединок – "поле"⁴¹⁰, Пространная Правда упоминает и ордалии (в данном случае испытание железом и водой). Во всех этих случаях не исключается смерть виновного лица по результатам судебного процесса. Таким образом, на Руси виновный мог быть убит в наказание за совершенное им деяние, однако это не было смертной казнью как таковой, поскольку наказание исходило от частных лиц, а не от государства как института, и применялось только по усмотрению первых. Кроме того, имели место случаи мести князей своим обидчикам, которые, конечно, нельзя описывать в правовых категориях: со стороны власть имущих это был произвол и грубая сила, не основанные на законе. Наконец, исследователи отмечают, что казнь была одним из основных наказаний, применяемых народным вече, либо князем с санкции народного вече, причем зачастую казнь применялась в отношении самих же князей⁴¹¹. Методом исключения мы приходим к выводу, что отсутствие смертной казни, осуществляемой княжеской властью по своему усмотрению, связано сугубо с нелегитимностью княжеского вмешательства в судьбы людей в такой форме, то есть отсутствием у власти реальной возможности возвыситься над обществом до такой степени, чтобы решать вопросы жизни и смерти (стать властью "от Бога"). Эти вопросы люди доверяли только Богу ("божьему суду" в виде ордалий и поля)⁴¹² или частным лицам ("кровная месть", убийство на месте преступления), принимали решения коллективно (на вече), либо просто повиновались силе в случае, когда справедливость не могла быть достигнута (война, поле); но князь (если только он не нарушает право и не действует с позиции прямой силы) эти вопросы решать не мог. Следовательно, не ценность человеческой жизни, а лишь слабость публичной власти на ранних стадиях развития является причиной отсутствия смертной казни. С усилением государства, возвышением его над остальными социальными структурами, смертная казнь появляется

⁴¹⁰ См. об этом: Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб., 1910. С. 591-592.

⁴¹¹ Чебаненко С.Б. Основные черты вечевого правосудия в Древней Руси. // ROSSICA ANTIQUA. 2013 (2). С. 64-104.

⁴¹² Сергеевич В.И. Указ.соч. С. 592-594.

как специальный институт⁴¹³. Этот процесс идет параллельно религиозному обоснованию полномочий светской власти. Движение против смертной казни не могло не учитывать этот религиозный аспект, и Вл. Соловьев, например, выступал против смертной казни путем апелляции к Библии: Бог, мол, вообще не давал людям полномочий убивать других людей, хороши они или плохи⁴¹⁴.

Эпоха Просвещения. Если Фома Аквинский оправдывал смертную казнь для еретиков на том основании, что загрязнение веры гораздо опаснее, чем фальшивомонетничество, хотя за последнее установлена смертная казнь, то эпоха Просвещения с ее культом разума стала временем, когда выдающиеся умы посвятили себя выявлению сугубо светских, не связанных аргументов "за" и "против" смертной казни, в связи с чем представляется возможным обратиться к анализу их взглядов.

Чезаре Беккариа в своем трактате "О преступлениях и наказаниях" (1764) выступал против смертной казни, поскольку понимал государство как продукт общественного договора, и полагал, что невозможно представить себе человека, который добровольно согласился бы принять такие условия общественного договора, при которых создаваемое им государство получало бы право лишать этого человека жизни⁴¹⁵. Жан-Жак Руссо, в свою очередь, в работе "Об общественном договоре" (1762) пришел к прямо противоположному пониманию общественного договора: "человек, чтобы не стать жертвой убийцы, соглашается умереть в том случае, если сам станет убийцей"⁴¹⁶. И еще ранее Шарль Луи де Монтескье в сочинении "О духе законов" (1748) заявлял: "Смертная казнь преступника имеет свое оправдание в том, что закон, который его карает, был создан для его же пользы. Например, убийца пользовался защитой осудившего его закона, последний ежеминутно охранял его жизнь, и потому он не может протестовать против него"⁴¹⁷.

В XX веке немецкий философ Г. Радбрух, анализируя взгляды Беккариа и Руссо, указывал на то, что оба они необоснованно превращают общественный договор в исторический факт: однажды преступ-

⁴¹³ Первое упоминание о смертной казни, примененной церковным судом, относится к 1227 году (Никоновская летопись, казнь волхвов), но в данном случае бояре князя Ярослава настаивали на избавлении осужденных от смертной казни, таким образом, светской властью византийские нормы права воспринимались как недопустимые. Первые упоминания о смертной казни как о светском наказании, как известно, содержатся в Двинской уставной грамоте 1397 г.

⁴¹⁴ Соловьев В.С. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. // Соловьев В.С. Собр.соч. Т. 8. СПб., 1914. С. 576-578, 582.

⁴¹⁵ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 168.

⁴¹⁶ Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 1998. С. 225.

⁴¹⁷ Монтескье Ш.Л. О духе законов. М., 1999. С. 211.

ник согласился на этот общественный договор, предусматривающий смертную казнь, теперь же, когда он стал преступником, его мнение не берется в расчет, ибо согласие уже было дано. По мнению Радбруха, общественный договор – это своего рода фикция, он заключается вновь и вновь каждое мгновение, поэтому согласие преступника должно иметь место даже в тот момент, когда он кладет свою голову на плаху⁴¹⁸. По нашему мнению, упреки Радбруха недостаточно убедительны, так как Беккариа и Руссо совершенно верно пытаются абстрагироваться от конкретной ситуации, и ответить на вопрос: согласился бы человек на введение смертной казни, если бы не знал, будет ли он в будущем сам казнен? Иными словами, эти мыслители имеют в виду не конкретный исторический момент, а как раз фикцию разума.

Дополнительным аргументом Беккариа считал тот факт, что человек в принципе не вправе распоряжаться своей жизнью (самоубийство он рассматривает как преступление, хоть и не подлежащее наказанию), поэтому не может передать это право другому (государству)⁴¹⁹. Этот аргумент, по нашему мнению, также нивелируется рассуждениями Руссо, который указал, что не всякое подвержение своей жизни опасности следует рассматривать как покушение на самоубийство (которое недозволенно), напротив, это действие может быть направлено на сохранение самой жизни. Отсюда, "кто хочет сохранить свою жизнь за счет других, должен, в свою очередь, быть готов отдать за них жизнь, если это будет необходимо"⁴²⁰.

Помимо этого Беккариа пытался продемонстрировать, что смертная казнь не является ни полезной, ни необходимой. В частности, он писал, что угроза смерти не останавливает тех, кто решил посягнуть на общественный порядок, а в плане превенции на людей больше воздействует продолжительное наказание, например пожизненная каторга, а не мгновенная смерть (так как любое сильное впечатление всегда действует лишь непродолжительное время)⁴²¹. Д.С. Милль также считал, что закоренелых преступников вряд ли остановит угроза смертной казни, хотя на публику она производит впечатление⁴²². Неясно, правда, почему тогда этот автор выступал за смертную казнь как наказание за особо тяжкие преступления, ведь он сам же признал, что ее превентивная функция не работает там, где она должна работать. Иеремия Бен-

⁴¹⁸ Радбрух Г. *Философия права*. М., 2004. С. 186.

⁴¹⁹ Беккариа Ч. *Указ. соч.* С. 168, 196-201.

⁴²⁰ Руссо Ж.Ж. *Указ. соч.* С. 224.

⁴²¹ Беккариа Ч. *Указ. соч.* С. 169-174.

⁴²² Милль Дж.Ст. *Речь в защиту смертной казни. // Этическая мысль. Выпуск 9. М., 2009.*

там, напротив, в книге "Введение в основания нравственности и законодательства" (1789) писал о смертной казни как о наиболее действенном, однако же неумеренном наказании⁴²³. Век спустя В.С. Соловьев на конкретных данных исторической статистики убедительно показал, что никакой особой действенности у угрозы смертельным наказанием нет⁴²⁴.

Руссо в целом оправдывает применение смертной казни в ограниченном объеме, заявляя: "Мы вправе умертвить, даже в назидание другим, лишь того, кого опасно оставлять в живых"⁴²⁵. Но почему тюремное заключение преступника должно быть столь опасно для окружающих в современный век? Этот вопрос делает сам тезис Руссо сомнительным. Ведь и сам мыслитель в качестве альтернативы смертной казни упоминает изгнание. В целом его позиция близка взглядам Гуго Гроция, который считал допустимой смертную казнь в качестве наказания за совершение особо тяжких преступлений, распространение которых нельзя пресечь иначе, но при этом отмечал, что во многих случаях цели наказания могут быть более успешно достигнуты другими путями⁴²⁶. С учетом того, что цели наказания, возможно, всегда будут успешно достигнуты иными путями, позиция Гроция также весьма сомнительна. Руссо также приводит примеры из истории (Македония, Рим), когда смертная казнь законодательно не допускалась, пока согласие на нее не выразит орган народного представительства⁴²⁷. Тем самым Руссо как бы подчеркивал свою мысль о том, что лишь суверенная общая воля вправе решать вопросы жизни и смерти. Но привести аргументы от имени этой общей воли он, как представляется, не смог.

И. Кант и Ш.Л. Монтескье считали, что смертная казнь является справедливым возмездием за преступления, связанные с лишением жизни и другим особо опасным покушением на общественную безопасность. "Это своего рода талион, посредством которого общество лишает безопасности гражданина, лишившего или покушавшегося лишить безопасности других"⁴²⁸, – пишет Монтескье. "Если же он убил, то он должен умереть"⁴²⁹, – постулирует Кант. При этом Монтескье добавлял, что иногда и преступления против собственности могут быть настолько тяжкими, что заслуживают смертной казни, а Кант утвер-

⁴²³ Бентам И. Указ.соч. С. 252, 255-257.

⁴²⁴ Соловьев В.С. Указ.соч. С. 579-581.

⁴²⁵ Руссо Ж.Ж. Указ.соч. С. 225.

⁴²⁶ Гроций Г. Указ.соч. С. 466.

⁴²⁷ Руссо Ж.Ж. Указ.соч. С. 171.

⁴²⁸ Монтескье Ш.Л. Указ.соч. С. 168.

⁴²⁹ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 372.

ждал также, что смертью должны наказываться государственные преступления. В этих случаях, конечно, смертная казнь уже не является талионом, что выбивает почву из главного аргумента данных мыслителей: они как будто ориентируются уже на общественную опасность преступления, его тяжесть, а не на принцип талиона⁴³⁰.

Вдохновленный идеями Руссо, И. Кант также попытался возразить Беккариа, назвав в "Метафизике нравов" (1797) тезисы последнего софистикой и крючкотворством. Кенигсбергский философ пишет, что нельзя считать наказанием то, на что человек сам согласился при заключении общественного договора⁴³¹. Однако здесь мы считаем необходимым отметить, что общественный договор – это скорее гипотетическая конструкция, чем реальность, то есть речь идет о том, на что мог бы согласиться каждый человек в некой "исходной ситуации" (в терминологии Дж. Ролза), а не о том, на что согласился конкретный преступник. Эта конструкция не предполагает, как думал Кант, что преступник сам может решать вопрос о том, заслуживает ли он наказания. В действительности противоречие взглядов Канта и Беккариа не в том, как они понимают общественный договор (Кант лишь яснее выразил мысль о вневременном характере этого договора), а в том, как они видят его содержание: первый считает, что общественный договор (практический разум) может содержать условие о смертной казни, второй – что не может (т.е. опять же, разум *любого* человека не допускает его).

Сложности "общественного договора". По нашему мнению, конструкция общественного договора потенциально вполне может допустить смертную казнь, если при этом не постулируется, что человеческая жизнь обладает высшей ценностью. Общественный договор предполагает только равенство лиц и их свободное волеизъявление. Конечно, у этих лиц могут оказаться различные взгляды на то, насколько безопасна, даруемая угрозой смертной казни покушающихся на твою жизнь людей, лучше той небезопасности, которая возникает в связи с возможностью привлечения к высшей мере наказания тебя самого. Но принципиальных ограничений здесь не имеется. Если мы попытаемся разрешить этот вопрос с помощью современного аналога теории общественного договора – конструкции "исходного поло-

⁴³⁰ Впрочем, смертная казнь за мятеж может быть оправдана тем, что в ходе мятежа расторгается общественный договор, и наступает естественное состояние, при котором убийство мятежников можно рассматривать как проявление силы, вызванное необходимой обороной. См. Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 188-189. Но эта мысль не может оправдать смертную казнь мятежников уже после того, как мятеж подавлен.

⁴³¹ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2004. С. 373-374.

жения", то обнаружим, что ее автор – Дж. Ролз, занятый вопросами справедливых принципов для базовых институтов, не дал нам никаких указаний относительно справедливости смертной казни как вида наказания (лишь назвал обращение в рабство военнопленных более справедливым, чем их убийство⁴³²). Но если мы будем считать основным принципом воздающей справедливости оптимальное содействие реализации ролзовских принципов распределяющей справедливости, то смертная казнь вполне может оказаться относительно пригодным средством.

Другую точку зрения высказывали философы кантианского направления, которые не отождествляли общественный договор и ситуацию "исходного положения". Так, Г.Радбрух, полемизируя с Кантом, писал, что даже если рассматривать общественный договор не как реальный исторический факт, а как порождение разума, нельзя мыслить человека согласным на смертную казнь: "Смертная же казнь не может ни в коем случае служить интересам преступника, так как уничтожает сам предмет этих интересов... сам преступник, как разумное существо, не *может* на нее согласиться ввиду его абсолютной незаинтересованности в подобной экзекуции"⁴³³. В свою очередь О. Хёффе указывает, что право на жизнь является неотъемлемым, поскольку любой равноценный обмен благами ("общественный договор") возможен лишь после того, как люди признают друг за другом правосубъектность, предполагающую, в том числе, тело и жизнь⁴³⁴. Исходя из этого, смертная казнь не может быть результатом умозрительного консенсуса. Однако позиция данных мыслителей, как представляется, подспудно предполагает не просто гипотетический общественный договор, но и особое его понимание, связанное с ценностью и достоинством личности, благодаря чему у них и появляются их аргументы.

Рассмотрим в связи с этим доводы, которые приводит В.С. Соловьев против смертной казни, сравнивая ее с убийством: "Не самый факт физического существования важен, а то, что в узкие рамки этого факта вмещена для нас теперь и им обусловлена вся бесконечная судьба человека. Убийство возмутительно не разрушением видимой действительности, всегда ограниченной и большею частью неважной, а теми безграничными возможностями, которые оно, не ведая их, уничтожает... Но вот страшное дело совершилось, человек превратил дру-

⁴³² Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 221.

⁴³³ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 187-188.

⁴³⁴ Хёффе. О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 241-247.

гого в бездушную вещь... По какой же это логике повторение зла есть добро? Разве убийство возмутительно тем, что убит хороший человек? Он был, может быть, негодяем. Но возмутительно самое действие воли, переступающей нравственный предел, возмутителен человек, говорящий другому: ты для меня ничто, я не признаю за тобою никакого значения, никакого права, даже права на существование, и доказывающий это на деле. Но ведь именно так и поступает общество относительно преступника... Особое зло и ужас убийства состоит, конечно, не в фактическом отнятии жизни, а во внутреннем отречении от основной нравственной нормы.... Но эта *решимость покончить* с человеком гораздо яснее и полнее, чем в простом убийстве, выражается в смертной казни"⁴³⁵. Интересно, что под основной нравственной нормой Соловьев имеет в виду, очевидно, отношение к человеку как лишь к средству. Тем самым, заимствуя эту норму у Канта, он приходит к прямо противоположным кантовским выводам относительно смертной казни. Уже этот факт должен показать нам, что в действительности мы имеем с разными пониманиями гипотетического общественного договора.

В. Соловьев настаивает, что сама сущность права позволяет лишь ограничивать, но не полностью отменять начало личной свободы. Но если так, то смертная казнь не может считаться справедливой, она не есть общее благо, т.к. понятие общего блага логически предполагает и благо преступника, здесь же оно полностью игнорируется. Чрезвычайно важно, что эти рассуждения мыслитель совершенно последовательно применяет и к пожизненному заключению⁴³⁶. (Ясно, что поскольку пожизненное заключение не исключает возможности условно-досрочного освобождения, помилования или амнистии, а также определенных возможностей для развития в самой тюрьме, постольку оно не может считаться полностью несправедливым, но всё же оно крайне несправедливо.)

Итак, то понимание справедливости, которое свойственно кантианцам В.С. Соловьеву, Г. Радбруху и О. Хёффе, исходит из особого понимания общественного договора, связанного с недопустимостью отношения к человеку как к средству. Однако данное понимание тоже не безупречно, так как в случае смертной казни человеческая жизнь не имеет более ценности не потому, что общество в принципе относится к человеку как к средству, а потому, что сам человек путем совершения преступления лишил свою жизнь ценности, поскольку ее сохранение ставит под угрозу жизни других людей. Нельзя не упомянуть здесь Г.

⁴³⁵ Соловьев В.С. Оправдание добра. // Соч. в 2 т. Т. 1. М., 1988. С. 583-584.

⁴³⁶ Там же. С. 587.

Гегеля, который также вступил в полемику с Беккариа, но уже с позиции критики теории общественного договора. По мнению Гегеля, государство не есть договор, защита жизни и собственности индивидов не является его сущностью, напротив, государство возвышается над индивидом и претендует на его жизнь и собственность. Наказание, как логическое отрицание отрицания права, справедливо вне зависимости от согласия на него преступника, точнее преступник самим своим преступлением по логике соглашается на наказание. Тем не менее, Гегель положительно оценил роль Беккариа в сужении сферы применения смертной казни.⁴³⁷ Представляется, что взгляды Гегеля сохраняют актуальность даже если исключить из них критику общественного договора и крайности этатизма. Ведь государство действительно уполномочено наказывать преступников, а своим деянием преступник и в самом деле соглашается на наказание, хотя бы до преступления он и не воспринимался никем как средство. Вопрос лишь в том, может ли смертная казнь считаться соразмерным наказанием.

Выводы. В результате мы видим, что принципиальные аргументы "за" и "против" смертной казни (и пожизненного заключения) не удаются. В конечном счете, мы должны принимать во внимание восстановление справедливого правопорядка как цель наказания. Всегда, когда для торжества этой цели возможны менее суровые наказания, мы должны прибегать к ним. В этой связи, как представляется, современный уровень развития человечества показывает как раз то, что у смертной казни остается все меньше шансов на оправдание. Появление смертной казни изначально связано с усилением публичной власти, возвышением ее над отдельными личностями; как правило, государству при этом приписывается некая религиозная миссия. Отмена смертной казни связана с ограничением абсолютизма государственной власти, ростом благосостояния человечества, распространением индивидуалистической идеологии прав человека и другими мировыми тенденциями. Сама по себе абстрактная формула справедливости "равным – за равное, неравным – за неравное" неспособна ответить на вопрос о допустимости смертной казни, решающим оказывается обращение к обстоятельствам места и времени.

Телесные наказания. В современных западных обществах, равно как и в российском обществе попытки найти аргументы против телесных уголовных наказаний уже не являются актуальными. В большинстве западноевропейских стран такие наказания были отменены в течение

⁴³⁷ Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 148.

XIX века, в Российской Империи окончательно это произошло в начале XX столетия. Вместе с тем, общественные дискуссии о допустимости телесных наказаний не прекратились полностью, а лишь переместились в область школьного и внутрисемейного воспитания (кроме того, телесные наказания сохраняются в уголовном праве многих мусульманских стран). Так или иначе, подобно смертной казни, телесные наказания (даже в качестве формы воспитания детей) постепенно теряли свою популярность и ограничивались в течение XIX-XX вв. Сегодня множество научных исследований посвящено обоснованию тезиса о неэффективности телесных наказаний детей. Общество же чаще апеллирует к неправильности физического насилия как такового. Конечно, оба тезиса – о неэффективности и негуманности – в условиях свободы мнений имеют и своих критиков. Но исторический анализ показывает, что оба они сыграли свою роль в отмене телесных наказаний. Рассмотрим подробнее причины появления и отмены телесных наказаний.

Говоря об эволюции телесных наказаний на Руси, нельзя не заметить определенную схожесть ее с эволюцией смертной казни. Русская Правда практически не знает телесных наказаний, но упоминает о возможности ударить мечем того, кто первый нанес удар, возможности господина бить закупа, но лишь "про дѣло", а также о возможности бить холопа, ударившего свободного человека (но это последнее наказание может быть заменено компенсацией морального вреда – "взяти гривна кунь за соромь"⁴³⁸). Как справедливо указывается в научной литературе, в подобных случаях "речь еще не идет о настоящем уголовном наказании"⁴³⁹. Действительно, наказание пока не исходит от государства. Однако другие исследователи обращают внимание на многочисленные летописные примеры телесных наказаний, а также на статьи Русской Правды, которые запрещают мучить смерда "без княжа слова"⁴⁴⁰ (не означает ли это, что по княжескому слову мучения все же могли иметь место?)⁴⁴¹. Так или иначе, если телесные наказания и существовали в Киевской Руси, чего утверждать мы достоверно не можем, то они были еще неразвиты. Первым правовым памятником, официально предусматривающим телесное наказание (в данном случае клеймение), исходящее от государства, является Двинская уставная грамота 1397 г. – та самая, которая впервые официально устанавливает

⁴³⁸ Русская правда (Пространная редакция). // БЛДР. Т. 4. С. 506, 508.

⁴³⁹ Размахов К.Е. Телесные наказания в Российском государстве допетровского периода // Труды Академии управления МВД России. 2018. №4 (48). С. 185.

⁴⁴⁰ Русская правда (Краткая редакция). // БЛДР. Т. 4. С. 494. Русская правда (Пространная редакция). // БЛДР. Т. 4. С. 508.

⁴⁴¹ Евреиннов Н. История телесных наказаний в России. Пг., 1917. С. 18-19.

и смертную казнь. Далее, подобно смертной казни, телесные наказания расширяют сферу своего применения и становятся все более разнообразными. Это сопровождается изменением представлений о самом преступлении: теперь это не просто "обида" (частного лица), но и "лихое дело" (имеющее общественную опасность) – термин, встречающийся в Псковской судной грамоте 1467 г. и Судебнике 1497 г. Таким образом, появление телесных наказаний прямо связано с усилением государственного аппарата и его роли в регулировании общественных отношений, что сопровождалось усилением социального неравенства и классовой борьбы⁴⁴². Князь должен был стать как минимум "отцом" для своего народа, чтобы ему было позволено покушаться на тела своих подданных, хотя сами по себе эти тела не были неприкосновенными изначально.

Как представляется, возвышение института государства изменило и сам смысл наказаний. Кровная месть была именно мезтью, возмездием членов враждующих и ничем не связанных родов. Представления об обществе в современном смысле в период военной демократии и раннефеодальной монархии отсутствовали, ведь объединение под началом княжеской власти имело лишь военно-оборонительное, а не экономическое или культурное значение. Со временем функции публичной власти возрастали, в результате появилось и представление о всестороннем единстве – обществе. Пока оно еще не было национальным государством, но не было это уже и простой совокупностью соседствующих и иногда сотрудничающих друг с другом племен. Соответственно, возникло представление о государстве как об институте, охраняющем некий в той или иной степени взаимовыгодный общественный порядок. Первоначально, устанавливая систему наказаний, государство заимствовало мстительную логику талиона. Но в соответствии с новыми реалиями эквивалентное воздаяние (в т.ч. в виде смертной казни и телесных наказаний) мыслилось теперь не столько мезтью, сколько наиболее оптимальным средством устрашения (превенции). Поэтому принципу талиона уже не следовали строго, ибо преобладающим принципом стало устрашение, в своей кульминации означающее церемониальную публичную демонстрацию недопустимости посягательства на абсолютную власть монарха. Но последняя не сразу стала абсолютной, поэтому наказание воспринималось все же не столько как посягательство на монарха, сколько как посягательство на сам государственно-властный порядок. И в последующем самодержжцы сами стремились создать "регулярное госу-

⁴⁴² Размахов К.Е. Болезненные телесные наказания в российском уголовном праве // Вестник Московского университета МВД России. 2015. №9. С. 23.

дарство", основанное на твердости закона, а не на изменчивом своеволии. Таким образом, понимание наказания как воздаяния в Средние Века сменяется пониманием его как гаранта определенного общественного порядка, и это же понимание сохраняется в Новое Время. В этой связи кажется натянутой точка зрения М. Фуко на средневековые жестокости как на месть преступнику со стороны государя – чувство или долг/принцип мести, существующие в душе последнего, если и играли какую-то роль, то лишь второстепенную.

В свою очередь идея ограничения телесных наказаний, как представляется, могла возникнуть в Новое Время по двум причинам: 1) борьба народных масс с деспотичной государственной властью, закрепившей, рьяно охранявшей и со временем усиливавшей тесно связанное с ней социальное неравенство (оспаривались при этом не сами телесные наказания, а доведенная до абсолюта воля монарха и применение уголовной репрессии в нарушение личных и политических прав человека); 2) осознание самим государством, дошедшим уже до крайностей жестокости, ограниченной эффективности телесных наказаний, стремлением государства надзирать, а не наказывать (Ч. Беккариа, например, пытался лишь продемонстрировать неразумность чрезмерно жестоких наказаний с точки зрения общей и частной превенции⁴⁴³, а Ш. Монтескье ссылаясь на практику, которая показала, что "в странах, где наказания не жестоки, они производят на ум гражданина не менее сильное впечатление, чем самые жестокие наказания – в других странах"⁴⁴⁴). Впрочем, мыслителями высказывалось и другая причина, не связанная с интересами конкретных социальных групп, а имеющая непосредственное отношение к самой теории справедливости: невозможность отменить, "повернуть вспять" несправедливо наложенное телесное наказание (И. Бентам)⁴⁴⁵. И все же, чтобы телесные наказания были не только ограничены в своей жестокости, но и полностью устранены, требовалась дополнительная причина, а именно изменение отношения к человеческому телу как к таковому.

Дело не только и не столько в том, как думает Фуко, что вместо тела власть с целью повышения эффективности наказания начала воз-

⁴⁴³ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 162-166. Жесткие наказания, по мнению мыслителя, а) заставляют преступников совершать дополнительные преступления с целью избежать наказания, б) порождают жестокость нравов народа, в) не позволяют соблюсти строгое соответствие между тяжестью преступления и суровостью наказания; г) приводят к стремлению судей освободить преступников от наказания. См. также: Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М., 1999. С. 93-95. Данный автор указывает на то, что телесные наказания стали рутинными, и поэтому менее впечатляющими.

⁴⁴⁴ Монтескье Ш. Указ. соч. С 80.

⁴⁴⁵ Бентам И. Указ.соч. С. 255-256.

действовать на душу человека, отсюда и "родилась тюрьма". Ведь на душу можно воздействовать и телесными наказаниями, что власть и делала во все времена (представления человека о "душе" вообще одни из самых древних и родились отнюдь не в эпоху Просвещения). Стали неэффективны публичные наказания? Но можно наказывать тело и непублично: "Каторжные работы никогда не демонстрировались, и все-таки люди представляли себе, что это такое".⁴⁴⁶ Имеется риск злоупотребления со стороны исполнителей? Но над последними можно установить строгий контроль. Телесные наказания кажутся чрезмерно жестокими? Но их жестокость можно регулировать (например, ограничить количество ударов кнутом или сделать сам кнут менее болезненным, либо прибегать к неболевым телесным наказаниям, таким как членовредительство под анестезией). Физически увечные люди – обуза для общества? Но далеко не каждое физическое увечье лишает человека возможности содержать самого себя, тем более сегодня труд носит все более интеллектуальный характер. Конечно, сам довод о неэффективности телесных наказаний остается и после всего сказанного, но отнюдь не в контексте противопоставления души и тела, как это имеет место у Фуко.

Ключевым фактором отмены телесных наказаний, методом исключения, оказываются, помимо осознания самим государством их неэффективности, идеи гуманизма (см. ст. 7 УК РФ). Здесь следует отметить, что гуманизм как уголовно-правовой принцип имеет два аспекта, первый из которых заключается в экономии средств уголовно-правовой репрессии, являясь логичным следствием теории справедливого наказания, а второй состоит в особых представлениях о человеческом достоинстве, не допускающих физических страданий. Очевидно, что в отмене телесных наказаний решающую роль сыграл второй аспект. Не случайно телесные наказания первоначально отменялись лишь в отношении благородных сословий, для которых честь была одной из главных ценностей. Крушение сословной системы стало причиной того, что защищаться стали честь и достоинство каждого человека. Физические страдания вступили в противоречия с новыми идеями. А это означает, что Фуко неправ, когда полагает, что ссылкой на гуманизм ученые лишь отмахнулись от проблемы поиска причин отмены телесных наказаний; нет, именно гуманизм и был одной из главных таких причин. Сегодня во многих странах мира применяется принудительная химическая кастрация педофилов: безболезнен-

⁴⁴⁶ Соловьев Э.Ю. Переосмысление талиона. Карательная справедливость и юридический гуманизм. // Новый Мир, № 1, 2004.

ное воздействие на тело вызывает гораздо меньше возражений, и в случае принудительного лечения общественно опасных сексуальных отклонений может быть отождествлено с привычными методами химиотерапии. То же самое можно сказать и применительно к животным: стерилизация и кастрация, совершаемые под анестезией, безболезненный убой скота – допускаются и приветствуются, жестокое обращение с животными – в один случаях наказывается (ст. 5.7 КоАП г. Москвы, ст. 245 УК РФ), в других – по крайней мере вызывает протесты зоозащитников. Иными словами, неприятие физических страданий – вот одна из главных причин отмены телесных наказаний. (Особое отношение к телу, однако, проявляется не только в виде осуждения преднамеренного причинения физических страданий, но и в некотором консерватизме нравов, который не допускает даже безболезненное негативное воздействие на тело.)

Это новое отношение к телу, однако, с трудом сочетается с современной теорией справедливости, которая говорит о свободе и равенстве, реже о братстве, но едва ли примеряет данные понятия к суждениям о видах уголовных наказаний. Отчасти это обусловлено тем, что дискуссии о допустимости телесных наказаний сегодня практически неактуальны, отчасти – ограниченностью самой теории. Конечно, теоретики говорят о человеческом достоинстве, это же понятие фигурирует в важнейших международных правовых документах, но определения, даваемые ему, как правило, в контексте идеи свободного морального выбора личности, слабо соотносятся с уголовным правом. Ведь членовредительское или иное болевое наказание само по себе не отрицает человека как рационального агента. Гораздо больше вопросов в этом отношении вызывают всё еще существующие смертная казнь и ее главная альтернатива – пожизненное тюремное заключение: оба этих наказания, в отличие от наказаний телесных, полностью лишают человека возможности распоряжаться своей жизнью, и в этом плане противны его достоинству в том понимании, которое отстаивают западные теоретики прав человека. Именно поэтому следует признать, что главной идеологической причиной отмены телесных наказаний стал тот аспект уголовно-правового принципа гуманизма и то понимание гуманизма, которые весьма слабо связаны с теорией справедливости. Что касается тех аргументов против телесных наказаний, которые связанные с ней, то таковыми являются, как и в случае с смертной казнью: возможность судебной ошибки, возможность неисправимого злоупотребления властью, несоответствие принципу экономии средств уголовно-правовой репрессии. Но очевидно, что все эти аргументы в конкретных исторических условиях могут быть перевешены другими.

Глава четвертая. Этнокультурная и международная справедливость

В данной главе мы рассмотрим два смежных вида справедливости. Этнокультурная справедливость вращается в основном вокруг вопросов, связанных с т.н. национальной и культурной политикой государства, но иногда (напр. право наций на самоопределение) выходит на международный уровень. Ее основная идея видится в том, чтобы совместить предоставленные каждому человеку базовые возможности для преследования собственной «концепции блага» (т.н. ролзовские «первичные блага») с обеспечением некоторой культурной сплоченности, без которой невозможен эффективный правопорядок. Идея равной заботы и уважения проявляется здесь в том, что сами первичные блага распределяются в соответствии с ней (впрочем, это не вопрос этнокультурной справедливости), а кроме того в том, что ограничения на возможности для преследования различных «концепций блага» налагаются в целях защиты только достаточно важных и притом общезначимых ценностей, одновременно каждому предоставляется равная возможность участвовать в выработке общей идентичности. В конечном счете, сказанное означает защиту тезиса о приоритете права над благом – важнейшего следствия принципа равенства. Международная справедливость, в свою очередь, представляет собой воплощение идеи равенства государств. Но нельзя обманываться и думать, что эта идея непререкаема. Публичная власть и границы конкретного государства воспринимаются теорией справедливости скорее как данность, чем как ценность. В конечном счете, важно равенство людей, а не государств. Именно поэтому сегодня в международной политике, праве и теоретической мысли актуализируется подход с точки зрения прав человека. Государство имеет равные с другими права лишь постольку, поскольку способно обеспечить хотя бы на минимальном уровне равную заботу и уважение своих граждан и вытекающие отсюда права человека. Последовательному воплощению данного правила мешает, разве что, отсутствие сильного и беспристрастного «мирового правительства». Но, по крайней мере, именно соблюдение прав человека является главным критерием при определении права нации на самоопределение или права сторонних государств на гуманитарную интервенцию. В связи с чрезвычайно широким спектром проблем в области международной справедливости мы, однако, остановимся лишь на одном из способов осмысления основных принципов международного права.

§ 1. Этнокультурная справедливость: нейтральное государство, мультикультурализм, национальное государство, космополитизм

Современные общества характеризуются культурным, этническим, религиозным плюрализмом, что порождает проблему обеспечения мирного сосуществования интересов тех или иных социальных групп в рамках одного общества. Благо, что мирное сосуществование является практически общепризнанной ценностью. Общества предыдущих эпох также включали в себя лиц различных предпочтений, традиций, верований и убеждений, а также происхождения, однако господствующая культура могла их преследовать, подавлять, заставлять маргинализироваться или ассимилироваться. Так, гомосексуалистов привлекали к уголовной ответственности, индейцев лишали их традиционного образа жизни, еретиков сжигали, женщин лишали политических прав. Современное понимание идеала равенства всех людей предполагает отказ от такой политики.

С учетом изложенного, требуется формулирование основных принципов справедливого урегулирования межкультурных взаимодействий. Как правило, в научной литературе в контексте этнических и религиозных противоречий тематизируется значимость толерантного отношения, взаимного уважения и поиска компромиссов, указывается на необходимость поддержки культур национальных меньшинств и коренных народов, постулируется недопустимость насилия. Однако эти общие благие пожелания не отвечают на вопрос о том, как далеко должна простираться толерантность, не проводят различия между компромиссом и консенсусом, не решают проблемы источников и пределов финансирования национальных культур. Таким образом, теория этнокультурной справедливости остается не выработанной⁴⁴⁷.

В рамках отдельных государств данная тематика обсуждается в контексте двух конкурирующих концепций: мультикультурализма и "плавильного котла". Первая настаивает на поддержке и развитии культурного многообразия, вторая – на полном его уничтожении. Мы постараемся показать, что в своих крайних проявлениях обе концепции должны быть отброшены. Но актуальность рассматриваемой тематике

⁴⁴⁷ Наше исследование, направленное на выработку хотя бы некоторых элементов такой теории, не будет касаться понятия, типологии и классификации, стадий и причин межэтнических конфликтов, а также понятия этничности как такового и анализа конкретных межэтнических конфликтов в России или за рубежом, поскольку данные проблемы уже получили достаточное внимание научного сообщества.

придают также процессы глобализации, которые ставят под вопрос будущее отдельных государств и ценности гражданства, открывая дорогу идеалам космополитизма. Мы постараемся показать, что космополитическая идентичность не должна отрицать право на существование локальных идентичностей.

Наши тезисы относительно основ этнокультурной справедливости сводятся к следующему: 1) государство может и должно проводить активную культурную политику, в том числе связанную с поддержкой определенных добродетелей и ценностей, что совместимо с либерализмом (отсюда – отказ от "нейтрального государства"); 2) коллективная идентичность не должна пониматься в этническом ключе, и должна основываться на политическом дискурсе и представлениях о нравственности, а не на идеологизированной политике памяти (отсюда – отказ от классического представления о «национальном государстве»); 3) государство с целью обеспечения стабильности и эффективности управления должно вовлекать в политический дискурс различные группы населения, при наличии определенных разумных оснований поддерживать их, при этом (а) культура этнического большинства не должна пользоваться никакими преимуществами перед культурами этнических меньшинств, за исключением того (весьма условного) преимущества, которое дает ей общегосударственный язык, (б) этнические группы не должны иметь преимущества перед группами, образованными по иным критериям (отсюда – отказ от "плавильного котла"); 4) человек не имеет неотчуждаемого права на сохранение своего образа жизни и культурных ценностей, хотя и вправе придерживаться доступных культур и образов жизни (отсюда – отказ от "жесткого" мультикультурализма); 5) утверждение космополитической идентичности не должно приводить к отрицанию или умалению региональной, локальной и иных видов идентичности, так как не способно полностью взять на себя их функции (отсюда – отрицание "жесткого" космополитизма).

Таким образом, мы полагаем легитимной конструкцию национального государства, допускающего в своих пределах своего рода "мягкий" мультикультурализм, а вне своих пределов – своего рода "мягкий" космополитизм. Рассмотрим теперь названные тезисы.

Национальное государство. Характерным для современных научных исследований является то, что нация воспринимается как искусственное понятие, обозначающее некое "воображаемое сообщество", основанное на социальных мифах. Обозначим кратко этот доминирующий ход научной мысли.

Итак, считается, что хотя к Новому Времени многие европейские государства представляли собой определенные культурные общности,

однако быт, хозяйство, диалекты, характер, историческое сознание и обычаи (в том числе правовые) их жителей могли существенно отличаться от местности к местности: подлинно однородной была лишь культура господствующего класса⁴⁴⁸; при этом значение имела не национальная, а совершенно иные виды идентичности (профессиональная, сословная, религиозная, общинная, семейная и др.). С буржуазно-демократическими революциями и техническим прогрессом предоставление массам права на участие в политической жизни страны и возложение на них всеобщей воинской повинности, равно как и развитие инфраструктуры, увеличение торговых связей, снятие препятствий для смены вида профессиональной деятельности, повышение уровня социальной мобильности и коммуникации преобразовали сознание людей из разных уголков одной страны: с одной стороны, дали им почувствовать единство их судьбы, с другой стороны, сделали такое чувство крайне необходимым для поддержания единства общества. Русский правовед Б.А. Кистяковский утверждал: "Ничто в такой степени не обеспечивает государственного единства и национальной солидарности, как всеобщее избирательное право"⁴⁴⁹. Но верно и другое: эффективность демократических институтов (в т.ч. всеобщего избирательного права) зависит от национальной солидарности (которая, напр., препятствует абсентеизму). Этот аспект подчеркивает, например, Ю. Хабермас, согласно которому демократическое самоопределение требует преобразования народа в нацию, т.е. некоторой культурной интеграции, формирования новой коллективной идентичности⁴⁵⁰. Оба аспекта лаконично соединяет М. Уолцер: "Самоуправление имеет тенденцию производить относительно однородные сообщества и вполне успешно только в рамках таких сообществ"⁴⁵¹. Не случайно идея нации и избирательное право развивались рука об руку. Другой причиной возникновения идеи единой нации и одновременно способом обеспечения единства нации стала война. Как показал Ч. Тилли, появление огнестрельного оружия и недостаточность у государств денежных средств для найма достаточного количества вооруженных наемников привели к необходимости (ради оправдания существующей власти) внушить гражданам долг умирать за свою страну; поддержание нацио-

⁴⁴⁸ См., напр.: Геллнер Э. Пришествие национализма. Мифы нации и класса. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 150-154.

⁴⁴⁹ Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб., 1998. С. 332.

⁴⁵⁰ Хабермас. Постнациональная констелляция и будущее демократии. // Логос. №4-5 (39) 2003. С. 110.

⁴⁵¹ Walzer M. Pluralism: a political perspective. // Harvard encyclopedia of American ethnic groups. Harvard, 1980. P. 782. Автор показывает это на примере США.

нального чувства, следовательно, тесно связано с образом внешнего врага.

Конструирование мифа о древней и естественной нации стало в Новое Время целенаправленной государственной политикой, призванной преодолеть социальную дезориентацию населения. Во многом это было связано с реформацией, подорвавшей идею божественной легитимации королевской власти, и потребовавшей новых способов легитимации власти, и с отчуждающим эффектом разрушающей традиционные связи модернизации⁴⁵². "Во многих самых разных социальных кругах, – пишет Ч. Тейлор, – стали считать, что для того, чтобы обрести единство, необходимое для коллективного действия, суверенный народ с самого начала должен представлять из себя некое единство в культурном, историческом или – в случае большинства стран Европы – в языковом отношении. И поэтому за политической нацией должна стоять предшествующая ей культурная (иногда этническая) нация. В этом смысле национализм родился из демократии, он ее – хороший или плохой – продукт... То, что защищается и осуществляется в национальном государстве – это не только ваша свобода как человека: национальное государство гарантирует также выражение вашей культурной идентичности"⁴⁵³. В результате, современные нации имеют лишь некоторые общие черты с прежними народностями, и в отличие от них представляют собой искусственное, институционализированное, юридическое, политическое и экономическое единство, воображающее свою общую сущность и историю. Более того: "Сведение нескольких употребительных диалектов в единый письменный язык является современным и творческим достижением"⁴⁵⁴.

Трансформация экономической и социальной системы, вызванная внедрением машинного труда (промышленным переворотом), внесла в эту ситуацию дополнительные коррективы, в частности: 1) деревенские жители вынуждены были оставить прежние традиционные занятия и направиться на заработки в городские фабрики – совершенно другую культурную среду; 2) огромные массы людей должны были научиться элементарной грамоте через систему унифи-

⁴⁵² Хабермас Ю. Европейское национальное государство: его достижения и пределы. О прошлом и будущем суверенитета и гражданства. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 368.

⁴⁵³ Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва, 2002. С. 14-15.

⁴⁵⁴ Бройн Дж. Подходы к исследованию национализма. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 206, 208.

цированного школьного образования⁴⁵⁵. Сюда же можно добавить разразившийся на фоне развития наук кризис религиозного мировоззрения. В результате круг лиц, образующих единую культурную среду, нуждающихся в общей сильной исторически и мировоззренчески обоснованной идентичности, и потому включенных в формирующийся конструкт нации и со временем получивших избирательные права, еще больше расширился.

Впрочем, отдельные ученые призывают не переоценивать роль государства в формировании нации, отмечая, что современный тип государства нуждается в идее нации для обоснования власти, тогда как эта идея эволюционировала самостоятельно в контексте перехода человечества от ритуально-символического к ценностно-нормативному регулированию. "Теоретически государство может в этой ситуации опираться на любой вид культуры. Но среди прочих культур этническая в этих условиях обладает двумя важнейшими преимуществами. Первое – она также существует с опорой на национальный язык – иными словами, содержит в себе естественно сложившуюся коммуникативную систему, которую государство лишь оформляет под себя. Второе – этнос в качестве формы целостности совокупной социальной деятельности не может существовать без территории, т.е. содержит в себе тот же признак, который является атрибутом государства"⁴⁵⁶.

Вместе с тем, в условиях глобализации прежняя национальная политика сталкивается с новыми проблемами. "Разнообразие культурных форм жизни, этнических групп, мировоззрений и религий если не уже колоссально, то по крайней мере стремительно возрастает", – замечает Ю. Хабермас⁴⁵⁷. Более того, с усилением разнообразных международных связей стали размываться понятия о границах государств: "сегодня глобализация тех же самых тенденций, которые когда-то породили национальное государство, ставит его суверенитет под сомнение"⁴⁵⁸. В результате уже не так просто обеспечить культурное единство населения, не прибегая к нарушению прав человека. В связи с этим встал вопрос о будущем "мифа о нации".

⁴⁵⁵ См. Геллнер Э. Пришествие национализма. Мифы нации и класса. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 154-157. См. также: Бауэр О. Национальный вопрос и социал-демократия. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 61-67.

⁴⁵⁶ Пономарев А.М. Право в системе национальных ценностей. Екатеринбург-Ижевск, 2009. С. 79.

⁴⁵⁷ Хабермас Ю. Европейское национальное государство: его достижения и пределы. О прошлом и будущем суверенитета и гражданства. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 374.

⁴⁵⁸ Там же. С. 377.

Это правда, что единая национальная культура в большей степени способствует поддержанию стабильного правопорядка, ведь, например, в так называемых консоциативных, или многосоставных устройствах (когда имеется сразу две-три господствующих культуры) слишком высок риск нарушения хрупкого мира: "Социальные или демографические перемены, так сказать, смещают центр тяжести... Внезапно какая-то из сил начинает казаться опасной всем другим силам... Ярким примером столь печального конца консоциативного устройства является Ливан"⁴⁵⁹. К тому же, для образования консоциативных государств необходимы соответствующие исторические предпосылки. В литературе сложилось компромиссное отношение к полиэтническим государствам: "осознавая нежелательные стороны консоциальной демократии, к ней все же приходится прибегать, если иного способа представительства интересов противостоящих групп найти нельзя"⁴⁶⁰.

Проблема, однако, заключается в том, что национальная идентичность не обязательно связана с какой-либо конкретной идеей благой жизни, религией, идеологией, социальным устройством, историей, традициями или обычаями⁴⁶¹. Действительно ли в таком случае она способна быть сплывающим культурным фактором? В отличие от религии, нация не обещает человеку подлинного (индивидуального) бессмертия. Но сильное эмоциональное влияние бывает связано не только с бессмертием: таковое могут обеспечить, например, кровнородственные связи. "Атеисты... и христиане одинаково стремятся спасти своих детей из горящих домов"⁴⁶². Проблема у конструкта нации имеется и здесь, ведь нация является открытым образованием (каждый имеет право получить гражданство, если выполнит необходимые условия), что лишает ее определенной мистики. В результате для того, чтобы нация была действительно активным сплывающим фактором, всегда требуется образ врага, угроза войны или необходимость борьбы за светлое будущее⁴⁶³. А это значит, что национализм рискует стать не более чем разменной монетой в политической борьбе: не слишком ли высокая цена за мнимое единство? Ю. Хабермас пишет: "На этой основе национализм может быть замещен так называемым конституцион-

⁴⁵⁹ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 41.

⁴⁶⁰ Дробужева Л.М. Этничность в современном обществе. Этнополитика и социальные практики в Российской Федерации. // Мир России. 2001. №2. С. 174.

⁴⁶¹ Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction.// Dissent. Spring, 1991. P. 297; Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 347.

⁴⁶² Балакришнан Г. Национальное воображение. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 273.

⁴⁶³ Подр. об этом см. там же в разделе "Вооруженная нация".

ным патриотизмом. Однако многие полагают, что конституционный патриотизм в сравнении с национализмом является слишком тонкой нитью для скрепления сложных обществ⁴⁶⁴. Сам Хабермас убежден в эффективности т.н. делиберативной демократии, создающей условия возникновения солидарности в духе конституционного патриотизма⁴⁶⁵. В качестве примера противоположного мнения можно привести высказывание С. Хантингтона, что "политические принципы – слишком хлипкое основание, чтобы на нем строить прочное общество"⁴⁶⁶.

В связи со сказанным необходимо подробнее рассмотреть идею общей национальной культуры. В первую очередь, необходимо отметить, что эта культура (ее можно назвать гражданской, политической и т.п.) не совпадает с культурой преобладающего этноса, а потому по определению не является дискриминированием культуры, этнических меньшинств со стороны преобладающего этноса. Так, в современной России доминирующей является общая для всех этносов российская культура, а не какая-либо "русская православная" и т.п. культура. Единственным преимуществом русского этноса можно назвать использование русского языка в качестве государственного. Этому есть разумное объяснение: "Общепринятый правовой подход заключается в том, что *бюрократии должны разговаривать на языке большинства налогоплательщиков, а не налогоплательщики должны выучивать язык чиновников*"⁴⁶⁷. Важно подчеркнуть, что титульный этнос получает преимущество не потому, что его культура лучше других, а лишь потому и в той мере, что в современном мире выглядит совершенно утопичной попытка предоставить каждому этносу свою государственность (при нескольких тысячах этносах в мире существует около 200 государств)⁴⁶⁸. Более того, если в том или ином регионе государ-

⁴⁶⁴ Хабермас Ю. Европейское национальное государство: его достижения и пределы. О прошлом и будущем суверенитета и гражданства. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 374.

⁴⁶⁵ Хабермас. Постнациональная констелляция и будущее демократии. // Логос. №4-5 (39) 2003. С. 121.

⁴⁶⁶ Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. М., 2017. С. 549.

⁴⁶⁷ Тишков В.А. Усложняющее разнообразие: как его понимать и упорядочить. // Культурная сложность современных наций / отв. ред. В. А. Тишков, Е. И. Филиппова. М., 2016. С. 17.

⁴⁶⁸ В этой связи любопытно проанализировать право народов на самоопределение, закрепленное в Уставе ООН 1945 г., Декларации о принципах международного права 1970 г., Заключительном акте СБСЕ 1975 г., двух Международных пактах 1966 г. Интерпретация указанного права и его соотношение с принципом территориальной целостности породили обширную научную дискуссию. Не вдаваясь в подробности, мы лишь обозначим свою позицию. В вышеуказанной Декларации провозглашается, что каждый народ вправе (естественно, при соблюдении аналогичных прав других народов) самостоятельно устанавливать свой политический статус (создавать свое государство, присоединяться к другому государству и т.п.) и

ства большинство или просто значительную часть населения составляют представители другого этноса, международные нормы права исходят из необходимости использования языка этого этноса во взаимоотношениях граждан и государства (см., напр., ст. 10 Рамочной конвенции Совета Европы о защите национальных меньшинств, которая при этом делает оговорку о "реальных потребностях"⁴⁶⁹). В этом случае язык вновь воспринимается лишь как инструмент коммуникации, а не как маркер идентичности. Что касается других (помимо языка) элементов культуры, то вряд ли можно говорить о том, что они принадлежат титульной нации в большей мере, чем к другим: бытовая техника и электроника, мебель, автомобили, дороги и здания, радиостанции и кинематограф, еда в супермаркетах и одежда в торговых центрах – все эти элементы общей для всех нас культуры, как правило, лишены этнических маркеров, и имеют отношения к русским не большее, чем к

осуществлять свое экономическое, социальное и культурное развитие. Вместе с тем, отмечается, что если государство содействует уважению и соблюдению прав человека и основных свобод, претворяет в жизнь принцип равноправия народов и не проявляет к ним насилия, а его органы представляют все народы, проживающие на территории данного государства, тем самым предоставляя им возможность распоряжаться собственной судьбой, то нарушение территориальной целостности и политического единства государства под предлогом самоопределения народов недопустимо. Следовательно, при таких обстоятельствах, как мы полагаем, принцип самоопределения и равноправия народов считается соблюденным (ср. с правом на вооружение по Декларации независимости США 1776 г.). В приведенном толковании данный принцип фактически означает лишь недопустимость колониальной или иной эксплуатации, когда один народ ставится в заведомо неравное положение по отношению к другому народу. Он не предрешает форму территориального устройства и конкретную политику полиэтнических государств, устанавливая лишь то, что государства должны проявлять готовность "услышать" культуры меньшинств, и учесть их интересы наряду с интересами иных групп и лиц. Следовательно, данный принцип, в сущности, отвергает всеобщее право народов на свою государственность: такого права вполне умышленно удостоены лишь некоторые, и смысл в том, чтобы в рамках территории этого государства создать гражданскую, а не этническую нацию.

⁴⁶⁹ Условия рассматриваемой статьи на самом деле сформулированы крайне неопределенно. Использование языка нацменьшинств в отношении с государством обусловлено в ней следующим: 1) наличие "просьб" национальных меньшинств; 2) соответствие этих просьб "реальным потребностям" и 3) принятие во внимание "возможностей" с учетом трудностей административного, финансового и технического характера. Фактически настолько гибкие условия сводят само право на нет. Сегодня в России Конституция допускает установление государственных языков национальных республик, что призвано облегчить взаимодействие коренных этносов с государственными органами и сохранить саму потребность в языке. Ключевым в свое время явилось также Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 ноября 2004 г. № 16-П, которым признано не противоречащим Конституции России положение об обязательном изучении русского и татарского языков в равных объемах. Однако фактическая политика государства скорее способствует все большей русификации малочисленных этносов, а обучение региональным языкам и обучение на региональных языках развито в России крайне слабо и не поддерживается, что может стать причиной межэтнической напряженности.

чеченцам, марийцам или татарам. Главная их характеристика – стандартизированность, и эта характеристика обусловлена целями создания общенациональной культуры. И если подлинно демократическим государством считать такое, которое прислушивается к меньшинствам, то следует констатировать, что все этносы (включая титульный) фактически являются в национальном государстве в некотором смысле меньшинствами. Этнические особенности проявляются обычно лишь в частной жизни, редких национальных праздниках и в деятельности фольклорных коллективов, и зачастую находятся под угрозой исчезновения. Так, в России региональные этнические идентичности имели наибольший вес в 1990-е гг. в условиях слабости государства, но уже в 2000-х гг. более значимой стала самоидентификация в качестве "россиян"⁴⁷⁰. Одновременно по данным ВЦИОМ на 2014 год лозунг "Россия для русских" в целом теряет популярность⁴⁷¹. Следует согласиться с О. Хёффе, утверждающим, что теория справедливости предписывает понимание нации, в первую очередь, как *civitas*, граждан, а не *gens*, потомков общих предков, поэтому гражданская нация должна иметь приоритет над нацией происхождения⁴⁷². Таким образом, когда мы говорим о единой национальной культуре, фактически мы не имеем в виду культуру какого-либо конкретного этноса. В лучшем случае, "национальное должно трактоваться как диалектическое единство социального, этнокультурного и политического, рассмотренное в их историческом развитии"⁴⁷³. Но этнокультурное здесь преобразуется до неузнаваемости (до "псевдорусскости", до сведения этнического к произведениям искусства прошлого, до прославления "великих побед" предков или мифических "скреп" и т.п.).

Как при этом следует построить взаимодействие титульного этноса с этническими меньшинствами? Кратко на этот вопрос можно ответить словами Ю. Хабермаса: "Культура большинства должна быть четко отделена от политической культуры, которую, как следует ожидать, примут все"⁴⁷⁴. Ч. Тейлор, отталкиваясь от схожей посылки, правильный путь видит, с одной стороны, в постоянной готовности демократических обществ переосмыслить свою политическую идентич-

⁴⁷⁰ Дробижева Л.М. Идентичность и этнические установки русских в своей и иноэтнической среде // Социологические исследования. 2010. № 12. С. 50-52.

⁴⁷¹ Россия – общий дом для разных народов. URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=781>

⁴⁷² Шавеко Н.А. Указ. соч. С. 70-71.

⁴⁷³ Пономарев А.М. Указ. соч. С. 81.

⁴⁷⁴ Хабермас Ю. Европейское национальное государство: его достижения и пределы. О прошлом и будущем суверенитета и гражданства. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 374.

ность (вместо того, чтобы заставлять всех подстраиваться под нее), с другой стороны, в разделении сфер идентичности (на частые и общую) при сохранении причастности "некоторому общему пространству идентичности" (разумеется, изменчивому, и всегда компромиссному, но не нарушающему базовые принципы вроде уважения прав человека)⁴⁷⁵, чтобы различные группы и индивиды могли как минимум обсуждать общие проблемы "на одном языке". Мыслитель настаивает: "Эта идея будет "работать" только с условием, что при декларируемом равенстве наций некоторые нации будут "равнее" других. Именно они получают государственность, тогда как остальные будут жить (и то, если повезет) в их тени на правах меньшинств"⁴⁷⁶.

Некоторые ученые отмечают также и необходимость отказа от "конфликтных категорий описания, которые выстраиваются в виде бинарных понятий друг-враг, титульные-нетитульные", более того – от мифологических по своей сути этнонациональных политических понятий в целом⁴⁷⁷. Несмотря на радикальность данной позиции, в ней есть значительное рациональное зерно. Так, в обсуждении проблем политического участия речь должна идти о любых меньшинствах, а не только и не столько об этнических, и не должно быть искусственного членения населения, которое провоцирует, а не решает конфликты. Но именно этим грешат некоторые формы мультикультурализма.

Представляется, что мы должны соблюдать и уважать право каждого человека самостоятельно определять свою культурную принадлежность (ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах). Проблемы начинаются именно тогда, когда большинство не может или не хочет вовлекать меньшинство в общеполитический дискурс. В этом случае начинается дискриминация меньшинств, от политики принудительной ассимиляции до принудительного переселения и этнических чисток; одним из вариантов такой дискриминации является политика навязывания единого образа жизни и отвержения других образов жизни как "антипатриотичных". Ошибочность такой политики связана не только с нарушением прав человека и конфликтностью, но и с практическими трудностями. Как пишет Ч. Кукатас, "ассимиляция – процесс двусторонний: новоприбывшие не только ассимилируются, но и сами оказывают воздействие на повседневную

⁴⁷⁵ Тейлор Ч. Указ.соч. С. 29, 31, 36.

⁴⁷⁶ Там же. С. 31.

⁴⁷⁷ См. подр.: Мартьянов В. Строительство политической нации и этнонационализм. // Логос. №2. 2006.

жизнь и менталитет принимающего общества"⁴⁷⁸. Таким образом, мы должны вовлекать в политический дискурс как можно больше культур (естественно, за исключением тех, которые настаивают на прекращении самого политического дискурса и на этом основании маркируются как экстремистские).

Нельзя не согласиться с тем, что "национальное самосознание не является категорией, которая свободно поддается моделированию «сверху»"⁴⁷⁹. В связи с этим представляется правильной позиция М. Уолцера, который возлагает большие надежды на гражданское общество, где ни одна из групп не будет иметь решающего влияния, и ни один человек не будет вынужден все свое время тратить на те или иные групповые практики (в т.ч. участие в политике). Решающий довод в пользу идеи гражданского общества, по-видимому, таков: "Ни одно государство не может долго существовать, если оно полностью отчуждено от гражданского общества. Оно не может пережить свой собственный механизм принуждения; оно буквально теряется без своей огневой мощи"⁴⁸⁰. Уолцер выступает за социализированную экономику, перераспределение ресурсов и поддержку государством тех или иных сообществ и индивидов (законодательство для профсоюзов, публичные школы для семей с работающими родителями, налоговые льготы для религиозных и благотворительных организаций, помощь в организации собственных образовательных программ для этнических меньшинств), чтобы каждый был включен в общественную жизнь⁴⁸¹. Одновременно автор пишет, что "гражданское общество возлагает надежды на прирученный национализм. В государствах, где доминирует одна нация, множественность групп плюрализирует националистическую политику и культуру; в государствах с более чем одной нацией плотность связей предотвращает радикальную поляризацию"⁴⁸². Примечательна в этом же контексте позиция Ю. Хабермаса, который в вопросе реализации политики установления широких и многомерных коммуникаций в обществе возлагает надежды на «общественность» (Öffentlichkeiten) – открытые структуры совместной жизнедеятельности людей, выступающих посредником между частной и публичной

⁴⁷⁸ Кукатас Ч. Теоретические основы мультикультурализма. // URL: http://polit.ru/article/2007/05/27/multiculturalism/#_ftnref4

⁴⁷⁹ Филиппова Е.И. Нации, государства, культуры. // Культурная сложность современных наций / отв. ред. В. А. Тишков, Е. И. Филиппова. М., 2016. С. 32.

⁴⁸⁰ Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction.// Dissent. Spring, 1991. P. 301.

⁴⁸¹ Ibid. P. 302-303.

⁴⁸² Ibid. P. 300.

сферой, между модусами денег и власти⁴⁸³. Но в то же время мыслитель признает, что у общественности есть и третья опасность: ее собственная спонтанность и нестабильность.

Таким образом, обеспечение единого политико-культурного пространства является важной задачей. Однако достигается она не борьбой с этнокультурным разнообразием, а его уважением, которое способствует усилению взаимопонимания между различными группами и развенчанию ложных стереотипов. Конфликты, как отмечается, возникают не из-за разнообразия, а из-за неправильного государственного управления им⁴⁸⁴. Этнические группы в этом контексте следует рассматривать как *один из* пластов гражданского общества. В свою очередь общая национальная культура – это продукт деятельности всех институтов гражданского общества вместе взятых. В формирование этой культуры должны быть вовлечены на демократических началах все граждане. Отсюда очевидна несправедливость политики "плавильного котла", которая скорее не вовлекает в политический дискурс, а уничтожает существующие внутри государства миноритарные культуры.

Мы, однако, сказали, что современная общегражданская культура, как правило, лишена этнических и религиозных маркеров, и в отсутствие единой концепции блага теряет свои сплачивающие свойства. Некоторые ученые даже утверждают, что происхождение демократии и связанных с ней гражданско-политических и социально-экономических прав человека вызвано необходимостью "у государства (и элит) в больших массах населения для участия в войнах"⁴⁸⁵, война – мать демократии; в условиях мира население слабо заинтересовано в осуществлении власти, поэтому представительные демократии и вырождаются, а для ее поддержания политики прибегают к милитаристской риторике. В связи с этим возникает вопрос, каковы должны быть отличительные черты общегражданской культуры и в чем состоит их привлекательность (например, при сравнении российской культуры с французской или немецкой). Среди системы национальных ценностей выделяют три подсистемы: 1) этническая, связанная с прошлым и социальной памятью (базовый уровень – территория, язык, устойчивые фигуры группового сознания; конкретно-исторический уровень – искусство и культура, общая история и т.п.); 2) социально-

⁴⁸³ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 126, 134.

⁴⁸⁴ Kymlicka W., Banting K. Immigration, Multiculturalism, and the Welfare State. // Ethics & International Affairs. 20 (03). 2006. P. 293.

⁴⁸⁵ Фишман Л.Г. Происхождение демократии ("Бог" из военной машины). Екатеринбург, 2011. С. 8.

организационная, связанная с настоящим (собственные социальные связи и тип хозяйствования, а также пространство политического); 3) идея нации, связанная с будущим и целеполаганием⁴⁸⁶. Как видно, сплывающими факторами общегражданской культуры могут быть далеко не только и даже не столько исторические и этнические элементы. Общество осознает и ценит себя как целое скорее с помощью успешного функционирования гражданских институтов, чем с помощью идеализированной политики памяти (навязывание неких «духовно-нравственных скреп» и т.п.). Но, как мы покажем далее в процессе критики концепции "нейтрального государства", сплывающим фактором может быть, помимо конституционного (политического) патриотизма, еще и патриотизм духовный (нравственный), правда не тот искусственно-архаичный, к которому отсылают нас политики, а подлинный, основанный на реальных нравственных дискурсах общественности. Так или иначе, национальное государство сегодня вынуждено открываться глобализационным процессам, и уже не может пониматься в этническом ключе.

Мультикультурализм. Выяснив потребность в создании общенациональной (гражданской, политической) культуры, мы должны ответить на вопрос о том, какими правами в ее рамках будут наделены этнокультурные меньшинства. Идея "плавильного котла" состоит в том, что общая культура формируется путем смешения (по сути, уничтожения) этносов. Противоположная ей идея мультикультурализма отстаивает необходимость поддержки этнического разнообразия.

В какой бы форме не происходила поддержка миноритарных культур, если при этом речь идет о финансировании государством определенных мероприятий (например, создание условий для раздельного обучения мальчиков и девочек, или организация обучения на местном языке с соответствующим обеспечением литературой и научно-педагогическими кадрами, квотирование бюджетных мест в вузах для представителей коренных и малочисленных народов, ведение делопроизводства сразу на двух языках, создание СМИ на местном языке с соответствующим финансированием и кадрами, или обязанность работодателей предоставлять во время рабочего дня своим работникам время для совершения молитв), либо о финансовых потерях, которые вынуждено нести государство (например, в связи с невозможностью вести определенную экономическую деятельность и осваивать территории в связи с охраной традиционных промыслов и занятий коренных

⁴⁸⁶ Пономарев А.М. Указ. соч. С. 87-88.

малочисленных народов) возникают обоснованные контрдоводы экономического характера, связанные с тем, что никто не хочет спонсировать дорогостоящие практики других лиц. И здесь под вопрос ставится идея "жесткого" мультикультурализма, согласно которой необходимо поддерживать сохранение и развитие существующих культурных различий (идентичностей и традиций), поскольку равное отношение культурам, этносам и религиям в действительности должно означать большую поддержку тех из них, которые находятся в уязвимом положении. "Жесткий" мультикультурализм (одним из видных представителей которого является У. Кимлика) утверждает, что "к разнообразию следует не просто относиться толерантно – его нужно укреплять, поощрять и поддерживать", в том числе "финансовыми средствами (при необходимости)"⁴⁸⁷. Такая политика сегодня переживает кризис: в последнее десятилетие она периодически отвергается лидерами ведущих европейских держав (А. Меркель, Н. Саркози, Д. Кэмерон и др.), а также некоторыми учеными, в том числе как размывающая сложившиеся устои и идентичности и тем самым угрожающая существованию нации как целого, а к тому же ущемляющая титульную нацию⁴⁸⁸. Как отмечает М. Уолцер, "если бы государство задалось целью [полного – прим. Н.Ш.] уравнивания групп, ему пришлось бы произвести значительное перераспределение ресурсов и вложить в это предприятие изрядное количество общественных средств. Терпимость бесконечна – по крайней мере, потенциально бесконечна; средства же государства (как политические, так и финансовые) по поддержанию групп имеют свои пределы"⁴⁸⁹. Мыслитель предлагает поддерживать те или иные группы, но лишь с той целью и в той мере, чтобы включить их в гражданское общество. Вряд ли можно согласиться с мнением (Иосеф Раз, Уилл Кимлика), что само существование различных культур необходимо для осмысленного и свободного выбора⁴⁹⁰, и на этом шатком основании нести общегосударственные траты на поддержание культур национальных меньшинств и коренных народов. Представляется верным тезис (М. Уолцер, Д. Гриффин и др.), согласно которому "ничто не мешает автономии личности в достаточной мере проявиться в рамках

⁴⁸⁷ Кукатас Ч. Указ.соч.

⁴⁸⁸ Русских Л.В. Мультикультурализм: интеграция или раскол? // Вестник ЮУрГУ. Серия: Социально-гуманитарные науки. 2013. №1. С. 174.

⁴⁸⁹ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 52.

⁴⁹⁰ См. полемику в: Кимлика У. Современная политическая философия. С. 429; Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 25-26; Raz J. Multiculturalism: a liberal perspective // Dissent (winter 1994), pp. 67-79.

единой культурной группы"⁴⁹¹. Личность при этом не лишена возможности знакомства с другими культурами, которые не окружали ее с самого детства. В идеологии "жесткого" мультикультурализма, таким образом, "стремление к самобытности оборачивается требованием неоправданных привилегий"⁴⁹². Попытки У. Кимлики доказать, что поддержка малочисленных народов не наносит вред политике всеобщего благосостояния, малоубедительны, поскольку автор ссылается лишь на статистические данные последней трети XX века, зависящие от огромного множества факторов, так что прямая связь между только двумя факторами (мультикультурализмом и социальными расходами) весьма спорна⁴⁹³; при этом очевидно другое: поддержка культурного разнообразия требует расходов бюджета, которые могли бы быть направлены на более значимые цели.

К тому же, различные этнические группы имеют разный уровень сплоченности и разные потребности в самосохранении, в связи с чем теряется смысл в их равной поддержке. Не случайно ст. 14 Рамочной конвенции Совета Европы о защите национальных меньшинств (1995) обуславливает обучение языкам нацменьшинств и обучение на этих языках "достаточным спросом", а в Пояснительном докладе к этой Конвенции подчеркивается отсутствие каких-либо финансовых обязательств государства. Вообще, социологи часто отмечают, что этническая идентичность у респондентов при отсутствии конфликтов не актуализирована до тех пор, пока о них специально не заходит речь: гораздо важнее для людей семейные или профессиональные самоопределения; акцентированная этническая идентичность в России – это, хоть и "живой", но всё же рудимент, свойственный скорее низшему классу, пожилым сельским жителям⁴⁹⁴. Утверждается, что у бывших граждан СССР этнической идентичности или нет вовсе, или она столь незначима в ряду прочих идентичностей, что ни в коей мере не определяет поведение⁴⁹⁵. Ярким примером здесь могут служить восточно-финские

⁴⁹¹ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 25-26.

⁴⁹² Мартынов В.С. Об условиях возникновения теории справедливости в российской политике. // Полис. №4 (94). 2006. С. 67.

⁴⁹³ Kymlicka W., Banting K. Op. cit. P. 290-292.

⁴⁹⁴ Дробизева Л. Российская, этническая и республиканская идентичность: конкуренция или совместимость. // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа. СПб., 2003. С. 50-53, 58. См. также: Сагитова Л. Региональная идентичность: социальные детерминанты и конструктивистская деятельность СМИ (на примере Республики Татарстан). // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа. СПб., 2003. С. 91, 110-111.

⁴⁹⁵ Воронков В. Мультикультурализм и деконструкция этнических границ. // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва, 2002. С. 43.

народы, весьма склонные к ассимиляции. До столкновения с русскими в конце XII века многие из них ещё не знали социальной иерархии, военной и политической организации⁴⁹⁶. Влияние более развитой русской культуры привело к обрусению и христианизации местного населения, а раздача земель русским дворянам вынуждала восточных финнов уходить из родных краев. В то же время, "внутренняя обида" на русских за завоевание привела к появлению менталитета изоляционизма, который впоследствии стал препятствием к модернизации (ввиду незнания русского языка, неграмотности и т.д.), способствовал укоренению в данных народах стереотипа своей "второсортности", пренебрежительному отношению к ним со стороны русских, одновременному негативному отношению к новым ценностям русских, порвавших с общинными порядками, и, наконец, к еще большему обрусению наиболее способных выходцев из данных народов⁴⁹⁷. Попытки местных интеллигентов-просветителей "пробудить" самосознание народа, призвать его к культурному развитию, не привели к желаемому результату, и вплоть до сегодняшнего дня национальное движение охватывает лишь узкие круги интеллигенции: "Сельское население, как и прежде, слабо или никак не откликается на проблемы осуществления национального интереса, а городские восточные финны глубоко втянуты в процесс ассимиляции, будучи ориентируемы, в основном, на ценности российского масштаба"⁴⁹⁸. Целый ряд исследователей отмечают, что этнический нигилизм (отрицание ценности своего собственного этноса и его культуры) – настоящий бич восточно-финских народов⁴⁹⁹. Понятно, что финансирование государственных программ, направленных на пробуждение национального самосознания и культур данных народов, если таковая цель вообще достижима, требует значительных затрат, целесообразность которых может быть поставлена под сомнение. Следует также отметить исследовательские данные, согласно которым многие носители малых языков специально отказываются обучать им своих детей с целью повышения социальной мобильности последних⁵⁰⁰. Это связано с тем, что при всем уважении к ним, региональные языки не смогут

⁴⁹⁶ Калинин И.К. Восточно-финские народы в процессе модернизации. М.: Наука, 2000. С. 57.

⁴⁹⁷ Там же. С. 61-62, 64, 72-73, 76, 104-107, 109.

⁴⁹⁸ Там же. С. 87.

⁴⁹⁹ Там же. С. 101, 115-118.

⁵⁰⁰ Вахтин Н.Б. Условия языкового сдвига: к описанию современной языковой ситуации на Крайнем Севере. // Вестник молодых ученых. Серия: Филологические науки. №1. 2001. С. 11-16.

получить столь же престижного статуса, как общегосударственный язык-медиатор, либо язык международного общения⁵⁰¹.

Целый ряд исследователей отмечает, что конфликты на этнической почве возникают лишь при обострении классовых противоречий или на фоне экономических и социальных кризисов⁵⁰². Такие кризисы могут быть вызваны, например, военным конфликтом или массовой иммиграцией. Но этничность сама по себе является скорее формой, чем причиной конфликта. Если же отсутствуют экономические и прочие причины, этническая идентичность не актуализирована. Поэтому нельзя не отметить, что этническая риторика зачастую намеренно актуализируется влиятельными социальными группами, в т.ч. СМИ и властными элитами в качестве инструмента социальной инженерии, символического менеджмента и политической манипуляции, поддержания системы господства-подчинения, хотя и имеет определенную опору в массах⁵⁰³. В этих случаях этничность является лишь "камуфляжем" политической борьбы элит. «В условиях упадка идеологий и разрушения наций-государств, – пишет В.С. Мартьянов, – этнос и все его производные понятия становятся эффективным конструктивистским мифом, предназначенным для достижения политических, а отнюдь не собственно «этнических» целей»⁵⁰⁴. По мнению данного автора, именно искусственная актуализация, а вовсе не игнорирование этничности, становится причиной конфликтов.

В науке ведется спор между примордиалистами, которые видят причины появления этноса в общей территории, истории, культуре, языке, психике, и конструктивистами, видящими эти причины в длительном господстве определенных идеологий (национализма, колониализма и пр.) и социальных практик (политической, пропагандистской деятельности и пр.)⁵⁰⁵. "Этнос с точки зрения конструктивизма – не

⁵⁰¹ Наумов Ф.В. Модели языковой политики в мультикультурализме // Вестн. Том. гос. ун-та. Культурология и искусствоведение. 2016. №1 (21). С. 26.

⁵⁰² Геллнер Э. Пришествие национализма. Мифы нации и класса. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 177-178, 196-198; Хрох М. От национальных движений к полностью сформировавшейся нации: процесс строительства наций в Европе. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 143.

⁵⁰³ Сагитова Л. Указ. соч. С. 77, 79, 82. Петров Н. Формирование региональной идентичности в современной России. // Центр и региональные идентичности в России. /Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа. СПб., 2003. С.131, 148, 168; Калдор М. Новые и старые войны. Организованное насилие в глобальную эпоху. М., 2015. С. 167-187.

⁵⁰⁴ Мартьянов В.С. Справедливы ли этнонациональные деконструкции современных наций? // Антиномии. 2005. №6. С. 246.

⁵⁰⁵ Семенов Ю.В. Православие и язычество в этническом самосознании восточно-финских народов. Дореформенный период (историко-философский аспект). Ижевск-Екатеринбург, 2008. С. 18-20.

устойчивая общность с культурными характеристиками, а общность людей, разделяющих представления о сходных чертах культуры, обладающая мифом об общем происхождении и солидарностью. Эти представления – результат усилий элит, этнической интеллигенции по формированию этнической общности"⁵⁰⁶. Доминирование конструктивистской парадигмы сегодня делает общепризнанным тезис, согласно которому "отношение к этнической идентичности как к само собой разумеющейся естественной данности представляет собой социальный миф"⁵⁰⁷. Кроме того, политологи отмечают, что существование региональных идентичностей можно объяснять с трех позиций: 1) исторически (побочный продукт исторического развития); 2) ситуационно (результат наличных кризисных явлений); 3) политически (результат деятельности политических акторов), при этом последний подход отстает как наиболее продуктивным⁵⁰⁸. Но независимо от того, кто прав в этих дискуссиях, очевидна возможность такого политического влияния на этническое самосознание, в результате которого естественные ассимиляционные процессы многих народов, чья этнокультурная идентичность не актуализирована, могут пройти весьма безболезненно.

На наш взгляд, апелляция к этническим или религиозным маркерам появляется при недоверии граждан к власти (которая по своим намерениям выглядит нелегитимной) или при неэффективности государственных механизмов (когда власть кажется легитимной, но не способной реализовать позитивные намерения). В этих случаях создаются предпосылки для того, чтобы люди отождествляли себя с местными сообществами, а не государством в целом. В свою очередь локальные лидеры могут спекулировать на национальных и религиозных чувствах народа, а также на его истории. Именно тогда возникающие ситуации несправедливости легко могут быть переинтерпретированы в этнорелигиозном контексте. Выходом из такой ситуации является устранение самой причины напряженности: государственная власть должна быть сильной и справедливой. Например, установив открытую процедуру замещения должностей и обеспечив их замещение гражданами исключительно на основании их деловых качеств, государство минимизирует необходимость квот по национальному принципу. Обеспечивая эффективную деятельность правоохранительных органов, оно исключит со-

⁵⁰⁶ Дробижина Л.М. Этничность в современном обществе. Этнополитика и социальные практики в Российской Федерации. // Мир России. 2001. №2. С. 170.

⁵⁰⁷ Ярков А.В. Этническая идентичность в дискурсе социального мифа. Ижевск, 2009. С. 4.

⁵⁰⁸ Гельман В., Попова Е. Региональные политические элиты и стратегии региональной идентичности в современной России. // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В.Гельмана и Т.Хопфа. СПб., 2003. С.187-194.

циальную напряженность, связанную со склонностью отдельных представителей этнических меньшинств добиваться своих целей неправыми методами. Предоставив всем равные возможности для образования, можно избежать "культурного разделения труда", являющегося фактором межнациональных конфликтов. Проводя адекватную социальную политику и гарантировав нормальное функционирование рынков, можно устранить межэтнические противоречия, связанные с экономической деятельностью.

С учетом вышеизложенного, радикальные исследователи задаются вопросом: "Действительно ли, например, столь ценно сохранение исчезающих культур или поддержка культур "слабых"?"⁵⁰⁹. По мнению некоторых исследователей, не менее обоснованным, чем жесткий мультикультурализм, способом преодоления уязвимого положения этнических меньшинств могло бы стать финансирование программ их интеграции в общегражданскую культуру. Речь при этом, конечно, должна идти не о принудительной ассимиляции, а лишь о предоставлении конкретным индивидам возможностей для реализации своих жизненных стратегий (например, через обучение общегосударственному языку, через предоставление возможностей для получения специального образования), и о поддержке тех или иных институтов гражданского общества. В соответствии с рассматриваемой позицией, равное уважение не означает равную поддержку каждой группы. По мнению других исследователей, никакой особой поддержки не следует предоставлять ни одной из культур, в том числе господствующей. Сторонником такого подхода является Ч. Кукатас, называя этот подход "мягким мультикультурализмом". Но фактически взгляды Кукатаса правильнее было бы обозначить не как мультикультурализм, а как нейтралитет. Между тем, нейтральность в вопросах культуры не является общепризнанной концепцией, и требует своего обоснования. Более того, полный нейтралитет в вопросах культуры (в том числе проповедуемая Кукатасом толерантность к нетолерантным группам) – концепция весьма одиозная. Мы полагаем, что несостоятельность "жесткого мультикультурализма" еще не означает состоятельность концепции нейтралитета, и полагаем возможность рассматривать выражение "мягкий мультикультурализм" в несколько ином, срединном смысле.

Ч. Кукатас пишет, что в рамках нейтрального отношения к этнокультурным группам "возможна ассимиляция людей не столько потому, что они сами этого хотят, сколько потому, что у них нет осо-

⁵⁰⁹ Воронков В. Указ. соч. С. 46.

бого выбора. В результате представители культурных меньшинств в обществе либо неспособны поддерживать свою особую идентичность потому, что это связано с чрезмерными издержками, либо не могут полностью участвовать в жизни общества из-за своих культурных представлений и традиций⁵¹⁰. С одной стороны, такой исход не исключен, потому что на международном и внутригосударственных уровнях однозначному осуждению подвергается лишь политика, направленная на принудительную ассимиляцию (впрочем, ст. 8 Декларации ООН о правах коренных народов не допускает в том числе и неумышленную политику, результатом которой является нарушение прав коренных народов).

Между тем, существующие международные нормативно-правовые акты⁵¹¹, а также внутригосударственные нормативно-правовые акты Российской Федерации⁵¹², направлены не только на сохранение, но и, со всей очевидностью, на создание условий для развития и укрепления этнокультурной самобытности.

Как правило, подобные нормативно-правовые акты говорят о ценности культурного разнообразия для всестороннего развития общества, считая ее общепризнанной и потому не эксплицируя, но к вопросам финансирования подходят крайне осторожно. Нерешенным, однако, остается вопрос, в чем именно должно состоять желаемое культурное многообразие. Мы, конечно, могли бы предоставить меньшинствам право самим избирать свой путь, и тем самым самим определять ценность существующих практик. Однако по крайней мере в России с ее налоговой системой регионы зачастую лишены возможности вести самостоятельную экономическую политику, выделять денежные средства на собственные образовательные программы и т.п. меры по поддержанию своей культуры⁵¹³. Изменение же бюджетной системы должно соотнобразовываться с целью обеспечения политической стабильности государства. Несмотря на то, что двумя Международными пактами

⁵¹⁰ Кукатас Ч. Указ.соч.

⁵¹¹ Декларация ООН о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам, Венская декларация и программа действий 1993 г., многочисленные документы ЮНЕСКО, Рамочная конвенция Совета Европы о защите национальных меньшинств, Европейская хартия региональных языков или языков меньшинств, Конвенция СНГ об обеспечении прав лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам и др.

⁵¹² В частности, Закон РФ от 25.10.1991 N 1807-1 "О языках народов Российской Федерации", Федеральный закон от 17.06.1996 N 74-ФЗ "О национально-культурной автономии", Федеральный закон от 30.04.1999 г. N 82-ФЗ "О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации", Стратегия государственной национальной политики РФ на период до 2025 г. (утв. Указом Президента РФ от 19.12.2012 г. №1666).

⁵¹³ Сагитова Л. Указ.соч. С. 101.

1966 г. установлено право всех народов свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами, обеспечивая тем самым свое культурное развитие, ни один из международно-правовых актов не гарантирует право этнических меньшинств и коренных народов на природные ресурсы, которые не связаны с традиционным укладом данных групп (см., напр., ст. 26 Декларации ООН о правах коренных народов). В свою очередь установление материальной и иной компенсации коренным народам в связи с их переселением или отнятием их ресурсов не тождественно защите их культур. В результате способом сохранения культурного многообразия может стать защита не этнических культур, а, например, определенных субкультур и объединений, мероприятий и движений, жанров, направлений и видов искусства, науки, спорта и даже религий (то есть всего, что не обязательно связано с этничностью). Цель при этом будет достигнута, но иными средствами.

Помимо этого в международных нормативно-правовых актах часто упоминается роль защиты меньшинств и коренных народов в обеспечении политической и социальной стабильности государств, демократической безопасности, мира и дружбы среди народов⁵¹⁴. Здесь речь идет уже не о собственной ценности культур меньшинств, а о том, что эту ценность большинству приходится признавать лишь для того, чтобы путем избегания межэтнических конфликтов утвердить свою ценность, а именно стабильность общественного порядка. Но тогда защита культур меньшинств представляет лишь *modus vivendi*, а не действительный консенсус относительно исповедуемых ценностей. Более того, нельзя забывать, что не только подавление, но и актуализация этничности может повредить стабильности. Поэтому, как правило, те же самые правовые документы придают значение общей интеграционной политики государства и не допускают защиту языков меньшинств в ущерб государственному языку. Обеспечение участия этнических меньшинств в культурной, экономической и социальной жизни зачастую объясняется необходимостью установления равенства возможно-

⁵¹⁴ См., напр., Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам, принятая резолюцией 47/135 Генеральной Ассамблеи от 18.12.1992 г. Вот что пишет М. Уолцер о меньшинствах: "Когда они свободны праздновать свои исторические праздники, хранить память о своих предках и формировать (частично) образование своих детей, они с большей вероятностью будут безвредны, чем когда они несвободны" (Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction.// Dissent. Spring, 1991. P. 300).

стей⁵¹⁵, но совершенно очевидно, что такое равенство следует обеспечивать не только по этническому признаку, но и по многим другим, одновременно сама степень равенства возможностей является предметом острых научных дискуссий. Отсюда действительная причина иногда, как кажется, гипертрофированной заботы именно об этнических меньшинствах, состоит в том, чтобы избегать взрывоопасных ситуаций, нарушающих устойчивость существующего порядка. Так, например, проводимая в СССР политика «затушевывания» межэтнических конфликтов на пути создания нового «советского народа» обернулась «парадом суверенитетов» и распадом СССР при появлении признаков слабости центральной власти⁵¹⁶.

Симптоматично, что в отличие от коренных этнокультурных меньшинств, иммигранты в научной литературе, международных и внутригосударственных актах обычно не удостоиваются права на благоприятные условия для развития своих культур⁵¹⁷: прочный консенсус сложился лишь относительно необходимости политики их включения (интеграции) в общенациональную культуру. Правда, иногда подчеркивается, что речь должна идти скорее о политической, чем об этнокультурной аккультурации⁵¹⁸. Так или иначе, сказанное демонстрирует, что довод о том, что культурное многообразие ценно само по себе, нуждается в критическом анализе. Проблема иммиграции показывает, что решающим доводом при поддержке тех или иных культур меньшинств в действительности является политическая стабильность. В этом контексте становится очень популярным понятие интеграции

⁵¹⁵ См., напр., Комментарий по вопросам эффективного участия лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, в культурной, социальной и экономической жизни и в общественных делах Консультативного комитета Рамочной конвенции по защите национальных меньшинств от 05.05.2008 г. ACFC/31/DOC(2008)001

⁵¹⁶ Холики А., Рахимов Н.Т. Межэтнические отношения в Средней Азии: история и тенденции. // Вестник ТГУПБП. 2013. №3 (55). С. 192.

⁵¹⁷ Например, Рекомендации ПАСЕ N1134 (1990) "Права меньшинств", равно как и Рекомендации ПАСЕ N 1201 (1993), Резолюция ПАСЕ N 1985 (2014) понимают под меньшинствами только граждан государства, которое поддерживают длительные, устойчивые и продолжающиеся связи с указанным государством. Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают (принята 13.12.1985 Резолюцией 40/144 ГА ООН) лишь вскользь упоминает право иностранцев "на сохранение своего родного языка, культуры и традиций", но не на их развитие, что было бы логичным, если бы ценность виделась бы в культурном разнообразии как таковом. Консультативный комитет к Рамочной конвенции по защите национальных меньшинств считает требование гражданства как предпосылку наличия соответствующих прав обременительным лишь в случаях, когда государство не предоставляет гражданство коренным народам (например, русские в Эстонии).

⁵¹⁸ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 243.

(включения) иммигрантов, под которой понимается установление тесных связей с принимающим обществом, причем (в отличие от ассимиляции) без отказа от своей идентичности. Но на практике установление таких связей так или иначе предполагает принятие новой общегражданской (надэтнической) культуры. Ведь, как показал еще Э. Геллнер в работе "Нации и национализм" (1983), именно для обеспечения экономических взаимодействий эта национальная "высокая" культура и появляется. Конечно, отдельные этносы при этом не дискриминируются, но происходит их естественное угасание, которое Ч. Кукатас и называл "мягким мультикультурализмом" (причем мы полагаем, что это не в меньшей мере касается и титульного этноса). Чем это отличается от ассимиляции? Пожалуй, только тем, что каждый этнос не лишен права привнести что-то свое в общегражданскую культуру. Но процесс этот подспудный и мало контролируемый. Не в меньшей степени, чем миграция, на общегражданскую культуру влияет экономическая и культурная глобализация⁵¹⁹.

На наш взгляд, поддержка в той или иной форме культурной самобытности⁵²⁰ может быть также уподоблена тому, как некоторые архитектурные формы охраняются в качестве исторического и культурного наследия, а другие – ограничиваются в интересах первых, что учитывается при составлении документов территориального планирования. При таком толковании, одним из главных аргументов поддержки культур меньшинств, помимо отсылки к положительным следствиям культурного многообразия и к действенным способам обеспечения стабильности государства, состоит в ценности исторического наследия. Преамбула Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств 1992 г., например, говорит о том, что некоторые из исторических региональных языков или языков меньшинств Европы находятся под угрозой возможного исчезновения. В этом случае весьма скромным аргументом в пользу сохранения этнического многообразия выступает ценность этнических культур как живых исторических памятников.

⁵¹⁹ В качестве примеров в нынешней России можно назвать сервисы доставки и рестораны японских суши и китайской лапши, итальянской пиццы и грузинских хинкали, клубы и мастер-классы индийской йоги и китайского цигуна, латиноамериканских танцев, услуги тайского массажа, песнопения членов Общества сознания Кришны: все эти веяния никак не связаны с миграцией и исходят даже не от коренных российских этносов.

⁵²⁰ В качестве примера можно взять поддержку исконной среды обитания, традиционных образа жизни, хозяйственной деятельности и промыслов коренных малочисленных народов, которая фактически означает, что на некоторой территории определенным видам хозяйствования, безотносительно к их эффективности, придается большая нравственная ценность, чем другим (которые могут быть ограничены в интересах коренных малочисленных народов).

Преамбула Декларации ООН о правах коренных народов, принятой резолюцией 61/295 Генеральной Ассамблеи от 13.09.2007 года, указывает еще одно основание для поддержки возрождения, сохранности и развития их культур, а именно историческую несправедливость. По нашему мнению, прежние "исторические несправедливости" не всегда могут служить основанием для так называемой "позитивной дискриминации" в настоящем. Для этого недостаточно того, чтобы поддерживаемая группа состояла из потомков ранее дискриминированных людей, и терпела последствия этой дискриминации. Требуется еще и то, чтобы в нынешних условиях ограничиваемая группа состояла из потомков людей, которые ранее практиковали дискриминацию в отношении первых, и пользовалась при этом плодами этой дискриминации. (Т. Погге указывает, например, что современные богатые страны пользуются предшествующими историческими несправедливостями в виде рабства, колониализма и геноцида, а также навязанных условий ВТО⁵²¹.) Естественно, все причинно-следственные связи должны проследиваться достаточно четко⁵²². Кроме того, и в этом случае "позитивной дискриминацией" (или, как еще говорят, "аффирмативным действием") не следует злоупотреблять. Вот лишь несколько причин. Во-первых, она по своему характеру очень приближительна, и касается лишь абстрактных социальных групп, не будучи способной исправить "исторические несправедливости", касающиеся отдельных индивидов. Во-вторых, возможно, что у тех, за счет кого осуществляется позитивная дискриминация, имеются свои собственные основания для позитивной дискриминации. В-третьих, неграмотно выстроенная позитивная дискриминация не способна достичь своей цели – выравнивания возможностей (например, льготы при поступлении в вуз не должны перерасти в поправки при обучении, влияющие на его качество). В-четвертых, позитивная дискриминация не должна нарушать основные

⁵²¹ Pogge T. World Poverty and Human Rights. // Ethics & International Affairs. Vol. 19. Iss. 1. 2005. P. 1-7; Freedom from poverty as a human right. Who owes what to the very poor? / Ed. by T. Pogge. 2007. P. 21, 31.

⁵²² В качестве примера исторической несправедливости можно назвать депортацию коренных народов (напр., чеченцы). Позитивная дискриминация в виде возвращения народам их исконных земель не всегда является справедливым решением. Так, другие народы, которые на данный момент уже проживают на спорных землях (напр., лакцы), могут быть невиновны в депортации первых. В этом случае ни о каком восстановлении «исторической справедливости» не может быть и речи, ибо в равной степени подлежат учету интересы обоих народов. Поскольку источником несправедливостей в прошлом являлось государство, то и негативные последствия восстановления справедливости правильнее возложить на государство (напр., в виде обязательств по обширной финансовой поддержке), а не на тот или иной народ.

права и свободы человека и гражданина⁵²³ (в частности права первого и второго поколений).

Сказанное, тем не менее, позволяет сделать вывод о том, что "мягкий мультикультурализм" не должен пониматься как безразличие к культурам этнических меньшинств и их естественной ассимиляции. В конечном счете, он оставляет место для их финансовой и иной поддержки по тем или иным причинам.

Решающим доводом против жесткого мультикультурализма как идеологии, согласно которой нации и культуры должны иметь равные права на развитие, является довод о некорректности понимания той или иной группы как "вещи в себе", подобно индивиду. Если публичные образования и юридические лица являются субъектами права наравне с индивидами, то это не означает, что они обладают равной с ними ценностью: напротив, они существуют только во благо человека, являющегося высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ). Группы, нации и культуры развиваются, появляются и исчезают, и решающим фактором для них является поддержка со стороны причастных индивидов. М. Уолцер верно пишет: "Плюрализм сам по себе не имеет мощи для выживания, это зависит от энергии, энтузиазма, сплоченности внутри составных групп", в противном случае плюрализм окажется временным явлением на пути к национализму⁵²⁴. Ученый отмечает, что поддержка отдельных этносов может обосновываться разве что экономическими причинами, если понимать этничность как вид коллективного блага. В конечном счете, поддерживать можно и профессиональные, и семейные, и многие другие группы (образованные по критериям пола, возраста, религии, увлечений, состояния здоровья и т.п.), если в этом есть практическая необходимость. Представляется, что у групп как таковых нет неотчуждаемого права на существование, оно есть лишь у индивидов, их составляющих. Существование групп связано также с правом индивидов реализовывать свои личные жизненные стратегии (которое, конечно, может быть ограничено), и ущемление тех или иных групп следует интерпретировать как ущемление этого права⁵²⁵. Таким образом, ценность любых групп должна обосновываться для и через индивидов, а не самих по себе.

⁵²³ См., напр.: Шапиро И. Моральные основания политики. М., 2004. С. 182. Автор рассматривает этот аспект на примере розловских принципов справедливости с учетом приоритета первого принципа перед вторым.

⁵²⁴ Walzer M. Pluralism: a political perspective. // Harvard encyclopedia of American ethnic groups. Harvard, 1980. P. 784, 787.

⁵²⁵ Luban D. Group Rights, Group Intentions, and the Value of Groups. // Journal of Genocide Research, Volume 20, 2018. P. 434-440.

Распространенный в современной западной литературе подход к толерантности отличается от имевшей место в истории практики признания имперской властью прав этнических и религиозных меньшинств (напр., миллетская система в Османской империи), поскольку теперь обращают внимание не только на права коллективов, но и индивидов⁵²⁶. В частности, человек не должен выбирать только между заранее определенными традициями и верованиями (например, между христианством и иудаизмом), и быть связанным своей группой, – он вправе также идти своим уникальным путем, не рискуя быть обвиненным в ереси. Изложенный подход ставит под угрозу ценность групповой идентичности: она начинает размываться. "Влияние групп на своих членов ныне слабее, чем когда бы то ни было", – пишет М. Уолцер⁵²⁷, отмечая, что и помощь со стороны групп их членам в трудных жизненных ситуациях тоже может оказаться весьма слабой⁵²⁸. Но это, как представляется, естественное следствие постулирования человека (а не группы) в качестве высшей ценности. Если размывание групп влечет негативные последствия для людей, то следует предпринять меры, устраняющие эти последствия. Однако негативные последствия могут возникнуть и в связи с доминированием групповых интересов, и тогда мы вновь должны исходить из интересов личности, выраженных в основных правах и свободах человека.

Нейтральное государство и космополитизм. Рассмотрение проблемы национального государства позволяют сделать вывод, что нам, с одной стороны, необходима некая общая гражданская культура, с другой стороны, это не должно приводить к политике "плавильного котла", которая является по существу несправедливой (неинклюзивной). Рассмотрение проблемы мультикультурализма показывает, что даже если содействие развитию миноритарных культур не вредит общегражданской культуре, это не означает, что такое содействие является справедливым: "жесткий мультикультурализм" не имеет достаточных оснований. Но сейчас мы хотели бы обратиться к вопросу, с которого, возможно, следовало и начать: почему вообще государство должно касаться этнокультурной сферы? Ответ на этот вопрос позволит продемонстрировать ценность как умеренного национального государства, так и умеренного мультикультурализма.

⁵²⁶ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 32; Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 300-301.

⁵²⁷ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 104.

⁵²⁸ Там же. С. 118-119.

Итак, на наш взгляд, классическое либеральное воззрение, согласно которому государству следует сохранять нейтральность по отношению к тем или иным культурам и ценностям, сегодня должно быть полностью отброшено. Следовательно, общегражданская культура, так или иначе, неизбежно отстаивает некие ценностные представления, выступая сплывающим фактором. А поскольку в формировании данной культуры принимают участие конкретные институты гражданского общества конкретной территории, постольку данная культура будет иметь свои уникальные черты.

Обозначим кратко причины, по которым мы отвергаем "нейтральное государство".

Во-первых, обеспечение стабильного и справедливого правопорядка неизбежно требует поддержания и развития у граждан определенных добродетелей (например, чувство справедливости законопослушность, уважение к правам других лиц, готовность участвовать в публичном дискурсе и контролировать власть, независимость и открытость ума, адаптируемость к изменяющимся условиям, сдержанность и умеренность в экономических требованиях, мужество и ответственность и т.д.), что вполне может стать задачей государства, своего рода "гражданской религией". Поскольку культивирование добродетелей необходимо для поддержания либеральных ценностей, то есть чисто инструментально, постольку оно не противоречит либерализму. Дж. Ролз, например, на основе концепции "исходного положения" вменяет каждому индивиду *естественную* (независимую от волеизъявления и согласия) *обязанность поддерживать справедливые институты, проявлять взаимопомощь и взаимоуважение*, не вредить другим (невиновным) лицам, а также утверждает *обязательство быть честным* (исполнять требования справедливых институтов, если и только если добровольно соглашаешься пользоваться благами этих институтов)⁵²⁹. О. Хёффе называет неперемненными добродетелями конституционной (просвещенной либеральной) демократии правосознание, чувство справедливости и чувство общности⁵³⁰. Таким образом, общегражданская культура заключается в поддержке таких добродетелей, которые способствуют стабильно существующему, своевременно изменяющемуся и справедливому правопорядку. Вообще, культуры можно и нуж-

⁵²⁹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 105. Как частный случай здесь - чиновник, который согласился на привилегированную должность, но взамен принял на себя обязательство содействовать установлению справедливости в большей степени, чем другие граждане. См. там же. С. 109-110.

⁵³⁰ Höffe O. Kritik der Freiheit. Der Grundproblem der Moderne. München, 2015. S. 275, 294.

но критиковать, так как существуют авторитарные, нетерпимые, дискриминирующие культуры, нарушающие права человека.

Во-вторых, полная нейтральность государства является уничтожающей себя стратегией. Так, Г. Маркузе активно выступал против лжелейтральности: толерантности по отношению к радикальному злу, к систематическому оболваниванию равно детей и взрослых с помощью рекламы и пропаганды, бессильной и потворствующей толерантности в отношении расточительности и неприкрытого коммерческого жульничества⁵³¹. По его мнению, терпимость в этих случаях противна свободе, так как исключает саму возможность свободного самоопределения, а значит, искажается смысл терпимости⁵³². В свою очередь М. Сэндел замечает: "В мире, где все хорошее можно купить или продать, наличие или отсутствие денег устанавливают и различия в правах"⁵³³. Таким образом, государство не должно нейтрально относиться к расширению сферы рыночных отношений. Наконец, нейтральность государства в условиях разрушения вековых культурных традиций также может привести к разгулу преступности и низменных инстинктов, что также в итоге повредит свободе⁵³⁴. Иными словами, культурные ограничения и поддержка культуры даже с либеральной точки зрения нужны там, где они преодолевают негативные стороны объективных тенденций, способствуя внутренней и внешней свободе личности. Кроме того, меры в области культуры могут помочь также и в борьбе с правонарушениями, например если они будут приводить к снижению уровня преступности. Так, принимая во внимание классификацию культур на конструктивные и деструктивные, а также на духовные и материальные, криминологи отмечают, что уровень преступности выше в деструктивных и материальных.

В-третьих, как пишет Ч. Тейлор, буржуазно-демократические революции, допустившие широкие слои населения во власть, привели к необходимости высокой сплоченности народа в целях стабильного функционирования государства: "Демократическим государствам необходимо нечто вроде общей идентичности"⁵³⁵. Кроме того, требуется известная лояльность граждан к государству и высокий уровень доверия и привязанности между гражданами. Таким образом, современ-

⁵³¹ Маркузе Г. Указ.соч. С. 101.

⁵³² Там же. С. 104.

⁵³³ Сэндел М. Что нельзя купить за деньги? Моральные ограничения свободного рынка. М., 2018. С. 15.

⁵³⁴ Зайцева Т.И. В защиту русского либерализма. // Полис. №1 (91). 2006. С. 175.

⁵³⁵ Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва, 2002. С. 11.

ные государства в целях обеспечения известной стабильности формируют политическую идентичность, отражающую доминирующие концепции блага и культурные ценности. Вместе с тем, нельзя забывать предостережения И. Шапиро: "Философы, которые доказывают, что политические устройства должны отражать групповые устремления, слишком часто игнорируют или приглушают тот факт, что группы не просто «имеют» политические интересы. Эти интересы по крайней мере частично мобилизуются сверху предпринимателями от политики, которые надеются на выигрыш или от поддержания существующих систем групповых солидарностей, или от разрушения их и замены другими"⁵³⁶. По мнению названного критика, "защитники идеи, согласно которой политические институты должны воплощать сильные культурные привязанности, ... уделяют весьма мало внимания тому, какими способами системы культурных привязанностей создаются, поддерживаются и разрушаются в реальной политике. Будь они внимательнее к этой проблеме, они стали бы с большей осторожностью относиться к мысли о политизации этнических, культурных и религиозных привязанностей"⁵³⁷. В качестве примера Шапиро приводит кровопролитный конфликт евреев и палестинцев на Ближнем Востоке, которого можно было бы избежать, если бы в этом регионе существовало единое светское государство, однако на современном этапе призывы в этом направлении обречены на политическое поражение. Таким образом, хотя некоторая общая идентичность важна, следует признать, что эта идентичность не может быть любой: как минимум, она не должна быть лишь инструментом идеологического господства властвующей элиты (т.е. иметь главной целью поддержание несправедливого статус-кво), дискриминировать меньшинства и нарушать основные права и свободы человека и гражданина. Более того, эта идентичность должна поддерживаться в той мере и форме, которая служит миру, стабильности и правопорядку, а не подогревает этнокультурные конфликты. Культуры, пишет Б. Парех, диалогичны по своей природе⁵³⁸, из этого следует, что они должны допускать плюрализм внутри и открытость вовне: только тогда будет польза от каждой из них.

В-четвертых, государство в принципе не может самоустраниться от ценностных вопросов, например в дискуссиях о допустимости од-

⁵³⁶ Шапиро И. Моральные основания политики. М., 2004. С. 240.

⁵³⁷ Там же. С. 240-241.

⁵³⁸ Канарш Г.Ю. Философские теории мультикультурализма // Знание. Понимание. Умение. 2011. №2. С. 36.

нополых браков и аборт не может быть нейтральных позиций⁵³⁹, все точки зрения морально-окрашены; между тем, ценности варьируются от культуры к культуре.

В-пятых, у представителей самых различных культур и вероисповеданий, населяющих страну, может оказаться множество общих ценностей, которые государство вправе поддержать, если это не ведет к дискриминации кого-либо. Некоторые антропологи приводят конкретные принципы, претендующие на статус универсальной нравственности⁵⁴⁰, а некоторые философы (например, Кант и его последователи) даже отстаивают существование общезначимой нравственности, которая, как мы полагаем, может быть поддержана государством. Но речь не всегда идет только о нравственных ценностях. Так, например, утвержденный местными властями дизайн-код городской рекламы является ущемлением свободы рекламодателей по эстетическим причинам, но не вызывает в нас какого-либо возмущения. Таким образом, нет никаких причин отказываться от морально или культурно окрашенной политики, если имеются в виду ценности, (1) фактически разделяемые всеми членами общества, (2) теоретически обоснованные как общезначимые или же (3) вырабатываемые демократическим путем и при этом не посягающие на основные права и свободы.

В-шестых, как отмечает А. Этциони, в хорошем обществе найден некий баланс между государством, рынком и т.н. "сообществами". Под последними ученый понимает группы особого типа (образующиеся по самым разным признакам), характеризующиеся внеэкономической привязанностью и взаимопомощью их членов и обладающие собственной "моральной культурой", передающейся из поколения в поколение, но при этом открытой к изменению через моральные дебаты. (Истоки этой позиции можно найти еще у Аристотеля, который отвергал платоновскую общность жен, детей и собственности в полисе на том основании, что это приведет к утрате взаимной привязанности⁵⁴¹.) Несмотря на то, что многие сферы общественной жизни приоритетны для государственного и рыночного регулирования, сообщества также могут принести свою пользу (напр., в поддержании общественного порядка, в проведении социальной политики, поддержке психического здоровья граждан). Зачастую сообщества реализуют социальные функции лучше, чем государственные и рыночные механизмы, а внедрение послед-

⁵³⁹ См., напр.: Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 294-304.

⁵⁴⁰ Curry O. S., Mullins D. A., Whitehouse H. (2019) Is It Good to Cooperate? Testing the Theory of Morality-as-Cooperation in 60 Societies. // *Current Anthropology* 60, no. 1: 47-69.

⁵⁴¹ Аристотель. Политика. М., 2018. С. 40-43.

них лишь разрушает тонкие узы сообществ⁵⁴². Другой коммунист – М. Уолцер – также является активным защитником сообществ. Пожалуй, верно его утверждение, что ценность тех или иных групп состоит, например, в том, что индивидуальности рождаются в группах, а нивелирование роли групп ведет к обеднению индивидуальностей, обесценению самих индивидов⁵⁴³. Более того, целый ряд западных ученых констатирует, что рост отчуждения, асоциального поведения, распад семьи, сокращение членства в добровольных общественных организациях, ослабление рабочей этики, спад политической активности стали серьезными проблемами Запада и США в частности, связанными с общим моральным упадком⁵⁴⁴. Таким образом, ослабление сообществ наносит вред необходимой для сохранения справедливого общественного устройства "гражданской религии". Уолцер приводит в пример увеличение насилия, бездомности, разводов, отчуждения, зависимостей, взаимного недоверия⁵⁴⁵. Более того, в отсутствие сети гражданских сообществ в целом гораздо труднее формировать общегражданскую культуру. Нельзя не отметить и ту неоспоримую роль гражданского общества, которую оно играет в формировании и обеспечении справедливого правопорядка. Касаемо поддержки этнически группы мы также можем заметить, что если рассматривать их как часть гражданского общества, то и их ценность тождественна той, которая обычно придается последнему: "Сосуществование нескольких наций в одном государстве является одновременно и свидетельством, и гарантией его свободы"⁵⁴⁶. Все вышесказанное заставляет отказаться от идеи нейтрального государства в пользу поддержки хрупкой моральной культуры сообществ, однако и здесь, как представляется, следует поддерживать лишь те сообщества, которые не практикуют дискриминационные практики, либо добровольный выход из которых абсолютно не затруднен.

В-седьмых, поддержание тех или иных культур может быть обосновано не их внутренней ценностью, а иными соображениями. Так, сегодня в школах английский язык изучается как язык международного общения, русский язык – как государственный язык, т.е. оба – в утилитарных целях. Вымирающие языки могут защищаться не для

⁵⁴² Etzioni A. The Third Way to a Good Society. London, 2000. P. 15-40.

⁵⁴³ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 107-108.

⁵⁴⁴ Хантингтон С. Указ. соч. С. 544-545; Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 120-122.

⁵⁴⁵ Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction.// Dissent. Spring, 1991. P. 293, 304.

⁵⁴⁶ Лорд Актон. Принцип национального самоопределения. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 45.

того, чтобы гарантировать чьи-либо права, а исключительно как культурное наследие (в этом можно увидеть основной посыл Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств 1992 г.).

Сказанное, на наш взгляд, демонстрирует, что, (а) государственная культурная политика может и должна породить достаточно сильные культурные привязанности населения, причем (б) эти культурные привязанности населения (но не кардинально) будут отличаться в различных странах. Вместе с тем, большинство из приведенных доводов (п. 1–5) относятся к обоснованию общегражданской культуры, и лишь некоторые (п. 6–7) создают предпосылки для оправдания мультикультурной политики в ее весьма "мягком" варианте.

Некоторые авторы, также отвергая "нейтральное государство", предлагают выйти за пределы дихотомии "национальная идентичность" – "мультикультурализм", так как оба этих варианта ущемляют некоторые универсальные ценности, и обратиться космополитизму⁵⁴⁷. Впрочем, нельзя не заметить, что указанные нами выше доводы против "нейтрального государства" включают также и отсылки к универсальным ценностям (п.5). Следовательно, некоторый вид "мягкого" космополитизма вполне может быть допустим.

М. Нуссбаум, раскрывая историю философию космополитизма, пишет: "Стойки подчеркивают, что превращение в гражданина мира не означает отказа от местных идентификаций, которые зачастую способны серьезно обогащать жизни человека. Они не предлагают считать себя лишенными местных привязанностей; скорее, речь идет о том, что человек окружен рядом концентрических кругов. Первый включает самого человека; следующий – его ближайших родственников; еще один – дальних родственников, затем соседей или местную группу, земляков, соотечественников – и к этим группам легко можно добавить этнические, языковые, исторические, профессиональные, гендерные и сексуальные идентичности. И самый большой круг включает все человечество в целом. Наша задача как граждан мира состоит в том, чтобы "притянуть все эти круги к центру"... Иными словами, нам не следует пренебрегать нашими особыми привязанностями и идентификациями – этническими, гендерными или религиозными". Мы действительно должны в первую очередь заботиться о своих близких (семье, коллегах, соседях, религиозной общине, нации и т.п.). Однако, по мнению М. Нуссбаум, мы должны отвергнуть те локальные идентичности, которые не согласуются с идеей равенства и приоритета права над благом⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Нуссбаум М. Патриотизм и космополитизм. // Логос. №2. 2006.

⁵⁴⁸ Нуссбаум М. Ответ критикам. // Логос. №2. 2006.

Утверждению этой идеи (не в ущерб локальным идентичностям), прояснению универсальных ценностей, равно как и решению глобальных проблем человечества, торжеству глобальной справедливости, как представляется, должны служить элементы космополитического образования (хотя конкретные формы и содержание данного процесса требуют пристального анализа и обоснования).

Другие мыслители справедливо указывают на то, что: 1) универсальные ценности пусты вне конкретных образов жизни, и наличие универсальных моральных принципов не следует подменять ложной идеей существования универсального образа жизни⁵⁴⁹; 2) локальные этнические и иные групповые ценности могут стать инструментом реализации ценностей универсальных (борьбы с неравенством и угнетением)⁵⁵⁰; 3) космополитизм не должен восприниматься как альтернатива патриотизму, так как они могут и должны сосуществовать⁵⁵¹; 4) несправедливости могут быть извращением как идеи патриотизма, так и идеи космополитизма⁵⁵². Но в основном эти замечания сводятся к корректировке отдельных мыслей М. Нуссбаум (например, что "акцент на патриотической гордости морально опасен"), не затрагивая по существу ее основную идею.

Важно подчеркнуть, таким образом, что космополитизм представляет собой лишь один из уровней, на которых должно функционировать наше чувство привязанности и чувство долга, чтобы идея справедливости была реализована всесторонне. Но космополитическая идентичность не должна отвергать никакие иные виды идентичностей (за исключением экстремистских), так как и они содействуют той же цели. И поскольку для каждого "своя рубашка ближе к телу", постольку в обозримом будущем сложно представить ситуацию, при которой космополитическая идентичность стала бы доминирующей.

Некоторые общие выводы. Справедливость означает равенство, но в чем именно и между кем должно быть установлено это равенство – об этом философы не перестают спорить. Мультикультуралисты полагают, что каждый этнос и каждая культура имеют равное право на развитие, вследствие чего им должны обеспечиваться соответствующие возможности. Националисты говорят, что один из этносов всегда будет «равнее» других. Мы не оспариваем, в отличие от

⁵⁴⁹ Патнэм Х. Должны ли мы выбирать между патриотизмом и универсальным разумом? // Логос. №2. 2006.

⁵⁵⁰ Валлерстайн И. Ни патриотизм, ни космополитизм. // Логос. №2. 2006.

⁵⁵¹ Тэйлор Ч. Почему демократия нуждается в патриотизме. // Логос. №2. 2006.

⁵⁵² Уолцер М. Сферы привязанности. // Логос. №2. 2006.

противников категории «коллективных прав», тот факт, что этносы и им подобные культурные общности могут рассматриваться в качестве субъектов права⁵⁵³. Но это не означает, что они действительно имеют право на равные возможности для развития. Вышеизложенное рассмотрение проблем, связанных с этнокультурной справедливостью, показывает, что точно так же, как человек не имеет право вести абсолютно любой образ жизни, который ему заблагорассудится, требуя от государства его поддержки, отдельные этносы или коренные народы не имеют абсолютно гарантированного права на сохранение своих культур и общественно-политических устоев. В конечном счете, они имеют право лишь на выбор того или иного пути, но делая этот выбор, должны принимать и его последствия. В этой связи нельзя не отметить, что этнические культуры – это, как правило, плод аграрного общества, относительно которого Э. Геллнер резко выразился, что оно «больше не является предметом выбора, потому что его реставрация просто-напросто обречет подавляющее большинство человечества на голодную смерть, не говоря уже о страшной, непереносимой нищете, ожидающей в таком случае оставшееся в живых меньшинство»⁵⁵⁴. На смену этническим культурам давно пришли национальные, этнос и нация – понятия разных исторических эпох⁵⁵⁵. Негативные последствия индустриализации несут все люди, и не стоит думать, что жителю мегаполиса они нравятся больше, чем оленеводу Крайнего Севера: в конечном счете, каждому приходится подстраиваться под новые реалии. Справедливость означает лишь некий минимальный уровень «достойного существования»; забота же об удовлетворении разнообразных запросов тех или иных социальных групп – задача скорее политиков. Поэтому здесь пути теории справедливости и политической философии расходятся. Справедливым можно считать поддержку тех групп (неважно, по какому признаку они образованы) и тех ценностей, которые способствуют стабильному существованию справедливых институтов, но на этом голос справедливости затихает.

⁵⁵³ Сегодня существует множество коллективных субъектов права, таких как «общественные движения» или «нации, борющиеся за независимость», персональный состав которых определить не так просто. Но это не мешает им быть субъектами права наряду с юридическими лицами, государственными и муниципальными образованиями и т.д.

⁵⁵⁴ Геллнер Э. Нации и национализм. М., 1991. С. 95.

⁵⁵⁵ Мартыанов В.С. Справедливы ли этнонациональные деконструкции современных наций? // Антиномии. 2005. №6. С. 247-248.

§ 2. Принципы международной справедливости: Кант, Ролз и Устав ООН

Вопрос о принципах справедливого международного правопорядка является одним из самых важных в теории справедливости. Соответственно, философскому обоснованию и анализу подлежат основные принципы международного права (*jus cogens*), которые закреплены в Уставе ООН 1945 г, Декларации о принципах международного права 1970 г., Хельсинском заключительном акте СБСЕ 1975 г.

Обычно выделяют десять таких принципов, а именно:

1. Неприменение силы и угрозы силой
2. Разрешение международных споров мирными средствами
3. Невмешательство в дела, входящие во внутреннюю компетенцию государств
4. Обязанность государств сотрудничать друг с другом
5. Равноправие и самоопределение народов
6. Суверенное равенство государств
7. Добросовестное выполнение обязательств по международному праву
8. Нерушимость государственных границ
9. Территориальная целостность государств
10. Уважение прав человека и основных свобод

Мы кратко рассмотрим и сравним два философских обоснования этих принципов, за авторством соответственно Канта (1795) и его последователя – Дж. Ролза (1993). Кант имел целью выработать не столько принципы международного правопорядка, сколько условия прекращения войн, при этом он творил за 150 лет до принятия Устава ООН, когда мир еще не мыслил в категориях ограниченного суверенитета и прав человека. Устав ООН закрепляет указанные принципы, при этом исходит из идеи, что для прекращения войн требуется ограничение суверенитета и уважение прав человека. Как указывал Ю. Хабермас, Кант в своем проекте не учел опасность "взрывчатого потенциала национализма" суверенных государств и односторонний характер перспективы развитых европейских христианских государств. Ужасы Второй мировой войны, международный терроризм, а также процессы глобализации поставили суверенитет государств и безответственность их правителей (на которых настаивал Кант) под сомнение, создав "постнациональную ситуацию"⁵⁵⁶. Но решения, связанные с вмеша-

⁵⁵⁶ Хабермас Ю. Спор о прошлом и будущем международного права. Переход от национального к постнациональному контексту. // Вопросы философии. №3. 2004. С. 14, 17.

тельством в политику суверенных государств, должны приниматься не какой-либо сверхдержавой единолично, а коллективно, по результатам всесторонних обсуждений⁵⁵⁷. Ролз, в свою очередь, уже имел перед собой определенный опыт реализации основных принципов международного права, и попытался обосновать их через конструкцию обсуждения в "исходном положении".

Кант и Устав ООН. Итак, в трактате "О вечном мире" (1795) И. Кант ставит перед собой задачу выработать условия такого договора, который, будучи заключенным между государствами, прекратил бы все войны между ними. ООН, созданная как реакция на Вторую мировую войну, и в Уставе (1945) которой зафиксированы основные принципы международного права, имела совершенно тот же посыл. И статьи договора о "вечном мире", и *jus cogens* сформулированы абстрактно, но исходят из конкретных исторических условий.

В результате Кант приходит к следующим статьям⁵⁵⁸.

Во-первых, это шесть "предварительных статей":

1. Ни один мирный договор не должен считаться таковым, если при его заключении тайно сохраняется основание для будущей войны.

2. Ни одно самостоятельное государство (большое или малое – это безразлично) не должно быть приобретено другим государством ни по наследству, ни в обмен, ни куплей, ни в виде дара.

3. Постоянные армии (*miles perpetuus*) должны со временем полностью исчезнуть.

4. Государственные долги не должны использоваться для внешнеполитических дел.

5. Ни одно государство не должно насильственно вмешиваться в политическое устройство и правление других государств.

6. Ни одно государство во время войны с другим не должно прибегать к таким враждебным действиям, которые сделали бы невозможным взаимное доверие в будущем состоянии мира, как, например, засылка убийц из-за угла (*percussores*), отравителей (*venefici*), нарушение условий капитуляции, подстрекательство к измене (*perduellio*) в государстве неприятеля и т. д.

Во-вторых, это три "окончательных статьи":

1. Гражданское устройство в каждом государстве должно быть республиканским.

2. Международное право должно быть основано на федерализме свободных государств.

⁵⁵⁷ Там же. С. 18.

⁵⁵⁸ Кант И. К вечному миру. // Кант И. Соч. в 8 т. Т. 7. М., 1994. С. 6-26.

3. Право всемирного гражданства должно быть ограничено условиями всеобщего гостеприимства.

Что общего здесь с Уставом ООН? Предв. ст. 2 у Канта, в сущности, является требованием самоопределения и суверенитета народов (впрочем, по мнению некоторых исследователей, аналоги в Уставе ООН у нее отсутствуют, а гл. 12 Устава ООН даже противоречит ей⁵⁵⁹), в то время как равноправие народов нигде философом не выражено, а только предполагается как само собой разумеющееся. Впрочем, самоопределение народов у Канта невозможно вне идеи государства, поэтому оно есть лишь предпосылка договора о вечном мире, а не само его требование⁵⁶⁰ (как и впоследствии у Ролза). Предв. ст. 5 тождественна принципу невмешательства во внутренние дела государств⁵⁶¹, хотя, по всей видимости, отвергает современное понятие "гуманитарных интервенций"⁵⁶². Обе названные статьи, как представляется, логически предполагают территориальную целостность и нерушимость границ, хотя эти принципы также Кантом не названы.

В свою очередь оконч. ст. 1 кантовского договора фактически отсылает к уважению прав человека, поскольку под республиканским правлением Кант имеет в виду правление, основанное на свободе и равенстве людей в условиях господства закона, разделения законодательной (представительной) и исполнительной власти, и противопоставляемое деспотизму. Философ высказывает мысли, сходные с популярным сегодня тезисом "демократии не воюют друг с другом", правда выражает эти мысли через понятие республики (надо признать, до него подобные Ш.-Л. Монтескье уже высказывал идею, что республики склонны объединяться в федерацию ради общей безопасности⁵⁶³). Впрочем, уже во времена Канта надежды на миролюбивость республик таяли на глазах. Так или иначе, требование республики, с одной стороны, более строгое, чем современные *jus cogens*, допускающие различные формы правления, если они защищают права человека, с другой

⁵⁵⁹ Monazahian D. Vergleich der UNO-Charta mit Immanuel Kant's "Zum ewigen Frieden" und John Rawls "Das Recht der Völker". Hamburg, 2008. S. 66

⁵⁶⁰ Йорг А., Хазе К. К актуальности труда Канта «к вечному миру» ввиду запрета на вмешательство в государственный и народный суверенитет // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2017. №3 (46). С. 48.

⁵⁶¹ Надо сказать, что Кант указывает на допустимость такого вмешательства в случае, который мы сегодня назвали бы "самоопределением народа" (распад государства на два). Кант И. К вечному миру. // Соч. в 8 т. Т. 7. М., 1994. С. 10. Современное международное право не допускает подобного вмешательства. См. Толстых В.Л. Три идеи самоопределения в международном праве. // Евразийский юридический журнал. №9 (76). 2014. С. 70-72.

⁵⁶² Йорг А., Хазе К. Указ.соч. С. 47, 49.

⁵⁶³ Монтескье Ш.-Л. Указ.соч. С. 116-117.

стороны, это требование не учитывало еще социально-экономических прав человека (реализация которых, к слову, также влияет на миролюбие общества).

К правам человека отсылает, как представляется, и оконч. ст. 3, комментируя которую, Кант отстаивает "право каждого чужестранца на то, чтобы тот, в чью страну он прибыл, не обращался с ним как с врагом" (здесь, говоря современным языком, мыслитель противопоставляет права человека и права гражданина)⁵⁶⁴.

Следует отметить также ряд частично совпадающих принципов. Так, например, предв. ст. 6 у Канта схожа с принципом международного сотрудничества и демонстрирует те реалии практики, которые делают этот принцип весьма актуальным (вопреки Ролзу, чья позиция основана на гипотетической ситуации). Кроме того, она схожа и с п. 6 у Ролза (см. далее), так как отсылает к необходимости международного гуманитарного права. Но в целом идея сохранения в ходе войны условий для будущего сотрудничества лишь частично совпадает с идеей сотрудничества. Предв. ст. 1, имеющая сходства с целями ООН (ст. 1 Устава) может быть истолкована, в том числе, как частный случай требования добросовестного исполнения международных обязательств. Но и здесь нельзя не заметить, что эта натянутая интерпретация возможна лишь потому, что сам Кант необоснованно считал временные "перемирия" логически противоречивыми, подразумевающими возможное нарушение обязательств. Таким образом, обязанность международного сотрудничества и обязанность соблюдения договоров у Канта не представлены. Его статьи представляют собой скорее условия, при которых государства с большей вероятностью будут исполнять данные обязанности (сами по себе обязанности исполнения обещаний и оказания помощи Кантом признавались и подробно отстаивались на уровне индивидуальной этики⁵⁶⁵).

Предв. ст. 3 имеет много общего с принципом неприменения силы и угрозы силой, но в некоторой части даже строже него: она требует радикального сокращения военной мощи, а не просто неприменения вооруженных сил. Комментируя предв.ст. 6, Кант также указывает на ограничения, которые необходимы для того, чтобы войны не превратили человечество в гигантское кладбище, и сегодня Кант, конечно, был бы ярким противником ядерного оружия. Предв. ст. 1 сходна с принципом мирного разрешения споров. Но в целом следует признать, что такие основные принципы международного права, как неприменение силы и

⁵⁶⁴ Исследователи также находят связь оконч. ст. 3 со ст. 55 Устава ООН. Monazahian D. Op. cit., S. 68.

⁵⁶⁵ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 84-86, 90-92.

угрозы силой, а также мирное разрешение споров, у Канта представлены не в полной мере, так как философ фактически допускает постепенное завершение существующих войн. Мирная жизнь в отсутствие войн у него – это не требование, а цель договора о вечном мире.

Оконч. ст. 2, которая имеется у Канта в качестве предписания, сегодня в международном праве, напротив, выступает как предпосылка, и ничто принципиально не ограничивает государства в возможности объединиться в нечто большее, чем ООН, а именно в единое государство, или в максимально интегрированное сообщество наподобие ЕС, и тогда предпосылка будет иной, что повлечет необходимость иных принципов международного права. Отрицание Кантом мировой республики встретило уже достаточно критики. Мы лишь отметим, что здесь наиболее ярко демонстрируется зависимость эволюции мысли от накопления исторического опыта.

Особо следует отметить такие статьи "вечного мира" по Канту, как отказ от постоянных армий и ограничения на государственные долги, которые не соответствуют содержанию основных принципов международного права. Высказываются предположения, что с учетом современных реалий первую из этих статей Кант изложил бы иначе, а от второй бы отказался как от бесполезной⁵⁶⁶.

Таким образом, и Кант, и современное международное право исходят из реалий враждующих государств и пытаются эти реалии изменить. Но для Канта некоторые основные принципы современного международного права (международное сотрудничество, соблюдение договоров) были лишь целями предписаний, а не самими предписаниями. Другой отличительной особенностью позиции Канта было то, что он не уделил большого внимания самоопределению народов, считая его лишь предпосылкой договора между народами, и не допуская вмешательства в процессы самоопределения, в то время как международное право возводит эту предпосылку в требование. Кроме того, Кант вряд ли бы одобрил вмешательство в другие государства в целях защиты прав человека, поскольку считал, что мы не должны навязывать никому республиканское устройство. Одновременно некоторые требования кантовского "вечного мира" (отказ от постоянных армий, установление республиканской формы правления, и ограничения на государственные долги) более строгие, чем современное международное право⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Краузе И. Кант и его время: трактат «к вечному миру» на фоне французской революции и последующих войн // Кантовский сборник. 2013. №1. С. 43.

⁵⁶⁷ Более строгой, чем основные принципы международного права, является и предв. ст. 6, но она содержится в идее международного гуманитарного права, представленного в иных международных правовых нормах.

Ролз и Устав ООН. В лекции "Право народов" (1993) Дж. Ролз делает попытку выработать принципы международного права ("идеальную теорию"). Он разрабатывает эти принципы применительно к "хорошо установленному рациональному сообществу народов", в которое включает либеральные и иерархические общества, но исключает из него "тиранические и диктаторские режимы, а также экспансионистские государства"⁵⁶⁸. Под либеральными обществами Ролз понимает общества, которые признают и гарантируют перечень определенных основных прав и свобод, а также возможностей, и высокий приоритет этих основных прав и свобод (особенно по отношению к утилитаристским и перфекционистским требованиям), а также меры, гарантирующие всем гражданам адекватные и всеохватывающие средства для эффективного использования этих свобод⁵⁶⁹. Под иерархическими обществами Ролз понимает общества, которые через "рациональную консультативную иерархию" уважают минимальный набор прав человека, принимают во внимание базовые интересы всех членов общества и потому легитимны в их глазах, кроме того, являются мирными и не стремятся к экспансии, однако при этом не являются либеральными, поскольку их основные общественные институты выражают определенную концепцию блага, а граждане не считаются свободными и равными и обладают правами лишь как члены некоторых групп⁵⁷⁰. Как представляется, разграничение либеральных и иерархических обществ несколько проблематично: не ясно, насколько неравными могут быть люди в иерархических обществах. Коротко, сущность разграничения либеральных и иерархических обществ у Ролза сводится к тому, что либеральные общества – это те, которые признают ролзовский первый принцип справедливости (принцип равных свобод), а иерархические общества – это те, которые его не признают. Говоря о том, что оба типа обществ уважают основные права человека, Ролз имеет в виду право на жизнь и безопасность, включая средства к существованию, на свободу (от рабства, крепостничества и оккупации), на частную собственность; кроме того, автор называет "элементы правовых норм, так же как и право на определенную свободу совести и свободу собраний, право на эмиграцию", и наконец, "формальное равенство, выраженное нормами естественного права (конкретные случаи должны трактоваться подоб-

⁵⁶⁸ Ролз Дж. Право народов (лекция). // Вопросы философии. №9. 2010. С. 79, 98.

⁵⁶⁹ Там же. С. 84.

⁵⁷⁰ Там же. С. 79, 89.

но)"⁵⁷¹. В критериях иерархического общества Ролз, в сущности, видит пределы терпимости. И хотя в международных нормативных правовых актах права человека понимаются значительно шире, далеко не всякое их нарушение со стороны государства влечет принятие ответных мер международным сообществом, а потому позиция Ролза не сильно отличается от международно-правовой практики.

Свою концепцию Ролз называет конструктивистской, поскольку она не стремится навязать некие всеобъемлющие универсальные ценности, а касается лишь сферы политики. Он предлагает нам представить "исходное положение", в котором представители рациональных и разумных народов стремятся выработать некие общие принципы путем "рефлексивного равновесия" (постепенного уточнения этих принципов на основе моральных интуиций). Они действуют в рамках "занавеса неведения": "они не знают, например, размер территории, или численность населения, или относительную мощь народов, чьи основные интересы они представляют"⁵⁷². Они, тем не менее, знают, что они являются либеральными или иерархическими.

В результате, по мнению Ролза, данные представители придут к следующему (не исчерпывающему) перечню принципов⁵⁷³:

1. Народы (как организованные их правительствами) свободны и независимы, и их свобода и независимость должны уважаться другими народами.
2. Народы равны по их собственному соглашению.
3. Народы имеют право на самозащиту, но не имеют права на войну.
4. Народы должны соблюдать принцип невмешательства во внутренние дела государства.
5. Народы должны соблюдать договоры и обязательства.
6. Народы должны соблюдать определенные установленные ограничения по ведению войны (допускаемые в качестве самозащиты).
7. Народы обязаны соблюдать права человека.

Сопоставляя данные принципы с основными принципами международного права, следует признать, что последние сформулированы на несколько иной основе. Во-первых, предполагается, что они касаются всех наций, а не только либеральных и иерархических обществ. Во-вторых, они приняты не в "занавесе неведения", а в конкретных истори-

⁵⁷¹ Там же. С. 89-90, 93. Ролз, например, допускает привилегированное положение в обществе одной из религий, но не допускает преследование других религий.

⁵⁷² Там же. С. 85.

⁵⁷³ Там же. С. 86.

ческих обстоятельствах, и более того – в связи с этими обстоятельствами. В-третьих, *jus cogens*, по всей видимости, вытекают из определенной всеобъемлющей доктрины, поскольку в Уставе ООН подчеркивается, например, достоинство и ценность человеческой личности, а также необходимость содействовать экономическому и социальному прогрессу народов и улучшению условий жизни при большей свободе. Отсюда, хотя основные принципы международного права и распространяются на большее количество субъектов, но конкретным умозрением и фактической волей этих субъектов уже не связаны, и не должны быть общепризнанными. При этом они могут пониматься более всеобъемлюще, чем ролзовские принципы, если того требуют исторические обстоятельства.

Проводя более конкретный анализ, легко установить, что несмотря на то, что сформулированных Ролзом принципов всего семь, фактически их формулировки включают практически все основные принципы международного права (кроме обязанности международного сотрудничества и права народов на самоопределение), и даже отчасти выходят за их пределы (устанавливая ограничения по ведению войны).

Так, практически полностью совпадают с ролзовскими следующие четыре принципа *jus cogens*: уважение прав человека и основных свобод (см. п. 7), суверенное равенство государств (см. п. 1 и п. 2), невмешательство во внутренние дела государств (п. 4), добросовестное выполнение международных обязательств (п. 5). Конечно, при внимательном анализе можно найти отличия в том, как понимаются данные принципы в международном праве и у Ролза. Например, понимание прав человека у Ролза весьма узкое по сравнению с теми международными документами, которые посвящены правам человека (что связано как раз с тем, что Ролз не желает навязывать либеральную всеобъемлющую доктрину). Можно также обратить внимание на возможные отличия наций (государств), подписавших Устав ООН и другие международные документы, от народов (обществ) в смысле Ролза (последние – более широкие понятия⁵⁷⁴). Но в целом мы видим здесь практически полное сходство идей.

В свою очередь, четыре других принципа *jus cogens* содержатся в формулировках Ролза имплицитно. Так, принцип неприменения силы и угрозы силой у Ролза выражен через п.п. 1, 2, 3, 4, принцип мирного разрешения споров находит выражение через п. 1, 3, 5 и 6, а принципы территориальной целостности и нерушимости границ государств выте-

⁵⁷⁴ Потапова О.В. "Право народов" Джона Ролза и концепция справедливости в международных отношениях. // Вопросы философии. №9. 2010. С. 75

кают из п. 3, 4, 6. Как видим, ключевую роль во всех случаях имеет п. 3 ролзовского списка, касающийся права на самозащиту и запрета агрессивной войны (он выражен, в частности, в ст. 51 Устава ООН).

Однако другие основные принципы международного права, такие как самоопределение наций и обязанность международного сотрудничества, не так просто вывести из умозаключений Ролза. Рассмотрим их подробнее.

Что касается обязанности международного сотрудничества, то этот весьма уязвимый принцип у Ролза содержится в основном не в качестве обязанности, а в качестве предпосылки – общей для "хорошо организованных" народов цели, ради которой разрабатывается право народов. Обязанностью у Ролза он является только по отношению к "обремененным обществам" (т.е. обществам которые в силу различных причин – исторических, экономических и социальных – не могут уровня стабильных правопорядков) всяческую ненасильственную поддержку (не обязательно финансовую), которым Ролз предлагает оказывать поддержку с целью учреждения базовых справедливых институтов и обеспечения их стабильности (т.е. для достижения уровня "хорошо упорядоченного" либерального или иерархического общества), но когда данная цель достигнута, у государств уже нет обязанности по поддержке. Таким образом, помощь нужна только для того, чтобы общество смогло стать членом сообщества народов, поскольку в основном стремление к сотрудничеству предполагается, а не предписывается. Исследователи отмечают, что цель сотрудничества членов ООН согласно Уставу ООН заключается как раз в том, чтобы "обеспечить им всем в совокупности права и преимущества, вытекающие из принадлежности к составу членов ООН" (ч. 2 ст. 2 Устава)⁵⁷⁵, поэтому взгляды Ролза отражают как минимум часть принципа международного сотрудничества (выраженную в т.ч. в ст.ст. 43, 45, 73, 74, 76 Устава ООН).

Определяя предмет своего исследования как "право народов", Ролз проводит разграничение между народами и государствами, предполагая самоопределение субъектов в качестве предпосылки выработки этими субъектами общих принципов, а не самого принципа. Он также поясняет, право на самоопределение существует "только в слишком ограниченных рамках, чтобы быть установленным правом народов для общих случаев. Так, ни один народ не имеет права на самоопределение, или права на сепессию, ценой покорения другого народа; точно так же народ не может протестовать против своего осуждения мировым сообществом, в случае если его внутренние ин-

⁵⁷⁵ Monazahian D. Op. cit.. S. 72.

ституты нарушают права человека для определенных меньшинств, живущих среди его граждан" (в исключительных случаях Ролз оправдывает гуманитарную интервенцию)⁵⁷⁶.

Существует также особенность, связанная с тем, что в свои семь принципов Ролз смог уместить один, который не содержится даже в десяти принципах *jus cogens*. Это п. 6, связанный с ограничениями в рамках *jus in bello*, которые сегодня воплощаются в рамках международного гуманитарного права (исследователи также пытаются провести аналогию со ст.ст. 34, 51, 52, 54 Устава ООН⁵⁷⁷).

Выводы. Представления о справедливых принципах взаимодействия наций весьма схожи для эпохи Просвещения и для сегодняшнего дня. Основу для выработки данных принципов может составить идея "исходного положения". Поскольку Ролза часто упрекали в том, что "исходное положение" у него вторично по отношению к методу "рефлексивного равновесия"⁵⁷⁸, постольку и этот метод также может считаться базой для выработки принципов международного права. В конечном счете и "исходное положение", и "рефлексивное равновесие" отображают постулат равенства наций не только в их правосубъектности, но и в значимости их интересов, и служат хорошим обоснованием существующих основных принципов международного права (за исключением широко понимаемого принципа международного сотрудничества). Впрочем, в научной литературе раздаются громкие голоса противников не только взглядов Ролза, но и существующего мирового правопорядка, с тех позиций, что "исходное положение" в действительности (с учетом того, что бедность развивающихся стран обусловлена не только внутренними причинами, как это мыслил Ролз) влечет более эгалитарные принципы справедливости, подразумевающие, например, мировой налог на потребление ресурсов (Т. Погге⁵⁷⁹).

При этом очевидно, что изменяющиеся условия "исходного положения" способны скорректировать моральную аргументацию и сами принципы как ее итог. Создание в будущем "мировой республики" или иного политического объединения, необходимость в котором вызвана глобальными потребностями и проблемами, может изменить и саму постановку проблемы.

⁵⁷⁶ Ролз Дж. Право народов (лекция). // Вопросы философии. №9. 2010. С. 86.

⁵⁷⁷ Monaghan D. Op. cit.. Ibid.

⁵⁷⁸ Хёффе. О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 25, 48-49; Кимлика У. Либеральное равенство. // Современный либерализм. М., 1998. С. 148-149, 158-159.

⁵⁷⁹ Pogge T. An Egalitarian Law of Peoples. // *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 23, No. 3 (Summer, 1994), pp. 195-224.

Глава пятая. Теория справедливой войны

Теория справедливой войны традиционно делится на две части: *jus ad bellum* (справедливые поводы для начала войны) и *jus in bello* (справедливые способы ведения войны). В первом случае ставится вопрос о том, когда допустимы военные действия, во втором – какими средствами они должны вестись. Сегодня эти вопросы являются предметом основных принципов международного права (*jus cogens*) и специальных отраслей – права международной безопасности и международного гуманитарного права. Теория справедливой войны, в свою очередь, представляет собой критический взгляд на указанные международно-правовые нормы. По своей сути она противостоит крайностям милитаризма и пацифизма, а также взгляду, который можно обозначить как реализм, и согласно которому моральные суждения о войне невозможны в принципе (*inter arma silent leges*). Рассматривая конкретные проблемы теории справедливой войны, мы вынуждены предполагать уже доказанную несостоятельность названных альтернатив указанной теории (их развенчание выходит за рамки нашего исследования). Помимо вышеуказанных двух частей теории справедливой войны, многие ученые поднимают ряд проблем, которые можно отнести к *jus post bellum* (право после войны). Мы рассмотрим каждую из названных частей в отдельном параграфе. В контексте воплощения принципа равенства лиц теория справедливой войны, по нашему мнению, имеет своей главной целью восстановление справедливого международного порядка (основанного на равенстве государств, которое предполагается для обеспечения равенства лиц), и в этом смысле аналогична теории справедливого наказания, которая также имеет целью восстановление того, что уже имелось до нарушения. Но в данной главе мы отстаиваем точку зрения, что война не должна полностью отождествляться с наказанием, ведь прекращение делящегося преступления – это не то же самое, что наказание преступника, но лишь условие для него. Поэтому в части аналогий с внутригосударственным законодательством более правильной представляется аналогия с институтом необходимой обороны, мерами уголовно-процессуального принуждения или государственного принуждения в целом. Подход с точки зрения прав человека, с которым мы соглашаемся в этой главе, демонстрирует, что, в конечном счете, объектом защиты является равенство лиц, а не государств как таковых.

Некоторые исследователи пытаются доказать, что выработанные теорией справедливой войны принципы проявляют свое несовершенство и нерелевантность по отношению к т.н. "новым войнам"⁵⁸⁰, но, как представляется, аргументация соответствующих авторов пока недостаточно убедительна. Ссылка на то, что в асимметричных войнах слабая сторона не имеет иной возможности победить, кроме как прибегнуть к запрещенным приемам, основана на непонимании сути дела: если справедливыми способами сторона победить не может, значит она и не имеет права победить (независимо от того, имеет ли такое право другая сторона). Ссылка на то, что в "новых войнах" порой бывает сложно определить моральный статус сторон (комбатанты или преступники, государства или преступные группы, партизаны или некомбатанты и т.п.) говорит лишь о практических трудностях, а не о несовершенстве теории.

§ 1. Jus ad bellum

Справедливая причина войны: подходы к обоснованию. Война как таковая запрещена современным международным правом, что прямо или косвенно следует практически из всех принципов, относимых к jus cogens. Применение силы или угрозы силой допустимо только в рамках индивидуальной или коллективной самообороны в случае вооруженного нападения, либо по решению Совбеза ООН в случае угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии (ст.ст. 2, 39–51 Устава ООН). С учетом этого, юристы в области международного права обычно называют три случая легального применения вооруженных сил: 1) самооборона государства; 2) защита другого государства (коллективная самооборона); 3) вмешательство по мандату Совбеза ООН (в т.ч. гуманитарная интервенция). Эти же случаи обычно называют политологи и философы-моралисты. Однако обоснование этих случаев как «правого дела» («достаточного основания») порой сильно отличается от основных посылок Устава ООН.

Так, многие ученые критикуют морально сомнительные концепции государственного суверенитета и территориальной целостности. Они полагают, что Устав ООН защищает, в первую очередь, существующий status quo – мир как совокупность национальных государств, а не то, что является более глубинным и важным – права человека. В этой связи предпринимаются переосмыслить аргументы, которые обосновывают три легальных случая применения силы.

⁵⁸⁰ О новых войнах, напр. Калдор М. Культура новых войн // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).

По мнению Д. Любэна, например, суверенитетом обладает политическое сообщество – нация (результат «горизонтального» общественного договора между людьми), а не государство (продукт «вертикального» общественного договора между нацией и правителем). Следовательно, такие понятия, как угроза миру, нарушение мира и акт агрессии следует переформулировать: они означают не преступления против государств, а преступления против людей (прав человека). По всей видимости, автор предполагает, что нарушение прав человека представляет собой явный признак нарушения суверенитета нации, хотя, как представляется, права человека, выражающие идею справедливости, первичны по отношению к суверенитету нации, выражающему устаревшую идею общественного договора. Так или иначе, с учетом такого подхода Д. Любэн формулирует принципы *jus ad bellum* следующим образом: 1) справедливая война – это война в защиту основных прав человека или (альтернативно) самозащита против несправедливой войны; 2) несправедливая война – это война, подрывающая права человека, т.е. это не война в защиту основных прав человека⁵⁸¹. Б. Оренд также исходит из того, что главная задача государства – защита, обеспечение и реализация прав человека. В связи с этим какие-либо права (в том числе на политический суверенитет и территориальную целостность) имеет лишь то государство, которое удовлетворяет требованиям минимальной справедливости. В противном случае нельзя считать, что человек как рациональный агент мог бы согласиться на управление таким государством⁵⁸². Соответственно, решая вопрос о достаточном основании для войны, Оренд пишет: «Государство может прибегнуть к вооруженной силе против другого государства, если в отсутствие международного органа для эффективного решения этой проблемы такие действия разумно считаются необходимыми для отстаивания универсальных принципов справедливости, в частности прав человека и тех прав и обязанностей государств..., которые совместимы с ними и/или необходимы для них»⁵⁸³. Дж. Ролз в работе «Закон народов: неидеальная теория» также исходит из доктрины ограниченного суверенитета, и интерпретирует войну-самооборону через призму защиты основных

⁵⁸¹ Luban D. *Just War and Human Rights*. // *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 9, No. 2 (Winter, 1980). P. 164-176.

⁵⁸² Orend B. *War and international justice. A Kantian perspective*. Waterloo (Ontario), 2000. P. 110-112. Автор утверждает, что минимально справедливое государство – это государство, которое: 1) обеспечивает правопорядок; 2) обеспечивает безопасный доступ к объектам прав человека; 3) обеспечивает защиту от внешних угроз; 4) представляет граждан на международной арене минимально справедливым образом.

⁵⁸³ *Ibid.* P. 177-178.

прав человека. Так, он пишет, что «любое общество, уважающее права человека и не проявляющее агрессивности, имеет право на самооборону». К таким обществам Ролз относит либеральные и иерархические. "Когда либеральное общество вступает в войну в целях самообороны, оно стремится защитить и сохранить основные свободы своих граждан и свои конституционно-демократические политические институты... Ограничивать свободу граждан путем воинского призыва или других подобных практик по формированию армии допустимо, согласно либеральному политическому мировоззрению, лишь во имя самой свободы", но не во имя экономических благ, природных ресурсов или имперских амбиций. Что касается иерархических обществ, то в ходе самообороны они, по Ролзу, защищают саму структуру этого общества с ее «добропорядочной консультативной иерархией», позволяющей гарантировать основные права человека⁵⁸⁴.

Подход, исходящий из приоритета прав человека⁵⁸⁵, представляется нам продуктивным хотя бы потому, что он позволяет лучше объяснить феномен гуманитарных интервенций, которые фактически санкционированы Уставом ООН (для случаев, когда имеется мандат Совбеза ООН), и повсеместно поддерживаются научным сообществом (споры возникают лишь о критериях и процедурах, которые делают их легитимными), но на юридическом языке по-прежнему осмысляются в терминах мира и безопасности, а не прав человека. В результате приходится усложнять нормативную конструкцию, признавая массовые и грубые нарушения прав человека нарушением международного мира и безопасности, хотя фактически эти нарушения, происходящие внутри отдельного государства, могут не иметь никаких прямых последствий для международного сообщества. Вместе с тем, предложенный подход открывает новые возможности для вооруженного вмешательства во внутренние дела государств⁵⁸⁶, поэтому для того, чтобы он не поро-

⁵⁸⁴ Ролз Дж. Закон народов: неидеальная теория. // Неприкосновенный запас. №4 (24). 2002. URL: <http://www.zh-zal.ru/nz/2002/4/rolz.html>.

⁵⁸⁵ Следует отметить, что в контексте теории справедливости корректнее говорить о принципе равенства, или равной заботы и уважения, а не о правах человека, но на практике разница между этими выражениями неочевидна.

⁵⁸⁶ Д. Любэн, например, с учетом своих рассуждений о суверенитете, допускает вооруженное вмешательство в государство, в отношении политического режима которого можно с очевидной достоверностью сказать, что он не поддерживается подавляющим большинством населения. Luban D. Just War and Human Rights. // *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 9, No. 2 (Winter, 1980). P. 169-172. Эта позиция не является общепризнанной. Например, против нее выступает М. Уолцер, который отмечает, что власть в Ираке может быть репрессивной и морально отвратительной, но если она не сопровождается массовыми убийствами или этническими чистками, то основания для гуманитарной интервенции отсутствуют. Как представляется, в этом споре Уолцер более последователен, так как акцентирует внимание на конкретных наруше-

дал злоупотреблений, требуется обратить пристальное внимание на критерии соразмерности, крайней необходимости и т.п., которые признаются подавляющим большинством теоретиков справедливой войны вкупе с критерием достаточного основания. Более того, в формулировке Оренда (в отличие от аналогичной у Любэна) имеется важная оговорка о том, что эта формулировка касается лишь ситуации, когда отсутствует беспристрастная международная инстанция, уполномоченная принимать решение о вооруженном вмешательстве. В конечном счете, борьба со злоупотреблениями гуманитарными интервенциями настоятельно требует создания подобной инстанции, однако это вопрос уже скорее политический. Существующая структура Совбеза ООН, предполагающая 15 членов, из которых лишь 5 являются постоянными и имеют право абсолютного вето, зачастую делает невозможным реагирование на нарушение мира и безопасности и прав человека. Как выражается М. Уолцер, мировое сообщество толерантно не столько ввиду принципиальных соображений, сколько "вследствие собственной слабости как режима"⁵⁸⁷. В результате ввиду своей политизированности и субъективности Совбез ООН все больше теряет авторитет и легитимность, и большинству ученых очевидна необходимость его реформирования. Резолюция Генассамблеи ООН от 03.11.1950 г. "Единство в пользу мира", которая в случае бездействия Совбеза, вызванного разногласиями постоянных членов, допускает созыв чрезвычайных сессий Генассамблеи, на которых могут вырабатываться рекомендации Совету относительно коллективных мер (включая применение вооруженных сил), не предоставляет достаточного инструментария для решения обозначенной проблемы, так как сводится к возможности неких необязательных рекомендаций, которые могут не приниматься во внимание могущественными странами.

Так или иначе, выражаем ли мы основания справедливого *casus belli* через ценности мира и безопасности или через идеологию прав человека, важно иметь в виду:

(а) основополагающий принцип равенства лиц, лежащий в основе того и другого,

ниях прав человека, а не просто на политических предпочтениях народных масс. Walzer M. *Arguing about war*. New Haven & London: Yale University Press, 2004. P. 148-149. «Авторитарный режим, способный на массовые убийства, но не приступивший к ним, не может быть подвергнут военному нападению и политической реконструкции». См. Уолцер М. Смена режима и справедливая война. // Военно-юридический журнал. 2013. № 7. С. 26-32. Но данный автор отмечает и другое: бывают режимы, напр. нацистский, сама идейная суть которых состоит в нарушениях прав человека, и тогда нельзя добиться целей войны, не свергнув их.

⁵⁸⁷ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 38.

(б) практическую возможность усовершенствовать реализацию данного принципа посредством вооруженных действий (вот почему лишь массовые и грубые нарушения прав человека и лишь наиболее серьезные последствия нелегитимности считаются нарушением мира и безопасности).

В рассматриваемом контексте нельзя не отметить Итоговый документ Всемирного саммита 2005 г., принятый резолюцией 60/1 Генеральной Ассамблеи ООН от 16 сентября 2005 года, в п.п. 138, 139 которого (очевидно, на основе доклада «Обязанность защищать», составленного в 2001 г. Международной комиссией по вопросам вмешательства и государственного суверенитета), подтверждена обязанность каждого государства защищать свое население от геноцида, военных преступлений, этнических чисток и преступлений против человечности (столп I), а также обязанность мирового сообщества оказывать государствам помощь в повышении их возможностей по исполнению данной обязанности (столп II). В случае если государство не в состоянии исполнить свою обязанность, а мирные средства окажутся недостаточными, допустимо вооруженное вмешательство международного сообщества по мандату Совбеза ООН согласно гл. VII Устава ООН (столп III). Фактически, речь идет о том, что государственный суверенитет налагает определенные обязательства не допускать массовых и грубых нарушений прав человека, и произведен от факта исполнения этой обязанности. Данный вектор развития международного права позволяет надеяться, что в будущем угрозы миру и безопасности, нарушение мира и безопасности и акты агрессии будут пониматься не как покушение на государственный суверенитет и территориальную целостность сами по себе, а как покушение на базовые принципы справедливости и производные от них права соответствующего политического сообщества.

Одновременно концепция «Обязанности защищать» («Responsibility to protect», R2P) содержит и другой важный вывод, а именно: гуманитарную интервенцию следует рассматривать не как право, а как обязанность, причем не отдельного государства, а международного сообщества в целом, и эта обязанность должна осуществляться в строгом соответствии с Уставом ООН. Представляется, что та же самая логика может быть распространена и на случай самообороны: «Хотя частное лицо имеет право сражаться в защиту своей собственной жизни, оно может не воспользоваться этим правом. Государства, однако, обязаны защищать своих граждан от вреда»⁵⁸⁸. Более конкретно: по

⁵⁸⁸ Rhodes B. An introduction to military ethics: a reference handbook. Santa Barbara (California), 2009. P. 79.

отношению к государствам самооборона и гуманитарные интервенции являются правом, но по отношению к людям они – обязанность.

Рассмотрим поочередно каждое из «достаточных оснований», которые оправдывают развязывание войны.

Индивидуальная и коллективная самооборона. Отвечая на вопрос о том, что на международном уровне следует признавать самообороной, а что не следует, мы зачастую можем обратиться к тем теоретическим разработкам, которые уже выработаны учеными применительно к внутригосударственному уголовному праву. Например, представляются разумными следующие принципы (ср. со ст. 37 УК РФ и Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2012 г. N 19):

1) в рамках самообороны вред:

– может быть причинен только посягающему субъекту (а не ким-либо иным),

– может быть больше, чем предотвращаемый, но он не должен явно не соответствовать характеру и степени опасности посягательства (в теории справедливой войны это требование выражается в принципе соразмерности);

2) вызвавшее самооборону посягательство должно быть (в теории справедливой войны нижеследующие требования выражаются в принципе крайнего средства):

– реальным (а не мнимым),

– наличным (а не еще не начавшимся или уже окончившимся; но как ст. 37 УК РФ упоминает «непосредственную угрозу насилия», а Пленум Верховного суда РФ – «реальную угрозу посягательства», так и применительно к области международных отношений у исследователей имеется сложившийся консенсус о допустимости т.н. «упреждающих» ударов),

– общественно опасным (а не просто противоправным; в международном праве это выражается, например, в том, что вооруженная самооборона допустима только в отношении вооруженного посягательства).

Д. МакМахан проводит параллель с внутригосударственным правом в другом аспекте. Он замечает, что самообороной во внутригосударственном праве считаются действия, предпринимаемые в ответ на противоправные, а не на правомерные действия (ср. с п. 6 ПП ВС РФ от 27.09.12 №19). Следовательно, и в международном праве мы не можем назвать самообороной действия агрессора, предпринимаемые с целью помешать атаке противника, удовлетворяющей критериям самообороны.

Обращаясь непосредственно к современным научным дискуссиям в области военной этики, отметим, что споры в отношении самообороны ведутся в основном относительно упреждающих, превентивных и последующих ударов.

В западной научной литературе устоялось разграничение упреждающего (preemptive) и превентивного (preventive) ударов. Н. Фоушин так поясняет это разграничение: «Первый предпринимается перед лицом очевидной и *наличествующей в данный момент* опасности. Враг собирается напасть сейчас, в любой момент. В ситуации, требующей упреждающего удара, государство, находясь под угрозой уничтожения, первое наносит удар. В противоположность этому, превентивный удар предпринимается перед лицом очевидной, но *будущей* опасности. Теория справедливой войны допускает первое, то есть упреждающий удар, но не второе»⁵⁸⁹. Действительно, многие авторы указывают, что, с одной стороны, нельзя ограничивать определение агрессии лишь непосредственной атакой (в т.ч. связанной с нарушением границ), но с другой стороны, нельзя считать агрессией, допускающей ответную вооруженную реакцию, любое нарушение существующего баланса сил. Так, М. Уолцер настаивает, лишь конкретные военные действия противника, а не простые его заявления или недружелюбная политика, и уж тем более не субъективное чувство страха жертвы, могут лежать в основании упреждающих действий. Автор, в частности, поддерживает действия Израиля в Шестидневной войне (1967), отмечая три фактора: 1) провозглашение намерения причинить вред (территориальной целостности и политической независимости); 2) уровень активной подготовки, делающий это намерение позитивной опасностью; 3) общая ситуация, при которой любые другие действия, помимо превентивной войны, существенно повысят риски жертвы⁵⁹⁰. Б. Оренд также отстаивает право на самооборону лишь в случаях, когда строго выполняются критерии очевидности, серьезности и неизбежности угрозы, и не признает такое право, когда одно из государств просто наращивает вооруженные силы и разрабатывает новые системы вооружений, даже если ранее такое государство проявляло агрессию⁵⁹¹. Можно, таким образом, констатировать, что оправдание упреждающих и осуждение превентивных ударов прочно укоренилось в научной литературе. Впро-

⁵⁸⁹ Фоушин Н. Две теории справедливой войны. // Этическая мысль. 2016. Т. 16. № 2. С. 174.

⁵⁹⁰ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 81, 85.

⁵⁹¹ Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 162, 183-186.

чем, Н. Фоушин склонен отходить от собственных же принципов, называя допустимым превентивное применение вооруженных сил по отношению к временно не предпринимающим антигосударственных военных действий, но при этом планирующим их мятежникам или террористам, поскольку при этом идет речь о нападении, «которое уже осуществляется»⁵⁹². По мнению автора, теория справедливой войны в этом случае по сути «разрешает нанесение ударов (только если выполнены все другие критерии), которые предотвращают *последующие*, но не *первые* удары противника»⁵⁹³ (таким образом, лишь в этом случае имеются достаточные основания для самозащиты). Применяя ту же логику, Д. Любэн распространяет допустимость превентивной войны и в отношении не совершающих активных агрессивных действий «государств-изгоев», так как они представляют перманентную угрозу для других государств⁵⁹⁴. Представляется, однако, что допущение Фоушином и Любэном превентивных ударов не учитывает возможность опасных прецедентов, таких как прикрытие актов агрессии и мести риторикой о превентивной самообороне, а также возможность неконтролируемой эскалации конфликтов⁵⁹⁵. В конечном итоге, учету подлежат объективные данные, свидетельствующие о степени существующей угрозы, и если множество таковых данных говорит о реальности непосредственной угрозы, допустимы вооруженные действия в рамках самообороны, которые при таких обстоятельствах могут быть расценены как упреждающий, а не превентивный удар. В противном случае за государством остается право наращивать свои оборонительные силы и развивать правоохранительную деятельность, при необходимости заключать договоры о коллективной обороне, не прибегая к вооруженным акциям.

Н. Фоушин идет дальше, и помимо ситуации будущей опасности допускает применение силы в ситуации опасности в прошлом. Он пишет, что для вступления в войну «веское основание – недавнее серьезное нападение. Факт, что вражеское нападение завершилось, не меняет ситуации. Допустимо считать, что враг продолжает свои агрессивные действия и тем самым заслуживает наказания»⁵⁹⁶. По нашему мнению, эта расширительная трактовка достаточного основания является не-

⁵⁹² Там же. С. 178.

⁵⁹³ Там же. С. 183.

⁵⁹⁴ Якушев Л.В. Современные трансформации теории справедливой войны // Этическая мысль. 2016. №2. С. 147.

⁵⁹⁵ Rhodes B. Op. cit. P. 85; Fletcher G.P., Jens D.O. Defending humanity: when force is justified and why. New York, 2008. P. 95 и др.

⁵⁹⁶ Фоушин Н. Указ.соч. С. 174.

обоснованной постольку, поскольку отсутствуют свидетельства продолжения соперником агрессивных действий или намерений их продолжать. Недопустимость ответа на прекратившееся посягательство в целом может быть обосновано теми же аргументами, что и в отношении будущего посягательства (превышение пределов самообороны ввиду отсутствия непосредственной и объективной опасности; возможность злоупотреблений и фактической легитимации любой войны и т.п.). К тому же, речь в рассматриваемом случае, по сути, идет о вооруженных репрессалиях, которые действующим международным правом вполне обоснованно запрещены. Война не должна восприниматься как наказание, поскольку она, подобно кровной мести, предполагает: 1) предвзятость карателя (выполняющего роль судьи в собственном же деле); 2) не свойственные наказанию цели (утоление гнева вместо общей и частной превенции и возмещения вреда); 3) нарушение существующего правопорядка (в данном случае – устанавливающего недопустимость нарушения мира, угрозы миру и актов агрессии, а также учреждающего международные судебные и иные инстанции). Кроме того (4), война представляет собой без достаточных оснований возрожденный архаичный институт коллективной ответственности, т.е. кару не тех (не виновных) лиц⁵⁹⁷. Самооборона в ответ на совершенную в прошлом атаку, таким образом, возможна лишь тогда, когда с учетом всех сведений нельзя полагать, что посягательство уже окончилось (ср с п. 5 ПП ВС РФ от 27.09.12 №19, который говорит о длящемся или продолжающемся посягательстве и п. 8, упоминающем не завершившееся, а лишь приостановленное посягательство – в этих случаях посягательство считается наличным).

Что касается коллективной обороны, то связанные с ней проблемы в научной литературе поднимаются реже. По мнению большинства ученых право на оборону имеет не только сама жертва, но и все государства, которые считают нужным ей помочь. Соглашения в области коллективной обороны, в свою очередь, превращают такое право в обязанность. Так, М. Уолцер утверждает, что в случае акта агрессии (понятие агрессии автор не раскрывает, но, вероятно, имеет в виду понятие, определенное в Резолюции ГА ООН № 3314 от 14.12.1974 г.) «любой может прийти на помощь жертве, применить необходимую силу против агрессора, и даже совершить нечто подобное аресту правона-

⁵⁹⁷ Подр.: Luban D. War as punishment. // Georgetown Public Law Research Paper No. 11-71. 2011. URL: http://scholarship.law.georgetown.edu/fwps_papers/145; <http://ssrn.com/abstract=1855283>. См. также: Сисе Х. Справедливая война? О военной мощи, этике и идеалах. М., 2007. С. 83.

рушителя, только на международном уровне»⁵⁹⁸. Б. Оренд также отстаивает права третьих государств на оборону своих союзников, приводя такой аргумент: совершив акт агрессии государство нарушило минимальные требования справедливости, а следовательно утратило все свои права, поэтому оно уже не может апеллировать к суверенитету и территориальной целостности⁵⁹⁹. Позицию названных авторов уточняет Д. Любэн, который доказывает, что независимо от наличия или отсутствия указанных соглашений третьи лица не вправе вмешиваться в конфликт с целью защиты одного из его участников, если речь идет о превентивных (упреждающих) операциях, поскольку подобное вмешательство создавало бы значительные риски для мира и безопасности и нарушало бы международное право⁶⁰⁰. Вместе с тем, имеются серьезные основания поставить под сомнение точку зрения вышеуказанных авторов относительно неограниченного права на защиту других. Международный суд ООН, например, в решении по делу «Никарагуа против США» (1986) ограничил право на коллективную самооборону двумя условиями: подвергшееся вооруженному нападению государство должно официально заявить, что оно является жертвой, и обратиться к союзному государству об оказании помощи в порядке коллективной самообороны. Эти условия хотя и отличают международные правила от большинства внутригосударственных, но представляются разумными, поскольку в противном случае была бы большой опасность злоупотреблений. Таким образом, вступление в войну с целью обороны другого государства требует согласия на это легитимных властей того государства, которое подверглось нападению. Но что если обстоятельства таковы, что это согласие не может быть испрошено (например, легитимная власть свергнута)?⁶⁰¹ С нашей точки зрения, в таком случае право на защиту других следует поставить в зависимость от того, насколько весомы основания полагать, что такое согласие было бы дано⁶⁰². Позиция, согласно которой в подобных случаях согласие просто не играет роли, представляется необоснованным упрощением пробле-

⁵⁹⁸ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 62.

⁵⁹⁹ Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 181.

⁶⁰⁰ Luban D. Preventive War. // Philosophy & Public Affairs, Vol. 32, No. 3, 2004. P. 207-248.

⁶⁰¹ См. об этом в: Fletcher G.P., Jens D.O. Op.cit. P. 43-45 и далее.

⁶⁰² Устав ООН в ст. 51 выдвигает еще одно дополнительное по сравнению с внутригосударственными стандартами ограничение, устанавливая, что самооборона на международном уровне допустима лишь «до тех пор пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности». На наш взгляд, данное требование является чрезмерно строгим, если только не понимать его как указание на недопустимость самообороны в случаях, когда для этого отпала необходимость.

мы. Другой важный вопрос: защита других – это обязанность или право? Здесь мы должны установить, имеют ли одни политические сообщества некоторые глобальные обязательства перед другими и перед человечеством в целом. Эта проблема чаще поднимается в контексте гуманитарных интервенций, поскольку именно им посвящен знаменитый доклад «Обязанность защищать».

Гуманитарные интервенции. В тех же случаях, когда допустима самооборона, допустимо и вмешательство Совбеза ООН в порядке гл. VII Устава ООН. Однако зачастую Совбезом ООН санкционируется вооруженное вмешательство в дела государства, которое не проявляет агрессии по отношению к другим государствам. В научной литературе указанные вопросы обсуждаются в контексте проблемы гуманитарных интервенций. Сама возможность таковых, как представляется, связана с представлениями об ограниченности государственного суверенитета и об обязанностях по защите прав человека, которые государственный суверенитет налагает. Пользуясь терминологией Дж. Ролза, можно сказать, что гуманитарные интервенции представляют собой вооруженные вторжения либо в «государства-изгои» (которые отказываются соблюдать основные права человека и мировой правопорядок), либо в «обремененные общества» (которые в силу различных исторических, экономических и социальных причин не могут уровня стабильных правопорядков)⁶⁰³. При этом обычно ставятся следующие вопросы: 1) в каких случаях допустимо/требуется вмешательство?; 2) кто вправе/обязан вмешаться?; 3) какие обязательства берет на себя интервент?

В своей работе «Справедливые и несправедливые войны» (1977) М. Уолцер утверждал, принцип территориальной целостности и нерушимости границ может быть нарушен в случаях, когда он не служит той цели, ради которой существует, а именно самоопределению того или иного народа. Ученый называет три таких типичных случая: 1) когда посредством национально-освободительного движения внутри какого-либо государства меньшинства стремятся отстоять свое право на самоопределение; 2) когда на территорию какого-либо государства уже вошли войска другого государства, в связи с чем требуется уравновесить силы с целью обеспечения самоопределения народа первого государства (что означает, что революцию в других странах поддерживать в идеале не следует, но можно реагировать на вмешательство в нее других сторонних государств); 3) когда имеются шокирующие, массовые и ужасные нарушения прав человека на территории государства,

⁶⁰³ Ролз Дж. Закон народов: неидеальная теория. // Неприкосновенный запас. №4 (24). 2002.

вследствие которых действующий режим уже не может считаться результатом самоопределения граждан этого государства (при этом Уолцер полагает, что вето членом Совбеза ООН не является справедливым основанием для отказа от такого вмешательства). Более лаконично: «государства могут вторгаться [в другие государства] и справедливо начинаться войны, чтобы помочь сепаратистским движениям (когда те уже продемонстрировали свой представительный характер), с целью уравновесить предшествующие вмешательства других держав и с целью спасти народы, которым угрожает расправа»⁶⁰⁴. Малоубедительным представляется различие подходов Уолцера к национально-освободительным и революционным движениям: первые он призывает поддерживать, во вторые (независимо от того, насколько они олицетворяют волю нации!?) – не вмешиваться.

В последующем в работе «Рассуждая о войне» (2004) Уолцер признает, что, несмотря на защищаемую им презумпцию недопустимости военного вмешательства, с учетом событий в Боснии и Косово, в Руанде, Судане, Сьерра-Леоне, Конго, Либерии, Восточном Тиморе (и ранее в Камбодже и Бангладеш) он стал более охотно призывать к нему⁶⁰⁵. Вместе с тем, автор предостерегает от гуманитарной интервенции в страны, где антидемократический режим нарушал права человека в прошлом или может нарушить их в будущем, но не нарушает в настоящем. Таким образом, Уолцер обоснованно указывает на ограничения, аналогичные тем, которые применяются к случаю самообороны⁶⁰⁶. Со своей стороны полагаем, что вмешательство во внутренние дела государства с целью оказания содействия национально-освободительному или революционному движению также должно зависеть, как минимум, от серьезности допускаемых этим государством нарушений права на самоопределение. Само по себе наличие нарушений прав не говорит о том, что действовать вправе другое государство, а не только национально-освободительное или революционное движение. В этой связи вызывает сомнение и сам подход Уолцера, согласно которому критерии оправданности гуманитарной интервенции связываются с правом на самоопределение⁶⁰⁷. Вероятно, это право, будучи лишь одним из многих, не является ни определяющим, ни единственным основанием для вмешательства.

⁶⁰⁴ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 108.

⁶⁰⁵ Walzer M. Arguing about war. New Haven & London: Yale University Press, 2004. P.XIII.

⁶⁰⁶ См., напр.: Уолцер М. Смена режима и справедливая война. // Военно-юридический журнал. 2013. № 7. С. 26-32.

⁶⁰⁷ Хабермас Ю. Вовлечение Другого. Очерки политической теории. М., 2001. С. 258-262.

Б. Оренд отстаивает право на гуманитарную интервенцию на том основании, что государство, не удовлетворяющее т.н. минимальным требованиям справедливости (эффективный правопорядок, соблюдение прав человека, обеспечение защиты от внешних угроз, отсутствие агрессии во внешних сношениях) теряет право на политический суверенитет и территориальную целостность⁶⁰⁸. Подобно М. Уолцеру, данный автор пытается сформулировать общее правило для ситуаций, когда государственный суверенитет противоречит тем ценностям, ради которых он и существует. Однако формулировка уже является более абстрактной, что, как представляется, в перспективе позволяет включить в число оснований для гуманитарной интервенции ситуации, не названные Уолцером. Теоретически, например, в ходе революционного движения может отсутствовать эффективный правопорядок, но может и не быть массовых и серьезных нарушений прав человека (например, при применении тактики ненасильственного сопротивления). Вероятно, для ОRENDA это уже является основанием для вмешательства, но для Уолцера – нет.

Х. Сисе предлагает следующие критерии допустимости гуманитарных интервенций: 1) имеются явные и подтвержденные признаки того, что существующий режим планирует или уже готов к осуществлению геноцида или жестокого крупномасштабного насилия какого-либо другого рода; 2) имеется крупная катастрофа, и местные власти не принимают меры для ее облегчения, и при этом создаются вооруженные препятствия для посторонней гуманитарной помощи; 3) в государстве отсутствует действенное политическое управление и идет кровопролитная гражданская война, которую невозможно остановить без вмешательства извне⁶⁰⁹. При всей, с первого взгляда, убедительности указанных критериев, мы вновь вынуждены акцентировать внимание на их отличиях от позиций Уолцера и ОRENDA. Так, Сисе, в отличие от Уолцера, считает допустимым постороннее вмешательство в гражданскую войну, если она без такого вмешательства может продолжаться еще в течение очень долгого времени (то есть основанием для вооруженного вмешательства является, в сущности, равновесие сил!), тогда как Уолцер допускает постороннее вмешательство лишь когда другое государство уже вмешалось в нее, и даже в этом случае вмешательство осуществляется лишь для восстановления соотношения сил, существовавшего до первоначальной интервенции (то уравнивание сил яв-

⁶⁰⁸ Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 186-187.

⁶⁰⁹ Сисе Х. Указ.соч. С. 80.

ляется уже целью, а не основанием вмешательства!). Нельзя думать, что на практике это различие во взглядах двух ученых не будет играть большой роли из-за того, что гражданские войны всегда сопровождаются массовыми нарушениями прав человека, которые сами по себе могут легитимировать постороннее вооруженное вмешательство. Дело в том, что интервенция в ходе гражданской войны должна быть направлена не просто на остановку кровопролития, но и на то, чтобы помочь народу в его самоопределении, и оба названных автора признают это. Однако если в гражданской войне участвуют два или более политических сообщества, то очевидно, что как минимум одно из них может быть против постороннего вооруженного вмешательства, и в этом случае под вопросом окажется легитимность такого вмешательства. В таких случаях интервенция, призванная прекратить массовые и серьезные нарушения прав человека, будет препятствовать самоопределению, вследствие чего Уолцер и выступает за строгий нейтралитет. Как представляется, борьбу нескольких политических сообществ, даже если она происходит в рамках одного государства, следует рассматривать как обычную войну. Следовательно, проблема вмешательства должна решаться в категориях коллективной самообороны, а не гуманитарной интервенции. Отсюда, если невозможно определить, кто из сторон агрессор, а кто – обороняющаяся жертва, то вмешательство третьих лиц исключено даже тогда, когда налицо серьезные и массовые нарушения прав человека, ибо последние объясняются самим состоянием войны. Если же агрессор определен, то действия против него могут быть оправданы в рамках коллективной обороны⁶¹⁰.

Э. Хейнц называет следующие четыре признака угрозы безопасности, при которых оправдана гуманитарная интервенция, а именно угроза: 1) связана с лишением основных человеческих благ; 2) крупномасштабна; 3) умышленна; 4) неизбежна или налична⁶¹¹.

⁶¹⁰ В научной литературе встречается позиция, что гуманитарные интервенции в принципе следует рассматривать как частный случай коллективной самообороны (против нелегитимного правительства). При этом утверждается, что право на самооборону имеют не государства, а нации (предполагается, что при всей сложности данного понятия мы способны его определить), но поскольку у наций может не быть официальных каналов выражения прямого согласия на самооборону, постольку допустимо вмешательство в порядке коллективной самообороны в отсутствие такого прямого согласия. См. Fletcher G.P., Jens D.O. *Op. cit.* P. 146-171. Однако такая позиция не может обосновать вмешательство в failed states, где проблема не в антидемократическом правительстве, а в отсутствии действенного правительства как такового, и эту проблему признаю сами авторы. Кто и от кого должен обороняться в несостоявшемся государстве, и как быть с массовыми серьезными нарушениями прав человека, происходящими в нем?

⁶¹¹ Heinze E. *Waging humanitarian war: the ethics, law, and politics of humanitarian intervention.* New York, 2009. P. 43.

Критерии №2 и №4 у данного автора уже подразумевают традиционные принципы соразмерности и крайнего средства. Наиболее сомнительным представляется критерий умышленности, который исключает военную помощь в случае стихийных бедствий, последствия которых местные власти не могут преодолеть вследствие своей некомпетентности или отсутствия необходимых ресурсов (т.е. без злого умысла).

Для предотвращения злоупотреблений в ходе гуманитарной интервенции Оренд вводит достаточно строгие критерии, каждый из которых должен соблюдаться: 1) очень серьезные и очевидные нарушения прав человека в государстве N; 2) согласие народа N на вооруженное вмешательство третьей стороны; 3) предварительное взятие на себя третьей стороной обязательства по реконструкции N после достижения целей вооруженного вмешательства⁶¹². Особенно важны последние два критерия, поскольку при всей их важности, другие мыслители, как правило, игнорируют их. Уолцер обращает внимание на третий, но не на второй. Между тем, совершенно логично испросить согласие народа страны на вмешательство в эту страну, ведь народ, в отличие от государства, не теряет свой суверенитет (если конкретно, значимым является согласие непосредственных жертв и той части народа, которая не принимает участия в нарушениях прав человека). Конечно, иногда достаточно сложно определить, согласна ли сама жертва на вооруженное вмешательство в ее дела, но прецеденты таких исследований имеются, например доклад Международного комитета красного креста «Люди о войне» (2000). В случае массовых и серьезных нарушений прав человека, когда согласие народа на вмешательство в его дела не представляется возможным, мы предлагаем презюмировать это согласие, однако государство-интервент должно незамедлительно прекратить боевые действия, если появятся достаточные признаки того, что народ (его репрезентативная часть) не желает подобной интервенции и оказывает ей противодействие. Д. Паттисон в дополнение к изложенному отстаивает еще одно условие обоснованности вмешательства: согласие (репрезентативность) народа самого государства-интервента⁶¹³. Впрочем, данный автор не считает данное условие совершенно необходимым для оправдания гуманитарной интервенции, тогда как нам в свете принци-

⁶¹² Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 187.

⁶¹³ Pattison J. Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene? New York, 2010. P. 129-151. Например, в гуманитарной интервенции предпочтительно задействовать солдат-добровольцев, также необходимо учитывать тот ущерб, который будет нанесен жителям государства-интервента и его ресурсам.

па национального суверенитета оно представляется абсолютным (вопрос лишь в том, в какой форме согласие должно быть получено).

В работе «Рассуждая о войне» (2004) фокус внимания Уолцера попадают не только критерии допустимости военного вмешательства, но и вопросы столь же важные, хотя и менее обсуждаемые, например: кто именно должен осуществить вооруженное вмешательство, т.е. взять на себя издержки и риски, связанные с ним? возможно ли вооруженное вмешательство в отсутствие четкой стратегии, включающей различные варианты развития событий и способов завершения операции? К сожалению, автор не дает на эти вопросы определенного ответа. На наш взгляд, значительный некоторую ясность в этом вопросе вносит доклад «Обязанность защищать», который возлагает ответственность по защите прав человека на международное сообщество в целом. Однако, в рамках международного сообщества каждое государство, как представляется, также несет разную степень ответственности. Например, постоянные члены Совбеза ООН ответственны за добросовестное использование права вето. Совбез ООН в целом ответственен за создание эффективных и беспристрастных вооруженных сил. Блилежащие к региону конфликта страны ответственны за конкретные организационные меры, которые они могут предпринять, экономически и в военном отношении развитые страны ответственны за предоставление финансовых, военных и иных средств и т.п. Д. Паттисон отстаивает т.н. умеренный инструменталистский подход, в соответствии с которым существуют разные степени легитимности субъектов вооруженного вмешательства, при этом главным, но не единственным критерием их легитимности является долгосрочная эффективность в деле защиты основных прав человека (в первую очередь, в том государстве, куда осуществляется вмешательство, во вторую очередь – в мире в целом и в государстве-интервенте); само вмешательство вправе осуществлять каждый легитимный субъект, а обязан осуществлять наиболее легитимный из всех субъектов. Недостаток этой точки зрения мы видим в том, что эффективность ставится на первое место, в то время как она должна приниматься во внимание только тогда, когда все остальные условия для справедливого гуманитарного вмешательства выполняются. Э. Хейнце, в свою очередь, выделяет критерии способности осуществить эффективное вмешательство (1) и легитимности такого вмешательства (2). Анализируя последний критерий, автор отмечает такие факторы, как многосторонность вмешательства (которая имеет два аспекта: во-первых, одобрение вмешательства межгосударственными органами, такими как Совбез ООН, т.е. коллективность ре-

шения, во-вторых, участие в самом вмешательстве нескольких стран, т.е. коллективность действия) и авторитет вмешивающегося государства (который также имеет два аспекта: во-первых, легитимность власти в глазах собственного народа и соблюдение ею прав человека внутри страны, во-вторых, поведение государства на международной арене в прошлом и доверие ей со стороны международного сообщества, в частности граждан государства, в которое осуществляется вмешательство). Рассматриваемый автор воздерживается от ранжирования названных факторов, полагая, что недостаток одного из них может компенсироваться сильными позициями в другом⁶¹⁴.

Кроме того, оказание гуманитарной военной помощи должно предполагать учет всех возможных исходов, наличие желания и ресурсов для доведения операции до логического конца. Наиболее эффективным здесь представляется введение презумпции, согласно которой государство-интервент, начав боевые действия, автоматически берет на себя обязательства по последующей послевоенной реконструкции государства, в которое он вмешивается, равно как и по соблюдению иных принципов *jus post bellum*.

Второстепенные принципы *jus ad bellum*. Подавляющее большинство современных ученых (Н. Фоушин, Б. Оренд, Х. Сисе и мн.др.) называют шесть принципов *jus ad bellum*. Принцип справедливой причины, он же принцип достаточного основания, он же принципа «правого дела», является лишь одним из них. Полный список выглядит так: 1) принцип правого дела; 2) принцип крайнего средства; 3) принцип соразмерности; 4) принцип вероятности успеха; 5) принцип добрых намерений; 6) принцип легитимности власти⁶¹⁵. Таким образом, ни самооборона, ни гуманитарная интервенция не могут быть оправданы только тем, что налицо *casus belli*. Необходимо соблюдение всех шести принципов одновременно. Ниже мы рассмотрим каждый из этих оставшихся пяти принципов *jus ad bellum* подробнее, и попытаемся доказать, что только два из них – принцип соразмерности и принцип крайнего средства – являются достаточно обоснованным.

Принцип крайнего средства. В первую очередь обращает на себя внимание, что данные принципы формулируются не всегда одинаково и не всегда достаточно четко. Например, по утверждению Н. Фоушина, «принцип крайнего средства говорит нам, что выбор в пользу войны не должен быть сделан до тех пор, пока не будут использованы менее дорогие средства – такие, как переговоры, санкции и т.п.»; вместе с тем,

⁶¹⁴ Heinze E. Op.cit. P. 111-135.

⁶¹⁵ Фоушин Н. Указ.соч. С. 174-175.

принцип вероятности успеха в изложении того же автора гласит, что «серьезное дело вступления в войну следует предпринять, если не существует никакого другого разумного шанса на достижение некоторой значимой государственной цели»⁶¹⁶. По нашему мнению, указанные формулировки по существу тождественны, поэтому во избежание дублирования принципу вероятности успеха следует придать иное содержание.

Обращаясь непосредственно к принципу крайнего средства, отметим, что в настоящее время требуемая им соразмерность практически исчерпывающе закреплена в Уставе ООН в виде принципа мирного разрешения споров (ст. 2 Устава), такого условия возникновения права на самооборону, как вооруженное нападение (ст. 51 Устава), и такого условия вооруженных действий по мандату Совбеза ООН, как «недостаточность» иных мер (ст.ст. 41–42 Устава). Вместе с тем, поднимаемые учеными и политиками проблемы допустимости упреждающих и последующих ударов в контексте крайней необходимости позволяют сделать вывод о необходимости усовершенствования международных правовых норм в области самообороны.

М. Уолцер обратил внимание на следующую проблему принципа крайнего средства. Он утверждает, что при буквальном его толковании невозможно установить, в какой момент война становится крайним средством: «Все есть еще что-то, что мы можем сделать»⁶¹⁷ (угрозы, дипломатия, санкции и т.п.). На наш взгляд, эта проблема является надуманной, поскольку искажает смысл принципа. «Крайнее средство» в действительности отсылает к некоторым разумным ожиданиям. Если использование мирных средств на данной стадии выглядит бесполезным («потенциально неэффективным», по Уолцеру) или влекущим еще более негативные последствия, то война становится оправданной. Тем не менее, вышеизложенное недопонимание стало причиной того, что Б. Оренд переформулировал рассматриваемый принцип как принцип «запрета на поспешное применение силы»⁶¹⁸.

Представляются верными разъяснения Х. Сисе, что выражение «крайняя мера» может пониматься в хронологическом и систематическом значении. Хронологический подход подразумевает, что до применения силы нужно испробовать все другие средства. Этот подход выразился в «политике умиротворения» гитлеровской Германии в 30-е

⁶¹⁶ Там же.

⁶¹⁷ Walzer M. *Arguing about war*. New Haven & London: Yale University Press, 2004. P. 88.

⁶¹⁸ Orend B. *War and international justice. A Kantian perspective*. Waterloo (Ontario), 2000. P. 192–193.

гг. и в невнятных попытках прекращения Боснийской войны в 90-е гг.: в обоих названных случаях последствия его применения были плачевны. Более правильным для Сисе представляется систематический подход, который предполагает, что все способы должны быть рассмотрены, прежде чем прибегнуть к оружию⁶¹⁹. Авторы доклада «Обязанность защищать» также исходят из систематического подхода, когда говорят о том, что для вооруженного вмешательства требуются лишь «разумные основания», по которым невооруженные методы (которым изначально отдается приоритет) могут быть отвергнуты.

Однако мы должны обратить внимание еще на один аспект. Дело в том, что технологии быстро развиваются, и не исключено, что, например, так называемые кибервойны могут повлечь гораздо больше негативных последствий, чем войны классические вооруженные конфликты. Дозволенность тех или иных средств должна, в конечном итоге, зависеть от последствий их применения, а не от их (вооруженного или невооруженного) характера; не все «мирные средства» предпочтительнее оружия. Поэтому кажется несколько поспешным суждение М. Уолцера о том, что общая теория *jus ad vim* (права на силу) должна быть более дозволительной, чем частная теория *jus ad bellum*⁶²⁰. Х. Сисе обращает особое внимание на проблему экономических санкций: во-первых, они воздействуют, в первую очередь, на гражданское население, во-вторых, они могут быть не менее смертоносными, чем оружие. В этой связи их далеко не всегда можно рассматривать как предпочтительную альтернативу⁶²¹. Для того, чтобы разобраться, какие именно меры могут быть более предпочтительны, чем война, авторы доклада «Обязанность защищать» рассматривают военные, политические и дипломатические санкции. В отношении экономических санкций они пишут, что данные санкции не должны быть общими, то есть их следует направлять не на массу обычных граждан, а на лиц, принимающих политические решения, включая ограничения на приносящую доход деятельность, которая поддерживает или во многих случаях провоцирует конфликты. Вероятно, в этом случае проблема разрушительности и смертоносности экономических санкций отпадает сама собой.

Принцип вероятности успеха. Относительно критерия вероятности успеха Фоушин в другом месте поясняет, что термин «вероятность» подразумевает учет реальной силы противника, могущей поме-

⁶¹⁹ Сисе Х. Указ.соч. С. 95.

⁶²⁰ Уолцер М. Смена режима и справедливая война. // Военно-юридический журнал. 2013. № 7. С. 26-32.

⁶²¹ Сисе Х. Указ.соч. С. 96-98.

шать военным действиям, в свою очередь под «успехом» следует понимать достижение «правого дела»⁶²². Такая интерпретация вносит некоторую ясность в понимание данного принципа. Но всё еще остается ряд других вопросов. Например, насколько большой должна быть вероятность успеха и как ее определить? Фоушин говорит о «разумной» вероятности, то есть не требует, чтобы вероятность успеха была совершенно очевидной и не вызывающей разумных сомнений. Это позволяет ему утверждать, что в начале Первой мировой войны все ее основные участники – Франция, Великобритания, Германия и Россия – имели разумные шансы на успех⁶²³. Такая «мягкая» формулировка данного критерия снимает необходимость точных расчетов различных вероятностей. Другой вопрос: насколько нам вообще нужен рассматриваемый принцип? Х. Сисе приводит в пример Черчилля, который одержал вместе с союзниками победу над нацистской Германией, вероятно, именно потому, что не принял критерий вероятности успеха во внимание с самого начала⁶²⁴. Государство, которое начинает войну в отсутствие разумных шансов на успех, понесет большие людские и материальные потери, то есть с большой долей вероятности нарушит принцип соразмерности. Действительно ли нам тогда нужен дополнительный принцип вероятности успеха? Конечно, возможна ситуация, когда основная цель «правого дела» (самооборона, усмирение агрессора, предотвращение массовых и серьезных нарушений прав человека и т.п.) вряд ли будет достигнута, но имеются разумные шансы ожидать других положительных результатов (уменьшение военного потенциала агрессора для будущих войн с другими государствами, снижение уровня нарушений прав человека), которые будут больше, чем предполагаемые потери. Разве в таком случае война всё равно недопустима? Если допустима, то критерий вероятности успеха излишен.

Любопытно, что авторы доклада «Обязанность защищать» по сути не упоминают принцип вероятности успеха. Они называют принцип «разумных ожиданий», но разъяснение этого принципа показывает, что фактически имеется в виду принцип соразмерности *jus ad bellum*: «Должна быть разумная вероятность успеха в прекращении или предотвращении страданий, которые оправдывают вмешательство, с последствиями действий, которые вряд ли будут хуже, чем последствия бездействия». Данная формулировка позволяет утверждать, что

⁶²² Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 36

⁶²³ Там же. С. 138.

⁶²⁴ Сисе Х. Указ.соч. С. 100-101.

разумная вероятность успеха является неизбежным элементом принципа соразмерности.

Принцип соразмерности. Принцип соразмерности Фуштин кратко формулирует так: «Согласно этому критерию, если издержки, которые повлечет за собой ведение войны, перевешивают предполагаемые выгоды, она является несправедливой»⁶²⁵. Однако в другом месте он признает этот принцип весьма неопределенным (что значит «перевешивают», и как это определить?). В результате данный автор пытается переформулировать этот принцип следующим образом: государство не должно вступать в войну в случае, «если ожидаемые издержки такого поведения будут *гораздо больше*, чем выгоды», или (в другом месте у того же автора) они «явно» и «очевидно» будут больше⁶²⁶. Автор также пишет, что мы должны оценивать издержки и выгоды всех воюющих сторон, а не только одной из них⁶²⁷.

Б. Оренд уточняет, что можно понимать под издержками и выгодами. Основными выгодами он называет защиту международной справедливости, защиту конкретных людей от агрессии, наказание агрессии и предотвращение будущих агрессий. Основные издержки автор делит на явные (непосредственные военные расходы и потери, а также причинение вреда жизни и здоровью граждан, их имуществу и инфраструктуре) и неявные (отвлечение ресурсов из мирных областей деятельности, дополнительные затраты на обеспечение внутригосударственной справедливости, огрубление нравов и т.п.)⁶²⁸. Эти разъяснения ОRENDA позволяют заметить одно важное обстоятельство, а имен-

⁶²⁵ Фуштин Н. Указ.соч. С. 174-175.

⁶²⁶ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фуштина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 37, 132. Курсив наш – Н.Ш. Х. Сисе также говорит о том, что несоизмерность должна быть явной. См. Сисе Х. Указ.соч. С. 93.

⁶²⁷ Одной из проблем, связанных с подсчетом издержек и выгод, является проблема непредвиденных издержек. Допустим, война необходима, чтобы предотвратить 1000 жертв, и потребует 800 жертв, но в ходе войны выясняется, что погибло уже 800 человек, но есть убедительные основания полагать, что если понести еще 500 жертв, война будет выиграна. Одни утверждают, что при таких обстоятельствах войну следует прекратить, т.к. при ее продолжении издержки станут больше, чем выгоды. Другие говорят, что если для спасения 1000 человек было оправдано пожертвовать 800 человек, то глупо не пожертвовать 500, ведь ситуация абсолютно идентичная. Третьи замечают, что при таких обстоятельствах мы должны минимизировать издержки, которые уже составляют 800 человек, и следовательно мы можем пожертвовать для окончания войны еще 999 человек, так как в конечном счете соотношение будет $1000 - 800 - 999 > - 800$. Но на второй и третий варианты возражают, что в таком случае война может вообще продолжаться до бесконечности, следовательно, более убедительным является первый вариант. См. Moellendorf D. Two Doctrines of Jus Ex Bello. // Ethics, vol. 125, no. 3, 2015. P. 659–668.

⁶²⁸ Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 198-199.

но: выгоды от войны зависят не только от того, сколько людей, материальных и нематериальных ценностей удалось непосредственно защитить, но и просто от того, удалось ли добиться поражения агрессора (в целях общей и частной превенции). Д. МакМахан в связи с этим полагает, что победа государства-агрессора в принципе не может иметь никаких положительных следствий, а потому войска данного государства ни при каких обстоятельствах не смогут выполнить требования соразмерности⁶²⁹. Однако этот взгляд представляется не совсем верным. Победа агрессора, если только агрессор не ставит целью систематическое истребление или эксплуатацию населения государства-жертвы, выгодна хотя бы тем, что положит конец войне, то есть многочисленным жертвам и разрушениям. Следовательно, защищающееся от агрессора государство должно ясно представлять, каковы долгосрочные цели агрессора, с какими нарушениями прав человека будет связана реализация этих целей, и, соответственно, какие военные действия с учетом вызванных ими нарушений прав человека могут быть оправданы. Государство-агрессор, в свою очередь, теоретически может выполнить требование соразмерности, если существенно улучшит состояние прав человека в государствах, участвующих в войне, после ее завершения. Конечно, сложно представить себе такую ситуацию на практике. Быть может, нам и не требуется ее представлять, так как нарушение принципа «правого дела» уже делает бессмысленным соблюдение принципа соразмерности: агрессор будет виновен в любом случае.

Один из примеров, разъясняющих принцип соразмерности, предоставляет Х. Сисе: «В принципе можно считать, что имеются справедливые основания напасть на страну, где нарушаются права человека. В то же время если мы видим, что разрушения будут слишком значительны, а страдания мирного населения слишком велики, то нападение тем не менее становится неправомерным»⁶³⁰. Данный автор призывает политических лидеров при оценке соразмерности учитывать, что война имеет множество долговременных, не предвидимых заранее последствий, поэтому всегда следует искать возможности ограничить мощь и продолжительность военных действий.

Принцип добрых намерений. Относительно принципа добрых намерений Фоушин сразу замечает, что ввиду своей субъективности

⁶²⁹ McMahan J. *Morality, Law, and the Relation Between Jus Ad Bellum and Jus in Bello*. // *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 100, 2006. P. 113. Справедливости ради отметим, что данный автор имеет в виду пропорциональность in bello, но общий смысл от этого не меняется.

⁶³⁰ Сисе Х. Указ.соч. С. 92.

этот принцип является спорным. Кратко, принцип добрых намерений означает, что намерением государства, вступающего в войну, должно являться правое дело (достаточное основание)⁶³¹. Но эта формулировка не решает вопросов о том, допустимы ли какие-либо иные намерения. В научной литературе наиболее распространенное толкование рассматриваемого принципа заключается в том, что намерение исполнить правое дело должно доминировать над иными намерениями, которые, однако, в указанных рамках всё же допускаются⁶³². В докладе «Обязанность защищать» также сказано, что правильное намерение, заключающееся в прекращении или предотвращении человеческих страданий, должно быть основным мотивом гуманитарной интервенции.

Одна из проблем, с которой сталкиваются сторонники рассматриваемого принципа, состоит в неопределенности способов выявления действительных намерений государства. Поскольку убедительного решения этой проблемы не предлагается, постольку весь принцип ставится под сомнение. Существующие внутригосударственные законы показывают, что право иногда требует от субъектов определенных намерений, а иногда не требует. Последний вариант часто обусловлен тем, что правовые механизмы по своей сути недостаточны для того, чтобы понудить кого-либо иметь определенные намерения, установить несоответствие его фактических намерений должным и на этом основании привлечь к ответственности. В этой связи представляется, что правило добрых намерений может быть установлено международным правом только в случае, если будут четко проработаны способы обеспечения его действенности.

Но главная проблема этого принципа состоит в другом. Необходимо обосновать, почему намерения в данном случае вообще должны иметь правовое значение. Здесь следует обратить внимание на другую причину, по которой внутригосударственное право может учитывать или не учитывать внутреннюю мотивацию лиц. Дело в том, что некоторых случаях от намерений лица прямо зависит сущность правоотношений, то есть они прямо влияют на квалификацию поступков и действий (например, при признании сделок недействительными), а в других случаях этого не наблюдается. Применительно к принципам *jus ad bellum* мы видим, что сторонниками принципа добрых намерений не доказано, почему добрые намерения являются существенными. Данный критерий по сути излишен: если намерения определяются по по-

⁶³¹ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 36

⁶³² Там же. С. 98.

ступкам, то не проще ли сразу оценивать поступки? Но для этого у нас уже есть критерии «правого дела», «соразмерности» и пр.⁶³³ Для сравнения мы можем обратить внимание на важнейший принцип *jus in bello* – принцип различия. Этот принцип запрещает преднамеренное причинение вреда гражданским лицам, но не исключает непреднамеренное. Здесь мы наблюдаем типичный пример, когда намерения определяют саму сущность принципа, поэтому им придается правовое значение.

Принцип добрых намерений защищают такие сторонники кантовской этики, как Б. Орнд. Однако и у Канта добрые намерения важны для морали, но не права. В этом смысле, как мы думаем, можно утверждать, что в отсутствие добрых намерений война является все же легальной (справедливой), хотя и не вполне моральной. Даже если правило добрых намерений будет закреплено в международном праве, оно в лучшем случае сделает международное право более моральным, но на теоретическую оценку справедливости начала войны не повлияет.

Принцип легитимности власти. Последний принцип *jus ad bellum* – легитимность власти. Этот критерий в трактовке Фоушина, в сущности, отсылает к действующим внутригосударственным и международным правовым нормам. Однако тем самым теория справедливости лишается своего предмета, так как она призвана критически осмыслять действующее право, а не просто отсылать к нему. Поэтому, как представляется, Фоушин неправомерно смешивает легитимность и легальность. Это, в свою очередь, также ставит принцип легитимности под сомнение до тех пор, пока мы не придем к согласию, во-первых, относительно самого понятия легитимности и, во-вторых, относительно важности этого понятия для определения критериев справедливости развязывания войн. Например, распространенное понимание легитимности как моральной оправданности в контексте теории справедливой войны лишено практического смысла, поскольку удовлетворяющее принципам справедливой войны применение вооруженных сил и будет морально оправданным, то есть принцип легитимности излишен и тавтологичен.

Б. Орнд вместо названного принципа говорит о принципе «надлежащей власти, публичного заявления и защиты прав человека в

⁶³³ Политические лидеры и так, как правило, стремятся обосновать свое решение добрыми намерениями. Если же они ссылаются при этом на основания, которые не относятся к справедливым основаниям начала войны, то возникают сомнения уже в удовлетворении критерия «правого дела».

ходе войны»⁶³⁴, но под надлежащей властью вновь понимает легальную. Кроме того, он бесосновательно размыкает этот принцип *jus ad bellum*, включая в него сразу три сомнительных критерия. Так, критерий «публичного заявления» выглядит несколько старомодным: в прежние времена, когда войны не были столь молниеносными, объявление войны, вероятно, было правилом чести, но сегодня оно может противоречить самому смыслу военной операции. Состояние войны, как представляется, необходимо устанавливать по фактическим действиям сторон, а не по наличию формальной декларации. Критерий «защиты прав человека», в сущности, дублирует принципы соразмерности и различия, и вступает в противоречие с самим смыслом состояния войны, предполагающего некоторое ограничение прав человека.

Лишь Х. Сисе обращает внимание на проблемность критерия «законной власти», различая процедурный и материальный аспекты данного критерия. Материальный аспект заключается в ответе на вопрос: кто (какой орган или должностное лицо) может считаться выразителем интересов всего народа (общего блага) и на этом основании уполномочен принимать окончательное решение о начале войны?⁶³⁵ Но и Сисе не предлагает определенного ответа. Важность критерия законной власти данный автор обосновывает тем, что большинство современных войн являются гражданскими войнами между различными группировками, игнорирующими заботу об общем благе. Но указанная проблема решается как раз за счет критерия легитимности, а не легальности. Лидеры вооруженных клик, не имеющие поддержку в народе, являются просто бандитами, подлежащими суду по внутригосударственным законам. Здесь правильнее говорить не о войне, а о преступности. В свою очередь лидеры народных армий, выражающие определенную идеологическую и политическую позицию, обладают некоторой легитимностью, позволяющей говорить о существовании политического сообщества. Таким образом, ни принцип легальности, ни принцип легитимности не являются обоснованными принципами *jus ad bellum*, но принцип легитимности (наличия политического сообщества) выступает критерием, который позволяет вообще отличить теорию справедливой войны от теории справедливого наказания.

Неполитические сообщества. Сегодня легитимность приобретает значение для теории справедливой войны потому, что участниками войны зачастую являются криминальные группировки, выдающие себя

⁶³⁴ Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 49, 192.

⁶³⁵ Сисе Х. Указ.соч. С. 60-73.

за представителей этнических меньшинств⁶³⁶. Проблему следует сформулировать так: возможно ли вмешательство во внутренние дела государства, которое не хочет или не может справиться с располагающимися на ее территории криминальными структурами, не обладающими надлежащей легитимностью, и угрожающими другим государствам (напр., террористы), и как отличить их от легитимных политических сообществ, реализующих свое право на самоопределение? Дело в том, что теория справедливой войны, формулируемая на примерах межгосударственных войн, вполне может быть применена к любому конфликту между двумя и более политическими сообществами, даже если они не имеют статуса государства⁶³⁷. Но сложности возникают тогда, когда одной из сторон конфликта является неполитическое сообщество.

М. Уолцер, например, рассматривает ситуацию, когда угроза причинения вреда государству исходит не от другого государства, а от сторонних сил, находящихся на территории последнего (напр., террористов). Вооруженное вторжение одного государства на территорию другого в целях понуждения руководства последнего принять меры к обеспечению безопасности Уолцер считает допустимым. К таким акциям автор предъявляет всего два требования: 1) соразмерность; 2) иммунитет гражданского населения⁶³⁸. Вместе с тем, ученый даже не разъясняет, соразмерность чему именно (существующим угрозам либо допущенным нарушениям?) он имеет в виду. Если рассматривать подобные ситуации как случай самообороны (право на самооборону в подобных случаях подтверждено резолюциями 1368 (2001) и 1373 (2001) Совбеза ООН), то соразмерность должна быть по отношению к существующим угрозам. Но в этом случае военные санкции должны быть применены не к самому государству, а к иным, находящимся на его территории силам, причем только в ответ на вооруженное нападение (и только в случае необходимости). Если же рассматривать подобные ситуации как наложение одним государством ответственности на другое государство за политические нарушения его руководства, то соразмерность должна быть уже по отношению к допущенным последним нарушениям. Но в этом случае сомнительно право одного государ-

⁶³⁶ См., напр.: Калдор М. Новые и старые войны: организованное насилие в глобальную эпоху. М., 2015. Автор с тревогой отмечает проблему легитимации военных преступников, пригласяемых за стол переговоров. С. 47, 133, 151 и др.

⁶³⁷ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 43-44.

⁶³⁸ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 217-218.

ства в одностороннем порядке привлекать другое к ответственности, ибо война сама по себе не может считаться наказанием (Уолцер безуспешно пытается обосновать частичную допустимость вооруженных репрессалий, которые запрещены международным правом): во избежание несправедливых решений, необходимо предпринять меры к обеспечению как легальности, так и беспристрастности. Кроме того, следует выяснить, что предварительно сделало само первое государство для обеспечения своей безопасности (то есть, опять же, присутствует ли критерий необходимости). В примере, который приводит сам Уолцер – Израильском рейде на аэропорт Бейрута в 1968 г. – не были соблюдены правила соразмерности в обоих указанных значениях. Не удивительно, что Совбез ООН резолюцией № 262 (1968) осудил действия Израиля и признал право Ливана на репарации, и впоследствии неоднократно подтверждал свою позицию в схожих ситуациях резолюциями №573 (1985) и №1234 (1999). Критерий «крайней необходимости» Уолцер по неизвестным причинам вообще не рассматривает. В целом, как представляется, вторжение на территорию другого государства с целью борьбы с находящимися на ней сторонними силами можно трактовать и в качестве реализации права на самооборону (если речь идет о защите собственных граждан), и в качестве иной меры по восстановлению справедливости (если речь идет о защите граждан государства, в которое осуществляется вторжение). В любом случае должны быть соблюдены критерии крайнего средства и соразмерности, а военные действия не должны быть направлены против самого политического сообщества, на территории которого разворачивается операция.

Фоушин, в свою очередь, отмечает, что в отношении негосударственных групп следует отказаться от принципа легитимности власти и критерия вероятности успеха, поскольку указанными группами эти принципы просто не могут быть соблюдены⁶³⁹. В то же время принципы достаточных оснований, крайней необходимости, соразмерности и добрых намерений сохраняют свою силу (с корректировкой на новые обстоятельства). Слабым местом в тезисе Фоушина является тот факт, что действительность принципов зависит от возможности их выполнения. Как представляется, мы нуждаемся здесь в более сильном обосновании принципов, и если такое обоснование отсутствует, мы должны отказаться от них. Кроме того, отказ от принципов легитимности и вероятности успеха лишь в отношении негосударственных образований

⁶³⁹ Фоушин Н. Указ.соч. С. 177.

видится несколько упрощенным решением проблемы (аргументом *ad hoc*).

Подводя итоги, констатируем, что из шести традиционных принципов *jus ad bellum* достаточно обоснованными представляются лишь три, а именно принцип правого дела, принцип крайнего средства и принцип соразмерности. Все остальные принципы в той или иной степени являются излишними.

§ 2. *Jus in bello*

Помимо вопроса о справедливых основаниях для начала войны, можно и нужно поставить вопрос о справедливых способах ведения войны: даже если государство развязало справедливую войну, это не означает, что его политики и солдаты имеют право использовать любые средства для достижения справедливой цели. В конечном счете, средства могут быть настолько несправедливыми, что сами по себе перечеркивают справедливость цели. Но этот случай будет касаться соразмерности *ad bellum*. Существуют, однако, и другие ограничения на средства, которые действуют, даже если с точки зрения конечной цели эти средства могут быть оправданы. Здесь мы и имеем дело с *jus in bello*. Мы рассмотрим два основных принципа *jus in bello* и попытаемся доказать, что принцип соразмерности должен быть дополнен принципом военной необходимости, а принцип различия должен пониматься как принцип ответственности. Кроме этого, мы покажем, что имеется основание для введения новых принципов, а именно принципа приоритетной защиты мирных жителей и гражданских объектов и принципа гуманизма.

Сферы действия принципов *jus in bello*. Уолцер допускает возможность отмены правил ведения войны только в случае «неизбежной катастрофы»⁶⁴⁰. Таким образом, правила ведения войны у него не являются абсолютными. Эта позиция автора порой трактуется радикально: «Фактически, вводя понятие «*supreme emergency*», Уолцер указывает на своего рода лазейку, позволяющую, не покидая дискурса справедливости, обойтись без критериев теории справедливой войны»⁶⁴¹. Однако следует внимательно отнестись к тем аргументам, которые Уолцер приводит против абсолютизма *jus in bello*. В конечном

⁶⁴⁰ Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration*. New York, 2006. P. 232.

⁶⁴¹ Куманьков А.Д. Эволюция концепции справедливой войны в работах М. Уолцера // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. 2012. №4. С. 234.

счете, он говорит о том, что если не нарушить права человека сейчас (напр., путем бомбардировки мирных жителей нацистской Германии), то в будущем (напр., если нацизм восторжествует) они могут быть нарушены еще в большей степени⁶⁴². Либо, если сейчас не создать угрозу жизни граждан другого государства (напр., посредством политики ядерного сдерживания), то в будущем можно будет поплатиться жизнями и благосостоянием граждан своего государства (вследствие ядерной войны). Таким образом, отвергая абсолютный характер *jus in bello*, Уолцер фактически остается в границах более общего морального абсолютизма. Конечно, этот факт не отвергает контраргумента, согласно которому одни невинные люди используются как средства других невинных людей (в классической "проблеме вагонетки" Уолцер оказывается на стороне утилитаристов, а не кантианцев). Вероятно, противоречия могут быть устранены более подробным изучением виновности тех или иных лиц и общностей в конкретной ситуации, но в общем виде аргумент Уолцера всё же вызывает сомнения (одна условно невинная группа людей у него становится средством самосохранения другой условно невинной группы людей).

К тому же, Уолцер приводит и другой – «коммунитаристский» – аргумент, связанный с ценностью политического сообщества⁶⁴³. Согласно этому аргументу, пренебрежение правилами ведения войны допустимо в случае, если их соблюдение грозит не просто поражением (либо невозможностью победы), а уничтожением социальной организации или нации как таковой (в более жесткой трактовке – физическим уничтожением нации⁶⁴⁴). По нашему мнению, поскольку коммунитаристский аргумент в пользу «крайней необходимости» предлагает поставить на разные чаши весов ценность политического сообщества и ценность человеческих жизней, постольку он должен быть отвергнут: организация не может иметь ту же или большую ценность, чем человек, так как ее ценность определяется, в конечном счете, самими людьми и их взаимосвязями. Однако коммунитаристские ценности (политическое сообщество) могут быть обоснованы через ценность человеческой жизни. По всей видимости, такой способ обоснования использует и сам Уолцер. Отвечая на упреки в «фетишизации» политического сообщества, он пишет, что смена политического сообщества «потребуется либо ликвидации людей, либо принудительного изменения

⁶⁴² Walzer M. *Arguing about war*. New Haven & London: Yale University Press, 2004. P. 34-35.

⁶⁴³ *Ibid.* P. 42-45.

⁶⁴⁴ Orend B. *Just and lawful conduct in war: reflection on Michael Walzer*. // *Law & Philosophy*. № 20 (1), 2001. P. 23.

их образов жизни»⁶⁴⁵. При таком подходе коммунитаристский аргумент является лишь частным случаем более общего аргумента «крайней необходимости» (в данном случае – «военной необходимости»).

Доводы, приводимые Уолцером, при их внимательном анализе, касаются не столько отрицания *jus in bello* в целом, сколько утверждения приоритета принципа соразмерности перед принципом различия. Сегодня некоторые ученые, принимая во внимание невозможность применения ядерного оружия исключительно по отношению к войскам и военным объектам, также отстаивают второстепенность принципа различия по сравнению с принципом соразмерности, и пытаются разграничить различные стратегии ядерной войны в зависимости от попыток минимизировать жертвы среди гражданского населения⁶⁴⁶. Однако мы должны понимать, что хотя возможно говорить о более или менее несправедливых тактиках, все они, так или иначе, несправедливы. Согласно заслуживающей внимания интерпретации Б. Оренда, в ситуациях, подобных уолцеровской «*supreme emergency*», принцип различия не перестает действовать, однако поскольку справедливое решение невозможно, мы вынуждены выбирать между большей или меньшей несправедливостью⁶⁴⁷.

Проблема определения сферы действия принципов *jus in bello* возникает также тогда, когда мы пытаемся определить, распространяются ли они в равной степени на всех участников конфликта. М. Уолцер утверждает, что лица не должны иметь больше или меньше прав в зависимости от того, выступают ли они на стороне государства, борющегося справедливо⁶⁴⁸. Одним из основных принципов ведения войны является, таким образом, принцип равенства прав участников войны с каждой из сторон, который противостоит принципу «скользящей шкалы» (согласно которому чем более справедлива война, тем больше прав у комбатантов и наоборот)⁶⁴⁹. По поводу принципа «скользящей шкалы» названный ученый пишет, что его последствия более далеко идущие, чем хотелось бы сторонникам этого принципа. Сегодня позиция Уолцера является практически общепризнанной, но серьезные попытки оспорить ее предпринимает Д. МакМахан. Он утверждает, что солдаты

⁶⁴⁵ Walzer M. *Arguing about war*. New Haven & London: Yale University Press, 2004. P. 49.

⁶⁴⁶ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 197-203.

⁶⁴⁷ Orend B. Just and lawful conduct in war: reflection on Michael Walzer. // *Law & Philosophy*. № 20 (1), 2001. P. 28-29.

⁶⁴⁸ Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration*. New York, 2006. P. 136.

⁶⁴⁹ См., напр.: Ролз Дж. *Теория справедливости*. М., 2010. С. 332.

государства-агрессора в принципе не могут соблюсти принципы справедливого ведения войны (*jus in bello*), поскольку они вообще не имеют права вести войну. Так, принципу соразмерности они не могут удовлетворить потому, что какие бы действия они не совершали, эти действия должны быть рассмотрены как негативные, и никаких позитивных следствий они не имеют. Принципу различия виновных и невиновных лиц они также не могут удовлетворить, поскольку не только мирные жители, но и комбатанты защищающегося государства являются невинными жертвами (точно так же, как применяющая необходимую оборону жертва не теряет ввиду своих действий права на жизнь)⁶⁵⁰. Представляется, что в этой позиции МакМахана имеется большая доля истины. И всё-таки, поскольку в отличие от обычного преступления военная агрессия представляет собой множество самых различных действий, совершаемых по воле множества различных по своему статусу людей, должны существовать некоторые правила ведения даже несправедливо начатой войны (по крайней мере, чтобы действия солдат страны-агрессора не стали еще более несправедливыми). Другое дело, что с учетом позиции названного ученого они должны быть переформулированы. Что же касается самого запрета на участие солдат в несправедливой войне, то он, как отмечает Г. Шу, на практике является бесполезным, так как если солдат участвует в войне, значит он уже считает ее справедливой⁶⁵¹.

Схожая проблема поднимается и в другом контексте, а именно при анализе ассиметричных войн. Предположим, что слабое государство защищается в порядке самообороны от сильного государства. Если вести войну по всем правилам, то эта война однозначно будет проиграна, поэтому, исходя из принципов соразмерности и вероятности успеха *jus ad bellum*, эту войну правильнее было бы вообще не начинать. Но в условиях усиливающегося военного неравенства государств это бы означало отказ слабым государствам в праве на самозащиту. Д. Родин, используя ролзовский аргумент «исходного положения», приходит к выводу, что вместо того, чтобы ставить в отдельных случаях принципы *jus in bello* под сомнение, необходимо усилить требования к сильному государству, например: не подвергать атакам объекты «двойного назначения», не осуществлять атаки при наличии сомнений

⁶⁵⁰ См., напр.: McMahan J. *Morality, Law, and the Relation Between Jus Ad Bellum and Jus in Bello*. // *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 100, 2006. P. 112-114.

⁶⁵¹ *Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers*. / ed. by Rodin D. and Shue H. New York, 2008. P. 87-111.

относительно статуса подверженных атаке лиц и объектов, установить более жесткие критерии допустимости случайных жертв среди некомбатантов и их объектов и т.п.⁶⁵² Представляется, что именно в этом направлении мыслит и М. Уолцер относительно партизанской войны, в которой не так просто отличить комбатантов от некомбатантов. Ученый определенно утверждает: солдаты в силу их положения обязаны предпринимать все возможные меры по разграничению партизан и мирных жителей, если же войска не могут этого сделать (неважно, лояльны мирные жители оккупантам или нет), не прибегая к террористическим мерам, значит уровень поддержки партизан среди народа настолько высок, что война против партизан представляет собой войну против всего народа, и на этом основании такая война должна быть прекращена: если война не может быть выиграна (посредством соблюдения справедливых правил ведения войны – *jus in bello*), то она и не должна быть выиграна (не является справедливой войной согласно *jus ad bellum*)⁶⁵³. Вместе с тем, обязанность по ограждению гражданского населения от рисков лежит и на партизанах: как замечает Уолцер, далеко не всегда они имеют значительную поддержку населения, и в этом случае гибель мирных жителей ввиду того, что солдаты не могут отличить их от партизан, будет на совести последних. Действительно, те воюющие лица, которые не имеют значительной поддержки среди местного населения и не являются членами воюющего политического сообщества, должны быть расценены в качестве бандитов или наемников, подвергнуты мерам уголовно-процессуального принуждения и привлечены к уголовной ответственности.

Содержание принципов *jus in bello*. Н. Фоушин называет два основных принципа справедливого ведения войны: 1) принцип соразмерности (пропорциональности); 2) принцип различия. Любопытно, что каждый из этих принципов в отдельности делает проблематичным использование ядерного, химического и биологического оружия. Далее мы назовем также иные основания ограничения отдельных видов вооружений.

Соразмерность и военная необходимость. Рассмотрим сначала принцип соразмерности. Фоушин комментирует его так: необходимо взвешивать выгоды и потери (краткосрочные и долгосрочные) от совершения конкретных военных действий, и предпринимать такие дей-

⁶⁵² The ethics of war: shared problems in different traditions / [ed. by] Richard Sorabji and David Rodin. Aldershot (UK), 2006. P. 161-165.

⁶⁵³ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 195-196.

ствия, которые для достижения той же цели предполагают меньшие потери, причем с обеих сторон⁶⁵⁴. Заметим, что речь идет о сравнении с выгодами от военных действий тех издержек, которые они потребуют, а не тех потерь, которые уже произошли. Поэтому Д. МакМахан справедливо называет принцип соразмерности проспективным, т.е. обращенным в будущее, а не прошлое⁶⁵⁵.

МакМахан пытается обосновать и другую особенность данного принципа, а именно невозможность его применения без соотнесения с принципом «правого дела» *jus ad bellum*. Так, соразмерность требует, что причиняемый военной операцией вред был явно меньше предполагаемой от нее пользы. Но как можно определить понятия вреда и пользы, ведь для одной стороны польза состоит в том, что другая сторона считает вредом? Чтобы решить эту проблему, мы вынуждены учитывать, что одна из сторон конфликта сражается справедливо, а другая нет⁶⁵⁶. Однако представляется, что когда авторы говорят о соразмерности *jus in bello*, они имеют в виду нечто, что может быть сформулировано независимо от того, справедливо ли начата война. Предполагается, что существует ряд боевых операций, которые приведут к победе в войне. Существует также принцип соразмерности *jus ad bellum*, который ограничивает общее количество издержек, допустимых в войне. Тогда количество издержек, которое повлечет та или иная боевая операция, должно быть соразмерно тому вкладу, который данная боевая операция вносит в победу соответствующей стороны в войне. При всех сложностях исчисления предполагается, что может быть найдено процентное соотношение и издержек, и вклада. И это соотношение должно быть как минимум примерно равным. Такая формулировка принципа соразмерности делает его независимым от *jus ad bellum*.

В научной литературе, при кажущемся единогласии множества авторов относительно обоснованности принципа соразмерности *jus in bello*, прослеживается совершенно разное понимание данного принципа⁶⁵⁷. Ранее приведенная формулировка принципа соразмерности *jus in*

⁶⁵⁴ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 37, 179-180.

⁶⁵⁵ McMahan J. Proportionality and Time. // *Ethics*, vol. 125, no. 3, 2015, pp. 696–719.

⁶⁵⁶ McMahan J. The Ethics of Killing in War // *Ethics*, vol. 114, no. 4, 2004. P. 709-718.

⁶⁵⁷ Следует обратить внимание на ряд неверных толкований принципа соразмерности. Так, согласно одной интерпретации сравнению подлежат боевые потери атакующего и обороняющегося. Но вряд ли военную операцию можно назвать неоправданной только на том основании, что по ее результатам боевые потери атакующего будут явно больше, чем боевые потери обороняющегося, ведь если боевая мощь атакующего это позволяет, и если победа в войне этого требует, то мы мало что можем возразить, кроме того, что сама цель такой войны должна быть справедливой. Согласно другой интерпретации, принцип соразмерности призы-

bello за авторством Н. Фоушина фактически соответствует другому принципу, а именно принципу военной необходимости. Аналогично Х. Сисе, рассуждая о соразмерности *jus in bello*, настаивает, что человеческие жертвы следует по возможности снижать не только среди гражданского населения, но и среди солдат (разумеется, не за счет перекладывания рисков на гражданское население). Вполне возможно, что боевую задачу можно решить, исключив чрезмерные человеческие жертвы. «То, что боеспособность противника необходимо снизить, с точки зрения военной логики вполне естественно. Но то что нужно *убить* как можно больше солдат – вовсе не так очевидно»⁶⁵⁸. Наконец, авторы доклада «Обязанность защищать» пишут: «Масштаб, продолжительность и интенсивность планируемого военного вмешательства должны быть минимально необходимыми для обеспечения определенной цели защиты человека». Все приведенные формулировки создают одну и ту же проблему, а именно: если понимать принцип соразмерности в таком ключе, то это полностью меняет его смысл. Скорее, речь идет уже о принципе военной необходимости. Последний означает, что политические лидеры и военачальники должны выбирать такие военные стратегии и планировать такие военные операции, которые приведут их армию к победе над врагом (или к иной конечной цели войны) при минимально возможных потерях любого вида. В противном случае их можно обвинить в убийствах и разрушениях, неоправданных даже на войне (и потому наказуемых более строго). Вероятно, именно через

вает сравнить боевые потери обеих сторон с теми потерями, которые обе стороны понесли бы, если бы данной военной операции не было. В таком случае критерий соразмерности означает, что соразмерной является та военная операция, которая способствует более быстрому завершению войны, а не ее продолжению. Но данное понимание проблематично, потому что в большей степени завершению войны способствует именно отказ от военных операций (капитуляция), а не их проведение. Попытка учесть при этом те несправедливости, которые будут происходить, если в войне победит агрессор, вновь отсылают к понятию справедливой войны (принципу «правого дела») или же к соразмерности в широком смысле (принципу соразмерности *jus ad bellum*). Наконец, третье понимание соразмерности предлагает учитывать выгоды и издержки, которые касаются только гражданского населения и гражданских объектов (Х. Сисе считает необходимым учитывать также и вред, который может быть причинен окружающей среде и памятникам историко-культурного наследия. См. Сисе Х. Указ.соч. С. 120). Действительно, военная операция может причинить им как минимум непреднамеренный вред. Тогда соразмерным будет такой акт, выгоды от которого, заключающиеся в прекращении нарушений прав человека, по своей ценности перевешивают случайные жертвы мирного населения, разрушения мирной инфраструктуры и экологии. Однако отдельные военные операции могут вообще не иметь никакой пользы для восстановления прав человека, и лишь суммарный их эффект в виде победы в войне будет демонстрировать, что случайные жертвы и разрушения были оправданы. Таким образом, и эта трактовка принципа соразмерности является проблематичной.

⁶⁵⁸ Сисе Х. Указ.соч. С. 115.

военную необходимость, а не пропорциональность, как это делают некоторые авторы⁶⁵⁹, можно обосновать и запрещение оружия, которое причиняет чрезмерные страдания и травмы. (И именно этот принцип может заменить то, что МакМахан называет «laws of war».)

Дифференциация. Рассмотрим другой принцип *jus in bello* – принцип различия (дифференцирования). Относительно данного принципа Фоушин пишет: «Во время войны воюющие стороны призывают различать допустимые для нападения цели – такие, как солдаты, матросы, летчики и, возможно, рабочие военных заводов, и недопустимые – такие, как дети, владельцы магазинов, медицинские работники, духовенство. Принцип различия применяется не только к людям, но и к объектам. Аэропорты, дороги и железнодорожные объекты, интенсивно используемые военными, заводы, изготовляющие военное снаряжение, так же, как и объекты, предназначенные для военных нужд, – все это подлежит нападению, а госпитали, религиозные учреждения, школы и дома гражданского населения не подлежат»⁶⁶⁰. Одной из проблем, на которую обращает внимание указанный автор, является проблема экономических санкций в отношении государства-агрессора: негативные последствия в этом случае зачастую несет гражданское население, а не те люди, которые развязали войну, то есть принцип различия попирается⁶⁶¹. Эту же проблему, правда уже в контексте принципа «крайнего средства» *jus ad bellum*, рассматривает Х. Сисе, утверждая, что экономические санкции для достижения необходимого эффекта должны быть масштабными и последовательными, но именно это и делает их очень похожими на блокаду. «Даже санкции, достигшие цели, имели драматичные последствия для населения, примером чему является ЮАР»⁶⁶². Сисе склонен относиться к санкциям не менее скептически, чем к войне. И здесь приходится констатировать недостаточное внимание, которое уделяется этому вопросу в международном праве. Другой автор, М. Уолцер, в связи с принципом различия рассматривает проблему терроризма, отвергая практику терроризма как нарушающую указанный принцип.

⁶⁵⁹ Rhodes B. *Op.cit.* P. 110.

⁶⁶⁰ Фоушин Н. Указ.соч. С. 175. Указанные правила на данный момент уже стали правовыми обычаями. См. Хенкертс Ж.-М. Исследование об обычном международном гуманитарном праве: лучше понимать и полнее соблюдать нормы права во время вооруженного конфликта. // Международный журнал Красного Креста. Т. 87. №857 (март 2005 г.). URL: https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/other/offprint_from_irrc_857.pdf

⁶⁶¹ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апрессяна. М., 2002. С. 167.

⁶⁶² Сисе Х. Указ.соч. С. 96-98.

Итак, принцип различия предполагает, что штатские лица и объекты мирной инфраструктуры не могут быть целью военных операций. Причины, по которым военная этика предписывает различать военных и гражданских лиц, состоят в том, что последние не могут защитить себя, не представляют непосредственной угрозы для противника, и кроме того, невиновны в военных действиях (т.е. выполняют функции, которые бы выполняли и в мирное время)⁶⁶³. Схожие причины касаются различия военных и гражданских объектов. Однако нельзя сказать, что приведенные доводы абсолютны. Например, военнослужащие, не принимающие непосредственного участия в боевых действиях, находящиеся в частях, не приведенных в полную боевую готовность, наряду с мирными жителями не имеют возможности для самозащиты, но, тем не менее, могут быть атакованы противником, поэтому беззащитность не является определяющим критерием. Гораздо важнее – потенциальная угроза некомбатантов для противника. Д. МакМахан обращает внимание на то, что иногда отдельные некомбатанты влияют на военные действия сильнее, чем отдельные комбатанты. Именно поэтому ученый отрицает традиционный для теории справедливой войны принцип различия, основанный на дифференциации комбатантов и некомбатантов, и предлагает другое разграничение – по степени ответственности⁶⁶⁴. Под ответственными лицами ученый понимает тех моральных агентов, действия которых (виновные и невиновные, умышленные и неумышленные) создают угрозы, являющиеся достаточным основанием для справедливого развязывания войны. Во избежание злоупотреблений необходимо презюмировать, что комбатанты ответственны, а некомбатанты – нет, но может быть доказано и противоположное. В качестве примеров мы полагаем возможным назвать политиков и пропагандистов, крупные корпорации, руководителей частных военных компаний. В целях оценки допустимости вооруженной атаки с точки зрения принципа различия (сформулированного как принцип ответственности) МакМахан предлагает учитывать непосредственность причинно-следственных связей между действиями моральных агентов и возникающими угрозами («уровень моральной ответственности»),

⁶⁶³ Сисе Х. Указ.соч. С. 113. Философы на протяжении веков высказывали и другие причины некомбатанского иммунитета, среди которых отсутствие необходимости убивать некомбатантов, правило сокращения издержек войны, важность продолжения рода за счет сохранения жизни женщин и детей. См.: McKeogh C. Innocent civilians: the morality of killing in war. Basingstoke, New York. 2002. P. 5. Сегодня эти причины выражаются через принципы военной необходимости, соразмерности и гуманизма, и, наряду с другими, также не являются абсолютными.

⁶⁶⁴ McMahan J. The Ethics of Killing in War // Ethics, vol. 114, no. 4, 2004. P. 722-729.

серьезность угроз и размер предполагаемого вреда. Указанную позицию оспаривает Д. Родин, который обращает внимание, что даже если какой-либо некомбатант существенно влияет на военные действия, непосредственными (1) и деликтоспособными (2) источниками вреда являются комбатанты⁶⁶⁵. И всё же, как мы полагаем, позиция Д. Мак-Махана не противоречит основной идее разграничения комбатантов и некомбатантов, а лишь уточняет ее. Так, в случае достаточных оснований отдельные некомбатанты могут быть расценены как организаторы или пособники военного преступления, либо как лица, фактически выполняющие функции военного командования, и на этом основании быть атакованы наряду с комбатантами. Вообще, различие между комбатантами и некомбатантами не должно упираться в наличие или отсутствие военной формы. В научной литературе все настойчивее раздаются голоса в пользу более гибких критериев, с помощью которых можно было бы оценивать роль конкретных солдат и мирных жителей в войне, и, соответственно, степень их ответственности за нее⁶⁶⁶.

Таким образом, при более детальном рассмотрении мы вынуждены не только дополнить принцип соразмерности принципом военной необходимости, но и уточнить принцип различия как принцип ответственности.

Приоритет мирного населения и мирной инфраструктуры. Концепция *jus in bello*, которую предлагает М. Уолцер, схожа с приведенными двумя принципами, но выражена по-другому, а именно через осмысление т.н. правила двойного эффекта. Это правило может быть сформулировано так: 1) разрешаются позитивные намеренные действия и запрещаются негативные намеренные действия, даже как средства для первых («принцип различия»); 2) последствия позитивных намеренных действий и негативных ненамеренных действий должны в сумме быть позитивными («принцип соразмерности»). Под позитивным эффектом здесь обычно имеется в виду реализация любой законной цели войны (напр., атака на комбатантов и военные объекты), а под негативным эффектом – причинение вреда гражданским лицам, объектам мирной инфраструктуры, окружающей среде и т.п. Правило «двойного эффекта» можно критиковать с тех же позиций, что и принципы различия и соразмерности. Но Уолцер не делает этого, он лишь добавляет к данному правилу очень важное замечание: нужно стре-

⁶⁶⁵ Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers. / ed. by Rodin D. and Shue H. New York, 2008. P. 47-51.

⁶⁶⁶ Gross M. L. Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict. New York, 2009. P. 40.

миться сводить к минимуму последствия негативных ненамеренных действий⁶⁶⁷. Согласно этому замечанию, недостаточно разграничить положительное и отрицательное, умышленное и неумышленное (запретив все умышленно-отрицательное); необходимо также свести к минимуму ненамеренные отрицательные последствия⁶⁶⁸. Однако, того же самого требует и принцип военной необходимости. Другое дело, что нужно обосновать, в какой степени мы, в силу принципа военной необходимости, должны заботиться о войсках и военных объектах, а в какой степени – о мирных жителях и объектах мирной инфраструктуры. Уолцер пытается обосновать тезис о том, что солдаты в силу их статуса должны брать на себя некоторую ответственность за жизни мирных жителей (неважно, с чьей стороны, поскольку права человека универсальны), стремясь минимизировать наносимый последним урон (например, предоставляя гражданским лицам возможности покинуть место боевых действий). Военные задачи должны решаться, в первую очередь, безопасными для мирного населения способами, за счет отнесения рисков на самих солдат⁶⁶⁹. Например, когда пилоты выполняют безрисковую для себя бомбардировку с больших высот, они рискуют задеть мирное население, поэтому их тактика в зависимости от конкретных обстоятельств может быть поставлена под сомнение. "Принцип заключается в следующем: когда наши действия подвергают риску невинных людей, даже если эти действия оправданы, мы обязаны сделать все возможное, чтобы уменьшить указанные риски, даже если это связано с рисками для наших собственных солдат... Конечно, вполне законно сбалансировать риски; мы не можем требовать от наших пилотов выполнения суицидальных миссий"⁶⁷⁰. Д. Любэн, согласившись с этим принципом, обосновал его так: по общему правилу риски должны нести те, кто их создает⁶⁷¹. Предполагается, что мирные жители, не способные покинуть место боевых действий, не могут стать жертвами

⁶⁶⁷ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 153, 155. См. также изложение этого принципа в: Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна М., 2002. С. 186.

⁶⁶⁸ Эта позиция Уолцера, по заключению Международного Комитета Красного Креста, уже стала обычным правом. См. Хенкергс Ж.-М. Указ.соч. Норма 17.

⁶⁶⁹ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006. P. 151.

⁶⁷⁰ Walzer M. The Triumph of Just War Theory (and the Dangers of Success). // Social Research, Vol. 69, No. 4, International Justice, War Crimes, and Terrorism: The U.S. Record (winter 2002). P. 937.

⁶⁷¹ Luban D. Human Rights Thinking and the Laws of War. In J. Ohlin (Ed.), Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights (ASIL Studies in International Legal Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 75-77.

военной атаки. Если же они добровольно отказались покинуть его, они автоматически считаются комбатантами. Вместе с тем, статуса комбатанта не имеют военнопленные, раненые и больные солдаты, медицинский и духовный персонал и т.п. лица (и именно тем фактом, что они не принимают участие в боевых действиях и не могут причинить вред, определяется их правовой статус). Примечательно, что М. Уолцер допускает атаки в отношении гражданского населения, непосредственно занятого на военном производстве, в случае «военной необходимости»⁶⁷². Аналогично этому Н. Фоушин указывает, что работники заводов, производящих военное снаряжение и боеприпасы, а также работники железной дороги, помогающие доставить их к фронту, могут быть (например, в затяжной войне) законными целями войны⁶⁷³. (Х. Сисе вводит здесь дополнительные требования: когда атаке подвергаются объекты военной инфраструктуры, на них не должно быть гражданских лиц, либо они должны быть предварительно извещены об опасности, чтобы получить возможность укрыться, либо их жизни по возможности должны быть сохранены иным образом⁶⁷⁴.) Как бы то ни было, мы видим, что Уолцер отстаивает более жесткую версию *jus in bello*, чем два принципа Н. Фоушина, поскольку подчеркивает необходимости максимального снижения рисков для гражданского населения даже в случае, если последнее задето неумышленно, и это оправдано военными целями.

Одно из направлений критики правила «двойного эффекта» состоит в том, что достаточно сложно определить, являлись жертвы среди гражданского населения преднамеренными (т.е. непосредственной целью или средством достижения цели) или же случайными (хотя бы и предвидимыми). Уолцер отвечает на это, что установить умысел применительно к боевым операциям хоть и сложно, но возможно (точно так же, как и применительно к преступлениям): сами действия указывают на их намерения. Так, если по результатам боевой операции число жертв среди гражданского населения и число разрушений гражданских объектов больше, чем среди солдат и военных объектов противника, то такая ситуация может указывать на умышленное нарушение

⁶⁷² Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration.* New York, 2006. P. 146.

⁶⁷³ Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М., 2002. С. 37.

⁶⁷⁴ Сисе Х. Указ.соч. С. 116. Приведенные на сайте Международного Комитета Красного Креста размещены правила обычного международного гуманитарного права во многом совпадают с указанными рекомендациями, напр. нормы 15, 20 и 24.

атакующей стороной принципа различия⁶⁷⁵. Среди ученых существует и более жесткая позиция, согласно которой вред гражданскому населению нельзя причинять даже неумышленно⁶⁷⁶. Действительно, причинение смерти по неосторожности мы также считаем уголовно наказуемым (ст. 109 УК РФ), однако это не означает допустимости экстраполяции положений уголовного права на случаи международных войн.

Позиция Уолцера позволяет нам сделать вывод о том, что помимо принципа военной необходимости (который запрещает не вызванные разумной необходимостью издержки, как в отношении военных, так и в отношении гражданских лиц/объектов) и принципа различия (который запрещает преднамеренное причинение вреда гражданским лицам и объектам), необходимо иметь в виду некий принцип приоритетной защиты гражданских лиц и объектов (даже если это повлечет еще большие военные издержки).

О гуманизме. Б. Оренд помимо принципов различия и соразмерности называет также и третий принцип *jus in bello*, который он заимствует у Канта: «Во время войны никакие не должны применяться поистине отвратительные средства или виды оружия» (*mala in se*)⁶⁷⁷. В качестве примера автор называет массовое изнасилование, принуждение захваченных солдат сражаться против своей стороны, принуждение их же к рабскому труду, особенно в сочетании с пытками или медицинскими экспериментами, принудительное переселение народов, использование оружия массового уничтожения (ядерного, биологического и химического). Как представляется, этот принцип необоснованно смешивает действия, имеющие разную правовую природу: здесь и обычные преступления, и действия, выходящие за пределы военной необходимости, и способы войны, создающие неоправданную угрозу некомбатантам. Но на что теоретикам справедливой войны действи-

⁶⁷⁵ См. об этом: Orend B. Just and lawful conduct in war: reflection on Michael Walzer. // *Law & Philosophy*. № 20 (1), 2001. P. 12-14.

⁶⁷⁶ Pattison J. *Op.cit.* P. 109. П. Кристофер предлагает свои критерии на ограничение принципа различия. Он говорит, что у солдат имеются две основные моральные обязанности, общая и специальная: 1) не причинять вред мирным жителям; 2) защищать своих мирных сограждан. Первая обязанность имеет приоритет перед второй (следовательно, нельзя защищать одних невинных людей, убивая других невинных людей). Однако из этого правила автор пытается найти исключения. Такие исключения он выражает в понятиях военной необходимости и репрессалий. Общий смысл его позиции состоит в том, что нарушение субординации двух названных обязанностей может происходить лишь при удовлетворении всех принципов *jus ad bellum* (среди которых пропорциональность, крайняя необходимость, достаточность, публичное заявление и законная власть и пр.). Таким образом, военная операция, нарушающая принцип различия, должна пониматься как своего рода «начало войны». Christopher P. *The ethics of war and peace*. New Jersey, 1994. P. 176, 186-187, 197-199.

⁶⁷⁷ Orend B. *War and international justice. A Kantian perspective*. Waterloo (Ontario), 2000. P. 166.

тельно следовало бы обратить внимание, помимо принципов соразмерности и различия, так это на существующий в международном гуманитарном праве фундаментальный запрет причинения излишних страданий комбатантам. Этот запрет является одной из главных причин, по которой признаны недопустимыми многие виды вооружений⁶⁷⁸. К сожалению, философы обращают мало внимания на моральные причины недопустимости отдельных видов оружия. С одной стороны, эти причины очевидны, и сводятся к идее гуманизма. С другой стороны, необходимо раскрыть связь гуманизма и справедливости (показав, например, как антигуманные виды вооружений или наказаний вступают в противоречие с идеей человека как цели в себе). Определенный интерес сегодня представляют попытки легализовать некоторые виды биологического, химического, оптического, акустического, электромагнитного и неврологического "несмертельного" оружия, которые не причиняют значительного вреда здоровью и имеют ограниченное по времени действие, и поэтому являются более гуманными, и более соответствующими принципам *jus in bello*, чем традиционные виды вооружений⁶⁷⁹. Однако неизбирательность и возможный серьезный вред от данного оружия продолжают вызывать резонные опасения (вспомним гибель заложников от газа при антитеррористической операции на Дубровке в Москве в 2002 г.).

§ 3. *Jus post bellum*

Многие мыслители ставят вопрос о справедливом окончании войны, отмечая практически полное отсутствие международных правовых норм по данному вопросу. Попытки выработать принципы *jus post bellum* свидетельствуют о том, что безоговорочная капитуляция противника в любом случае не рассматривается как справедливый исход. Но что является справедливым – на этот вопрос сегодня ответ в полной мере не выработан. Международное право в этой части чрезвычайно фрагментарно.

М. Уолцер видит цель войны в восстановлении справедливости. Но эта цель, по мнению ученого, достигается не обязательно через восстановление статус-кво (возврат к довоенным границам, возмещение ущерба и т.п.) и принятие таких мер, которые позволили бы сохранить

⁶⁷⁸ Есть впрочем и другие причины, связанные с военной необходимостью (недопустимо причинение травм, которые не просто обезвреживают солдата, но и лишают его нормальной мирной жизни после войны, если есть менее разрушительные альтернативы) или иммунитетом некомбатантов (запрет неизбирательности).

⁶⁷⁹ Gross M.L. Op.cit. P. 77-99.

статус-кво в будущем (выработка новых соглашений в области мира и безопасности и т.п.). Восстановление справедливости, по Уолцеру, может подразумевать переопределение прежних границ (напр., признание права отдельных территорий на автономию или сецессию), смену режима страны-агрессора (напр., нацистской Германии), оказание ей материальной помощи странами-победительницами в целях восстановления политической и экономической стабильности⁶⁸⁰. С подачи Уолцера в современной теории справедливой войны считается общепризнанным, что возврат в status quo зачастую означает возврат к причинам, вызвавшим войну, и потому недопустим. Вместе с тем, нерешенным остается вопрос о том, на ком должно лежать бремя ответственности за восстановление справедливости и как понудить ответственное лицо к соответствующим действиям. Совершенно очевидно, что в случае гуманитарных интервенций именно те государства, которые совершили вторжение, несут ответственность за то, чтобы по завершении операции не оставлять страну без должного управления и правопорядка, наводненной оружием и конфликтами⁶⁸¹. Но в случае войны-самообороны вряд ли обязанность по восстановлению страны-агрессора лежит только на стране-жертве – это скорее общая обязанность мирового сообщества. В обоих случаях справедливо утверждение Х. Сисе: «Всегда, однако, нужно стремиться к тому, чтобы международное участие *было ограничено во времени*, а все большая ответственность за восстановление и внутреннее управление страной и регионом постепенно передавалась бы населению этой страны или региона»⁶⁸².

Соглашаясь с приведенными набросками М. Уолцера, Б. Оренд заключает, что существует три условия справедливого завершения войны: 1) нарушения прав человека (вызванные агрессией и т.п.) должны быть прекращены, а все полученные за счет несправедливой войны преимущества должны быть устранены; 2) военные преступления, связанные с нарушениями как с jus ad bellum, так и с jus in bello, должны повлечь ответственность в виде не только судебных процессов над конкретными лицами, но и в виде выплаты разумных репараций жертвам войны; 3) необходимо предпринять меры, направленные для

⁶⁸⁰ Walzer M. The Triumph of Just War Theory (and the Dangers of Success). // Social Research, Vol. 69, No. 4, International Justice, War Crimes, and Terrorism: The U.S. Record (winter 2002). P. 938-942.

⁶⁸¹ Bass G.J. Jus Post Bellum. // Philosophy & Public Affairs, no. 4 (32). 2004. P. 386.

⁶⁸² Сисе Х. Указ.соч. С. 133.

предотвращения войны в будущем (демилитаризация, смена режима, изменение границ и т.п.)⁶⁸³.

В результате Оренд приходит к следующим пяти принципам прекращения войны с проигравшим агрессором: 1) справедливая причина (факт восстановления нарушенных прав человека и устранения несправедливо достигнутых преимуществ); 2) правильное намерение (т.е. мотив восстановления справедливости, о чем свидетельствует, в т.ч., гарантирование судебных процессов по нарушениям принципов *jus in bello* гражданами государства-победителя); 3) публичное заявление, легитимность власти и внутригосударственная защита прав человека; 4) проведение различия при привлечении виновных к ответственности (между политическими лидерами, офицерами, рядовыми солдатами и гражданским населением); 5) соразмерность (с учетом цели восстановления нарушенных прав человека)⁶⁸⁴. Кроме того, Оренд называет шесть принципов прекращения войны с победившим агрессором: 1) достаточное основание (снижение потерь); 2) правильное намерение; 3) публичное заявление и надлежащая власть; 4) запрет поспешной капитуляции (правило крайнего средства); 5) вероятность успеха; 6) соразмерность (по отношению к отстаиваемым ценностям, например нельзя променять на мир условия минимальной справедливости)⁶⁸⁵. Х. Сисе предлагает схожие критерии прекращения войны: 1) справедливая причина; 2) законные полномочия; 3) ясные договоренности; 4) присутствие сил обеспечения порядка; 5) взаимная справедливость (привлечение военных преступников к ответственности по взаимной договоренности сторон); 6) примирение⁶⁸⁶.

По нашему мнению предложенные Орендом и Сисе принципы крайне непроработаны и слабо обоснованы. Что касается ОRENDA, то в отношении его позиции не ясно и то, как соотносятся между собой «принципы» и «условия». При выработке теории *jus post bellum* представляется более продуктивным исходить из трех условий, названных данным автором, поскольку они сформулированы более ясно и логич-

⁶⁸³ Orend B. *War and international justice. A Kantian perspective*. Waterloo (Ontario), 2000. P. 225-226.

⁶⁸⁴ *Ibid.* P. 232-233.

⁶⁸⁵ *Ibid.* P. 258.

⁶⁸⁶ Сисе Х. Указ.соч. С. 131-132. По сравнению с позицией ОRENDA здесь отсутствуют критерии правильных намерений и соразмерности, но появляются новые критерии ясных договоренностей, обеспечения порядка и примирения; вместо конкретного принципа различия сформулирован общий принцип взаимной справедливости, вместо подробного принципа публичного заявления, легитимности власти и внутригосударственной защиты прав человека сформулирован краткий принцип законности власти.

но, чем принципы, и могут рассматриваться как некие «группы проблем» в рамках *jus post bellum*.

Итак, первая группа проблем касается момента прекращения войны. Но у Орента оно сформулировано слишком узко. Представляется справедливым и очевидным, что война должна прекратиться в тот самый момент, когда перестал удовлетворяться хотя бы один из признанных нами принципов *jus ad bellum*. Именно это и будет «достаточным основанием» прекращения войны. Достижение целей «правого дела» (прекращение имевших место на войне нарушений прав человека и устранение несправедливо достигнутых в ходе войны преимуществ) – наилучший, но не единственный повод для прекращения войны. Войну следует прекратить, например, и в случае, если принцип соразмерности в случае продолжения войны с очевидностью не будет выполнен, либо если имеются разумные основания полагать, что цели «правого дела» могут быть достигнуты невоенными способами (не удовлетворяется критерий крайнего средства). Таково основное правило прекращения войны.

То же самое правило, как мы полагаем, распространяется и на случай капитуляции жертвы в результате победы агрессора. С одной стороны, весьма странно ставить условия для прекращения самообороны, поскольку самооборона является правом, а не обязанностью государства. С другой стороны, государство обязано защищать права человека своих граждан. Поэтому представляется правильным, что Орент обращает внимания на критерии допустимости капитуляции. Государство должно руководствоваться правилом максимального содействия правам человека своих граждан. Следовательно, сдача допустима, когда сопротивление не удовлетворяет требованиям соразмерности, крайнего средства и т.п.

Агрессор должен прекратить войну немедленно. Сложно представить себе исключение из этого правила, когда несправедливо начатая война с учетом изменившихся обстоятельств стала справедливой. Уолцер, чтобы доказать возможность такой ситуации, приводит в пример присутствие американских войск в Ираке, доказывая, с одной стороны, отсутствие у США справедливых оснований для начала войны, а с другой стороны, необходимость присутствия армии США в Ираке для ликвидации последствий необоснованного вторжения⁶⁸⁷. Но вряд ли будет справедливым, если агрессор возьмет на себя роль спасителя в отсутствие санкции самой жертвы или уполномоченного международного органа: его репутация уже испорчена одним самоуправством,

⁶⁸⁷ Gordon D. "Unjust? So What?" Review of *Arguing About War* by Michael Walzer. // *The Mises Review* 10, No. 3 (Fall 2004).

и второе самоуправство ее не спасет. Отсутствие у такого «спасителя» легитимности в глазах местного населения делает невозможным реальное претворение принципов послевоенной реконструкции *jus post bellum*.

Д. Любэн, рассматривая под рубрикой «*jus ex bellum*» вопрос о том, до какого момента следует продолжать боевые действия, утверждает, что существует некий уровень риска возникновения войны, который государства должны считать допустимым с учетом несовершенства международного правопорядка (и называет этот уровень *morally justified/legitimate bearable risk*). Основная мысль данного автора заключается в том, что боевые действия нельзя продолжать ради снижения риска нарушений прав человека в государстве-победителе ниже этого уровня, поскольку в этом случае создаются существенные риски нарушений прав человека в проигравшем государстве (этот принцип автор называет *just management of military risks*)⁶⁸⁸. Однако в чем именно заключается требуемый уровень и как его определить? К сожалению, ученый не дает определенных ответов на эти вопросы⁶⁸⁹. На наш взгляд, определенности можно достигнуть, обратившись к принципам соразмерности и крайнего средства.

Далее, вторая группа проблем касается привлечения к ответственности виновных в военных преступлениях лицах.

Согласно общераспространенному взгляду, политические лидеры ответственны, как правило, за соблюдение принципов *jus ad bellum* (т.е. за развязывание войны), что, конечно, не исключает их возможной ответственности за конкретные военные операции; в обоих случаях степень ответственности определяется полномочиями по занимаемой должности. Военное командование ответственно за соблюдение принципов *jus in bellum* ими самими и подчиненными им солдатами в той мере, в которой оно могло на них повлиять (Уолцер предлагает прави-

⁶⁸⁸ Luban D. Human Rights Thinking and the Laws of War. In J. Ohlin (Ed.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights* (ASIL Studies in International Legal Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 45-77.

⁶⁸⁹ См. подробнее: Blum G., Luban D. *Unsatisfying Wars: Degrees of Risk and the Jus Ex Bello*. // *Ethics*, vol. 125, no. 3. 2015. P. 751-780. Авторы статьи в различных местах утверждают, что 1) боевые действия нельзя продолжать после того, как стал достижимым *modus vivendi* (p. 754); 2) требования обеспечить уровень военной безопасности несравненно более высокий, чем иных видов безопасности, необоснованны (это чисто эвристический принцип *minimum consistency toward risk*, p. 754-755, 763, 773); 3) риски в области военной безопасности предпочтительнее снижать невоенными действиями (p. 777-779); 4) стороны, начавшие войну при уровне фонового риска выше среднего, должны согласиться на окончание войны при уровне фонового риска терпимом, но все же выше среднего, а стороны, которые начали войну при уровне фонового риска ниже среднего, не вправе за счет повышения рисков для мирных жителей другой стороны стремиться к достижению этого довоенного уровня (p. 772).

ло презумпции виновности офицеров). «Мы можем заключить, – пишет П. Кристофер, – что офицеры, которые не предприняли мер по предотвращению военных преступлений, или по аресту и наказанию тех, кто совершил военные преступления, сами разделяют вину в этих преступлениях»⁶⁹⁰. Как правило, наказание политических лидеров и высшего военного командования рассматривается как важный шаг к восстановлению справедливости. Между тем, в научной литературе встречается и точка зрения, согласно которой принцип неотвратимости ответственности не должен быть абсолютным, поскольку этот принцип является лишь одним из многих политических благ: «Долг мира должен перевешивать долг правосудия»⁶⁹¹.

Большее единение ученые демонстрируют во мнении, что рядовые комбатанты, вследствие их обязанности соблюдать приказы командования, далеко не всегда подлежат ответственности за совершенные ими военные преступления. Дж. Ролз категорично утверждает, что солдаты агрессора не могут отвечать за развязывание войны (*jus ad bellum*): «В армию солдаты часто попадают не добровольно, а в результате мобилизации или других форм принуждения; им насильно внушают воинскую идеологию; а их патриотизм часто бесцеремненно эксплуатируется»⁶⁹². С ним солидарны и другие ученые, которые, однако, указывают, что в некоторых случаях солдаты несут ответственность за нарушение *jus in bello*. Так, по мнению Д. Любэна, неправильно требовать от каждого комбатанта рефлексии о справедливости войны, которую они ведут (во-первых, данный вопрос достаточно сложный даже для ученых и философов, во-вторых, политические и боевые условия, при которых этот вопрос ставится, не способствуют его быстрому и правильному решению, в-третьих, сама сущность вооруженных сил предполагает, что приказы командиров предполагаются законными и не обсуждаются). Однако иногда несправедливость войны настолько очевидна, что и комбатант должен ее распознать (в качестве примера автор ссылается на ст. 33 Римского статута Международного уголовного

⁶⁹⁰ Christopher P. The ethics of war and peace. New Jersey, 1994. P. 164. Схожая норма имеется в обычном гуманитарном праве: «Командиры и другие начальники несут уголовную ответственность за военные преступления, совершенные их подчиненными, если они знали или могли знать, что эти подчиненные намереваются совершить или совершают такие преступления, и не приняли всех необходимых и разумных мер в пределах своих полномочий для предотвращения преступлений, или, если такие преступления были совершены, для наказания совершивших их лиц». Хенкертс Ж.-М. Указ.соч. Норма 153.

⁶⁹¹ Bass G.J. *Jus Post Bellum*. // *Philosophy & Public Affairs*, no. 4 (32). 2004. P. 404-406.

⁶⁹² Ролз Дж. Закон народов: неидеальная теория. // *Неприкосновенный запас*. №4 (24). 2002. URL: <http://www.zh-zal.ru/nz/2002/4/rolz.html>.

суда 1998 г.)⁶⁹³. М. Уолцер также делает скидку на затруднительность для комбатанта выносить суждения о справедливости, но в качестве примера, где возможна ответственность простых солдат, называет массовое убийство в Сонгми (1969)⁶⁹⁴. Сегодня нормы обычного международного гуманитарного права также гласят, что комбатант не имеет права подчиняться явно незаконному приказу командира, а подчинение такого приказа не освобождает его от ответственности⁶⁹⁵. Кроме того, Уолцер предлагает различать «иерархические» и «внешние» моральные обязанности офицеров и комбатантов⁶⁹⁶. Так, несмотря на то, что воинская субординация не предполагает заботы о нематериальных объектах и гражданском населении противника, это не снимает с офицеров и комбатантов определенные обязанности (например, не снижать свои риски за счет гражданского населения, даже если это может стоить им жизни).

Д. МакМахан и Б. Оренд более «оптимистично» оценивают способности солдат выносить суждения о справедливости, причем как по вопросам *jus ad bellum*, так и по вопросам *jus in bello*. Для М. Уолцера ответственность солдат за развязывание войны, то есть за нарушение принципов *jus ad bellum*, исключена, в связи с чем он полагает, что мы можем ставить лишь вопрос о том, виновен ли солдат в нарушении принципов *jus in bello*. Но МакМахан, возражая, говорит о том, что солдаты не должны всецело полагаться на политических лидеров и военачальников в вопросах о начале войны: во-первых, в прошлом очень часто солдаты участвовали в несправедливых войнах именно потому, что их правители ошибались или обманывали их, во-вторых, несмотря на важность воинской дисциплины, справедливо начатые войны (в отличие от начатых несправедливо) редко кажутся их участникам начатыми несправедливо, поэтому если имеются сомнения в обоснованности развязывания войны, у этих сомнений, как правило, есть основания⁶⁹⁷. Мы видим, что оба этих аргумента покоятся на социологических допущениях. Представляется поэтому, что следует установить для солдат презумпцию справедливости той войны, которую начало их правительство, а следовательно, и презумпцию подчинения ему. Но МакМахан предла-

⁶⁹³ Luban D. Knowing When Not to Fight. / In (Ed.), *The Oxford Handbook of Ethics of War*. Oxford University Press, 2018. URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199943418.001.0001/oxfordhb-9780199943418>.

⁶⁹⁴ Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration*. New York, 2006. P. 309-316.

⁶⁹⁵ Хенкерцс Ж.-М. Указ.соч. Нормы 154-155.

⁶⁹⁶ Walzer M. *Arguing about war*. New Haven & London: Yale University Press, 2004. P. 23-32.

⁶⁹⁷ McMahan J. *The Ethics of Killing in War*. // *Ethics*, vol. 114, no. 4, 2004. P. 703-704.

гает и более фундаментальный аргумент, не связанной с оценкой вероятностей. Действительно, подобно гражданским и правоохранительным служащим, военнослужащие должны сохранять некоторую лояльность институтам, которым они служат. Однако ученый настаивает, что некоторые общественные институты настолько несправедливы, что теряют свою легитимность, и у человека отсутствуют моральные обязательства поддерживать их, скорее существуют моральные обязательства их не поддерживать (кроме того, даже справедливый институт может поручить совершить несправедливое дело)⁶⁹⁸. Другие авторы по схожим мотивам оспаривают правомерность действий солдат, защищающих свое правительство от международного сообщества, правомерно действующего в рамках гуманитарных интервенций⁶⁹⁹.

Этот тезис спровоцировал постановку многими учеными другой проблемы: если солдаты должны вопреки указаниям начальства отказаться от участия в несправедливой войне, имеют ли они аналогичную обязанность участвовать в справедливой войне в случае, если это противоречит указаниям начальства?

Вместе с тем, МакМахан полагает, что в большинстве случаев солдаты государства-агрессора не подлежат ответственности за участие в несправедливо развязанной войне, однако вовсе не в силу их невиновности. Здесь он приводит прагматические аргументы: во-первых, весьма проблематично организовать привлечения такого огромного числа людей к ответственности, тем более что у большинства из них найдутся извинительные причины (не знал всех обстоятельств, был подвержен пропаганде и влиянию политиков, был принужден и не мог отказаться под угрозой серьезного наказания и т.п.); во-вторых, привлечение к ответственности будет организовывать государство-победитель, но в таком случае он будет судьей в своем деле, и справедливость приговоров окажется под сомнением; в-третьих, угроза суда будет удерживать солдат страны-агрессора от добровольной капитуляции⁷⁰⁰. Последний, третий аргумент, который МакМахан приводит

⁶⁹⁸ Ibid. 704-708.

⁶⁹⁹ Gross M. L. Op. cit. P. 48.

⁷⁰⁰ McMahan J. The Ethics of Killing in War. // Ethics, vol. 114, no. 4, 2004. P. 731. См. также: McMahan J. Morality, Law, and the Relation Between Jus Ad Bellum and Jus in Bello. // Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), vol. 100, 2006. P. 114. Некоторые ученые пытаются доказать, что там, где МакМахан готов усмотреть извинительные обстоятельства («excuses»), на самом деле могут быть даже основания для оправдания («justifying»). Эта точка зрения кажется малоубедительной. Согласно большинству юридических, убийство невинных лиц не может быть оправдано даже тогда, когда отказ лица от такого убийства грозит смертью ему самому (см. ст. 39 УК РФ о крайней необходимости). И хотя убийство в ответ на посягательство может быть оправдано в рамках необходимой обо-

не всегда, оспаривает Д. Родин, утверждающий, что угроза суда, напротив, будет изначально воздействовать на солдат страны-агрессора при их решении вступить в бой⁷⁰¹. Со своей стороны отметим условность и принципиальную преодолимость затруднений, связанных с первыми двумя аргументами.

Ответственность гражданского населения является предметом дискуссий. С одной стороны, оно не может быть признано виновным в развязывании несправедливой войны, поскольку не принимает непосредственного решения об этом. С другой стороны, кажется разумным, что в такой ситуации каждый человек как моральное существо «должен сделать все возможное, за исключением принятия пугающих рисков, чтобы предотвратить или остановить войну»⁷⁰². Дж. Ролз выступает против ответственности гражданского населения «необустроенных государств», так как оно неспособно повлиять на политику своих властей. Однако в демократических государствах, в отличие от авторитарных, народ имеет большие возможности по влиянию на решения политических лидеров, и на это обращают внимание другие авторы. По мнению Б. Оренда, «в той степени, в которой соответствующее государство является демократическим, моральная ответственность за развязывание войны может быть разумно воспринята как распространенная на всех граждан»⁷⁰³. Проблема, однако, заключается в том, что даже «задним умом» далеко не всегда понятно, что мог сделать конкретный человек, и что он должен был сделать. Вероятно, в худшем случае его можно упрекнуть в том, что он плохой гражданин, но не в том, что он несет общую со всеми ответственность за развязывание войны. Некоторые, впрочем, считают ответственным и среднестатистического немца нацистской Германии, хотя это государство явно не было демократическим⁷⁰⁴. М. Уолцер, в свою очередь, возлагает особую ответственность на политическую элиту, поскольку у ее членов, как правило, больше возможностей по влиянию на принятие решений о начале войны, чем у обычных граждан⁷⁰⁵. Короче говоря, основная идея заключается в том, что чем больше у человека возможностей, тем больше

роны (ст. 37 УК РФ), эта ситуация не распространяется на оборону агрессора от правомерного принуждения. См. об этом: *Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers.* / ed. by Rodin D. and Shue H. New York, 2008. P. 62.

⁷⁰¹ Ibid. 112-130.

⁷⁰² Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration.* New York, 2006. P. 301.

⁷⁰³ Orend B. *War and international justice. A Kantian perspective.* Waterloo (Ontario), 2000. P. 177.

⁷⁰⁴ Сисе X. Указ.соч. С. 64.

⁷⁰⁵ Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration.* New York, 2006. P. 302.

он должен сделать, и тем большая ответственность на нем лежит. От ответа на вопрос о виновности гражданского населения зависит вопрос и о допустимости репараций. Если обратиться к современному международному праву, то исследователи отмечают его развитие в направлении отказа от коллективной ответственности и неизбирательного наказания граждан посредством чрезмерных требований о возмещении ущерба или санкций, либо, по крайней мере, учета экономического потенциала государства-нарушителя и минимально допустимых стандартов в сфере социально-экономических прав его населения⁷⁰⁶. Часто утверждается, что репарации должны быть не слишком обременительными и выплачиваться, в первую очередь, за счет конкретных военных преступников, а также лиц, кто поддерживал войну и наживался на ней⁷⁰⁷.

При решении вопроса о возможности привлечения к ответственности за развязывание войны и военные преступления рядовых солдат и мирных жителей следует задать и такой вопрос: возможно ли обвинять человека в совершении преступления, которое совершило большинство его сограждан? Как представляется, сами по себе стандарты справедливости не зависят от мнений и решений большинства, но деликтоспособность лица зависит от среднестатистических действий и способностей, и в этом смысле критерий большинства играет свою роль. Так, следует считать виновным каждого солдата, который, понимая, что его государство проявляет агрессию, по приказу этого государства взялся за оружие, даже если таковых окажется подавляющее большинство; но мы не должны требовать от рядового солдата способности распознавать агрессивный характер войны, если для большинства солдат в его ситуации таковой не был бы очевиден. Аналогично мы должны осудить политическую позицию тех людей, способствовали развязыванию очевидно агрессивной войны, даже если таковых окажется подавляющее большинство, но мы не вправе требовать от человека такого поиска свидетельств (не)справедливости войны и такого их анализа, которые не соответствуют принятым у большинства.

Наконец, третья группа проблем касается обеспечения долгосрочных оснований мира и безопасности, связанных с изменением довоенного status quo. Эта сфера в науке проработана в наименьшей степени. Если обратиться к тем предложениям, которые высказываются западными учеными, то они обычно сводятся к двум идеям. Во-первых,

⁷⁰⁶ Stahn C. «Jus ad bellum», «jus in bello»... «jus post bellum»? Rethinking the Conception of the Law of Armed Force. // The European Journal of International Law. Vol. 17. no.5. P. 939-940.

⁷⁰⁷ Bass G.J. Jus Post Bellum. // Philosophy & Public Affairs, no. 4 (32). 2004. P. 408-411.

утверждается, что стороны конфликта должны достичь таких договоренностей, которые обеспечат невозможность повторного начала боевых действий. Однако это кажется слишком общей и нереалистичной рекомендацией. Вот лишь некоторые риторические вопросы: все ли условия добровольного соглашения будут априори справедливыми? не делает ли неравенство сторон в послевоенной ситуации любое соглашение недобровольным? что делать, если стороны не достигнут такого соглашения? Во-вторых, предложения ученых сводятся к созданию такого послевоенного надгосударственного правопорядка, который исключит дальнейшие войны. Здесь авторы (М. Уолцер, Б. Оренд, А. Этциони, О. Хёффе и др.) соревнуются в своих проектах мирового политического порядка. Но, как представляется, данная проблематика уже выходит за пределы непосредственно теории справедливой войны, поскольку относится к области политики.

На наш взгляд, действительно существенный вклад в решение рассматриваемой группы проблем внес доклад «Обязанность защищать», в котором предусмотрены следующие направления послевоенной «перестройки»: 1) Безопасность (разоружение, демобилизация, создание новых вооруженных сил и правоохранительных органов); 2) Правопорядок (восстановление деятельности судебных и правоохранительных органов, принятие базовых послевоенных нормативно-правовых актов, создание условий для возвращения беженцев); 3) Развитие (снятие экономических санкций, создание условий для экономического роста и скорейшее переложение ответственности за развитие на местные органы). По мнению авторов доклада, полезные рекомендации для послевоенной «перестройки» могут быть выработаны при конструктивной адаптации гл. XII Устава ООН о международной системе опеки (напр. ст. 76 Устава ООН предполагает способствование политическому, экономическому и социальному прогрессу населения территорий, находящихся под опекой, его прогрессу в области образования и его прогрессивному развитию в направлении к самоуправлению или независимости, как это может оказаться подходящим для специфических условий каждой территории и ее народов и имея в виду свободно выраженное желание этих народов, а также поощрение уважения прав человека и основных свобод). Особое внимание авторы доклада уделяют проблеме пробуждения местной инициативы (созданию политических процессов, способствующих перекладыванию ответственности за послевоенную «перестройку» и за кооперацию враждующих групп с международными на местных акторов).

Глава шестая. Уравнивающая и распределяющая справедливость

Данная глава может быть названа ключевой для всего исследования в том смысле, что именно уравнивающая и распределяющая справедливость, в конечном счете, отвечают на вопрос о том, что именно призваны защищать процессуальная и воздающая справедливость, справедливая война, справедливый международный и внутригосударственный порядок. Поэтому именно здесь сосредоточены основные сложности претворения идеи равенства лиц. Конечно, мы не ставили целью рассмотреть все эти сложности безграничной, по существу, сферы общественных отношений. Задача была скромнее: рассмотреть некоторые основные проблемы, и через них очертить предмет двух обозначенных видов справедливости.

Уравнивающая справедливость имеет дела с частным правом, в нее входит теория договорной справедливости. Казалось бы, поскольку идея равенства является общепризнанной догмой, постольку никто всерьез не оспаривает равенство сторон договора. Но сразу же возникают вопросы, например: кто может быть стороной договора? какие договоры стороны не вправе заключать, а какие – обязаны заключить? Эти вопросы показывают, что даже в области договорной справедливости согласие вовлеченных сторон, вопреки расхожему мнению, само по себе не является определяющим признаком справедливости.

И всё же, наиболее сложные и фундаментальные споры касаются проблем распределения, охватываемых множеством отраслей публичного права. Как мы полагаем, именно вопрос распределения материальных благ является ключевым при разграничении современных политических идеологий, каждая из которых по-своему понимает идею равенства. Эти вопросы мы рассмотрим в контексте права на достойное человеческое существование.

Завершается глава рассмотрением проблем межпоколенческой справедливости. Этот вид справедливости одними учеными понимается как часть уравнивающей справедливости («договор между поколениями»), другими – как часть распределяющей («распределение богатств во времени»). Принцип равной заботы и уважения, применяемый к различным поколениям, сталкивается здесь с т.н. дисконтированием будущего, предусматривающим меньшую заботу о будущем, чем о настоящем. Но, как мы покажем, в определенных рамках противоречия в этих идеях отсутствуют.

В ходе рассмотрения проблем, связанных с отношениями между поколениями, мы приходим к собственному выводу, согласно которому ключевым в межпоколенческой справедливости (по крайней мере, если мы рассматриваем не сосуществующие в одно время поколения) является понятие ответственности, а потому саму ее следует считать частью теории справедливого «наказания» (т.е. юридической ответственности в целом, в данном случае деликтной). Но следуя традиции, мы всё же помещаем соответствующий параграф в главу, посвященную уравнивающей и распределяющей справедливости (так, проблемы взаимоотношения сосуществующих поколений действительно покрываются этими двумя видами справедливости).

§ 1. Договорная справедливость: предмет и основные начала

Среди философов и политиков теории договорной справедливости сегодня уделяется крайне мало внимания. В результате соответствующая проблематика исследуется лишь юристами в рамках общей теории договора или сравнительного правоведения, и этим исследованиям, очевидно, недостает междисциплинарности. Идея данного параграфа состоит в том, чтобы показать, как теория договора может развиваться в русле теории *справедливого* договора, т.е. поиска принципов *должного*, которыми следует руководствоваться законодателю при правовом регулировании договорных отношений. Выявив такие принципы, мы будем способны определить, чей и какой именно интерес подлежит приоритетной защите в той или иной ситуации.

В чем предмет договорной справедливости? В научной литературе договор вообще определяется как согласованная воля сторон, выраженная посредством обособленных волеизъявлений и направленная на регулирование отношений с их участием⁷⁰⁸. В этой связи ключевым аспектом договорной справедливости должно стать рассмотрение человеческой воли как (психической) способности к целеполаганию

⁷⁰⁸ Здесь мы свели воедино определения, даваемые М.Ф. Казанцевым и В.В. Ивановым, и которые нам наиболее близки. См.: Казанцев М.Ф. Философия договора: первое приближение к решению научной задачи. // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия "Философия". №3. 2012. С. 128; Казанцев М.Ф. Понимание гражданско-правового договора: традиционные взгляды и новые подходы // Антиномии. 2002. №3. С. 281-282; Иванов В.В. Общая теория договора. М., 2006. С. 70. Как представляется, у данных авторов гораздо больше общего, чем различного во взглядах на понятие договора. На всякий случай уточним, что под "согласованной волей" следует понимать не полную тождественность мотивов и целей сторон договора, а только общность их намерений связать определенными правами и обязанностями тех или иных субъектов права, в первую очередь друг друга.

(принятию осознанных и разумных решений) и как самого целеполагания⁷⁰⁹, а также ее связи с волеизъявлением, и, наконец, рассмотрение моральной значимости согласия и взаимовыгодности договорного регулирования. В конечном счете, это позволит сделать выводы о справедливости тех или иных ситуаций, связанных с недействительностью, заключением, изменением, расторжением и даже толкованием⁷¹⁰ договоров.

В гражданском праве понятие воли тесно связано со способностью лица, обусловленной его психическим состоянием, понимать значение своих действий или руководить ими (ст.ст. 21, 177 ГК РФ), т.е. дееспособности, в уголовном праве воля увязывается со способностью лица, обусловленной его психическим состоянием, осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими (ст.ст. 20 ч.3, 21, 22 УК РФ), т.е. вменяемостью. На философском уровне понятия дееспособности и вменяемости, как видится, можно отождествить, хотя юридически между ними есть отличия (напр., дееспособность достаточно жестко привязана к возрасту). Таким образом, и в гражданском, и в уголовном праве юристы апеллируют одновременно к двум критериям: во-первых, к медицинскому (состояние и развитие психики, наличие психических заболеваний), во-вторых, к юридическому (и здесь выделяются, с одной стороны, интеллект как осознание и понимание, с другой стороны, собственно воля как возможность руководить своими действиями). Широкое понимание воли, как представляется, может включать оба этих критерия. Человек обладает волей в той степени, в которой он дееспособен и вменяем.

⁷⁰⁹ Понятие воли в юридической литературе не менее дискуссионно, чем понятие договора. Обзор точек зрения см., напр., в: Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 1; Петров А. Ю. Гражданско-правовое значение воли и волеизъявления в сделке // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2007. №45. В своем определении мы исходим из невозможности противопоставления сознания и воли и солидаризируемся в этом с данными авторами: Шепель Т. В., Балашов П. П. Понимание сознания и воли в психологии и праве: сравнительный анализ. // Вестник ТГПУ. 2006. №2. Как представляется, недалеко от истины был Р. Штаммлер, когда писал: "Цель – это подлежащий осуществлению объект. Представление об известном предмете как о том, что должно быть произведено, называется *волей*". См.: Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Том 2. СПб., 1907. С. 8. Но в этом определении не учтен аспект воли как самой способности к названным представлениям.

⁷¹⁰ Применение определенных правил толкования как способа исправления несправедливости договора часто забывается на фоне прочих конструкций. Об этом см., напр.: Сокольникова Т.И. Правило толкования договоров *contra proferentem* как средство косвенного контроля за справедливостью содержания договора // Российский юридический журнал. 2017. N 1.

Для теории справедливого договора сказанное касается, в первую очередь, анализа предусмотренных в законе оснований недействительности договора. Такие основания связываются обычно как с пороком воли, так и с пороками субъекта, формы и содержания договора. Тем не менее, при ближайшем рассмотрении понятие воли всё же остается ключевым.

Так, в случае, когда воля лица как способность к целеполаганию отсутствует или недостаточно сформирована (лицо *de jure* или *de facto* не является дееспособным в той мере, в которой это необходимо для совершения соответствующей сделки), принято говорить о пороке субъекта (ст.ст. 171–172, 175–177 ГК РФ), но по сути договор не может считаться действительным именно в силу недостатка воли.

Аналогичные последствия влекут собственно "пороки" воли как целеполагания: во-первых, несовпадения воли и волеизъявления, то есть случаи, когда лицо имеет сформировавшуюся волю (мотив), но по тем или иным причинам выражает нечто отличное от нее (ст. 170, ст. 178 ГК РФ или выделяемое в общем праве "обоюдное заблуждение"), во-вторых, пороки образования воли, когда воля одной из сторон формировалась несвободно, так как здесь нельзя говорить о согласованной воле сторон (ст. 179 ГК РФ). При этом законодатель, по всей видимости, исходит из того, что другая сторона либо знала об этом "пороке воли" и злоупотребила им, либо же сама незаконно создала его (см. п. 5 ст. 178 и п. 3 ст. 179 ГК РФ). Иными словами, имеет значение не столько порочность воли одной из сторон, сколько то, "мог ли судить о воле стороны в момент заключения договора ее контрагент"⁷¹¹ и вызвана ли эта порочность неправомерными действиями.

Перечисленные основания недействительности договоров прямо следуют из самого понятия договора, и теория договорной справедливости в этом случае должна помогать выявлять те положения действующего законодательства, которые не учитывают действительные особенности воли тех или иных лиц (их дееспособность и в частности сделкоспособность). Например, когда законодательство не учитывает возможность достижения известной психической зрелости раньше установленного возраста (п. 2 ст. 21, ст. 27 ГК РФ), либо наоборот, возлагает на фактически не полностью дееспособны лиц бремя ответ-

⁷¹¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (кн.1). М., 2001. (Гл. III, пар. 3.) // СПС КонсультантПлюс.

ственности за совершенные ими акты⁷¹², а также когда оно недостаточно различает степени утраты дееспособности⁷¹³. Критерии сделок способности не могут быть даны раз и навсегда, так как зависят, с одной стороны, от характеристик гражданского оборота и развития общества в целом, с другой стороны, от изменяющихся в ходе истории особенностей самой человеческой психики и представлений о разумности. В изложенном смысле договорная справедливость выполняет ту же функцию, что и воздающая справедливость, которая препятствует привлечению к ответственности невменяемых, неделиктоспособных и не-свободно действующих лиц, но делает потенциально ответственными всех остальных.

В свою очередь основания недействительности договоров, связанные с несоблюдением (пороком) формы (п. 2 ст. 162, п. 3 ст. 163 ГК РФ и др.), в общем виде могут быть охарактеризованы как реализация таких положений законодательства, которые с целью обеспечения выявления действительной воли (целеполагания) сторон устанавливают особые требования к их волеизъявлению. Регулируя форму договора, законодатель должен учитывать фактическую (утилитарную) потребность гражданского оборота в таких мерах.

Когда воля сторон, способных формировать и сформировавших эту волю, надлежащим образом согласована, договор, как правило, считается действительным. Но теория договорной справедливости не останавливается на этом, и не каждый действительный договор следует считать справедливым.

Так, многочисленные случаи, при которых возможно изменение или расторжение договора в одностороннем порядке или неисполнение

⁷¹² На наш взгляд, этот аспект недостаточно учитывается нашим законодателем в ситуациях, когда мошенники пользуются излишней доверчивостью пожилых людей, не сумевших адаптироваться к условиям рыночной экономики после развала СССР, и уговаривая их совершить те или иные сделки. Речь идет не о недееспособности отдельных лиц, вызванной психическими заболеваниями, а о возрастных особенностях "обычной старости", которые также необходимо учитывать. Некоторые предложения см. в: Барков А.В. Эволюция идеи о старческой дееспособности в современном российском наследственном праве // Наследственное право. 2009. N 3.

⁷¹³ На последний аспект указал Конституционный суд РФ в Постановлении от 27.06.2012 N 15-П "По делу о проверке конституционности пунктов 1 и 2 статьи 29, пункта 2 статьи 31 и статьи 32 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И.Б. Деловой", после чего в ст. 30 ГК РФ были внесены изменения, допускающие ограничение, а не лишение дееспособности лиц, которые способны понимать значение своих действий или руководить ими лишь при помощи других лиц. До этого только уголовное право знало институт ограниченной вменяемости. Сегодня высказываются обоснованные предложения ввести аналогичный институт в административном праве. См., напр.: Секретарева Т.М. Ограниченная вменяемость как институт, неизвестный административному праву Российской Федерации // Российский судья. 2015. N 7.

его условий без каких-либо нарушений договора другой стороной (напр., ст.ст. 401 п. 3, 451 ГК РФ), демонстрируют очевидность того, что такой принцип, как *pacta sunt servanda* (договоры должны исполняться), а равно общее моральное требование исполнения обещаний (договор в этом контексте можно понимать как "двустороннее обещание"⁷¹⁴) не являются абсолютными. Волевая способность человека имеет свои пределы, и хотя каждый человек должен осознавать риск изменения тех обстоятельств, при которых заключался договор, иногда эти обстоятельства изменяются таких сильно, что требовать от стороны учета подобных рисков просто неразумно. На выражение этой идеи так или иначе направлены европейские доктрины "оснований сделки" (*Geschäftsgrundlage*), "непредвиденности" (*théorie l'imprevision*) и "тщетности договора" (*frustration of contract*). Мы полагаем, что законодатели и суды вполне обоснованно устанавливают очень жесткие критерии для исключения из принципа *pacta sunt servanda* и т.н. оговорки о неизменности обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*), порой весьма скептически относясь к тем или иным доктринам. И всё же нельзя не подчеркнуть, что во имя справедливости необходимо постоянно искать оптимальный баланс между стабильностью правопорядка (гражданского оборота) и возможностью индивидуального подхода в каждой конкретной ситуации. Ключевыми при нахождении такого баланса, как и в вопросах недействительности сделок, являются общепринятые представления о способностях человеческой воли, а значит и о должном уровне разумности участников гражданского оборота.

Кроме того, в научной литературе⁷¹⁵ (как правило, со ссылками на ст.ст. 10, 428 ГК РФ, ст. 42 (ч. 3) СК РФ, законодательство о защите конкуренции и о защите прав потребителей, Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 16 "О свободе договора и ее пределах" и зарубежный опыт) выработано понятие несправедливого договора. Таким считается договор, который одновременно: во-первых, заключался в условиях явного неравенства переговорных возможностей сторон (т.е. когда одна из сторон не имела возможности влиять на договорные условия или была существенно ограничена в этом, например при подписании стандартизированных форм договора, подписании договора с монополистом, стечении тяжелых жизненных обстоятельств, чрезмер-

⁷¹⁴ Бекленищева И.В. Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора. // Цивилистические записки. Вып. 3. 2004. С. 373-375.

⁷¹⁵ См., напр.: Сурнина О.С. Проблемы правового регулирования договоров с несправедливыми условиями. // Проблемы экономики и юридической практики. №2. 2017; Мягкова О.И. Защита слабой стороны от несправедливых условий договора в российском гражданском праве. // Российский юридический журнал. 2016, N 1.

ном влиянии другой стороны, отсутствии специальных познаний и опыта, необходимого времени и ресурсов и т.п.); во-вторых, содержит явно обременительные (крайне невыгодные или неблагоприятные) для одной из сторон условия (исходя из ее разумно понимаемых интересов) и тем самым нарушает баланс интересов сторон (судебная практика признает включение при вышеизложенных обстоятельствах таких условий в договор злоупотреблением правом). В подобных случаях воля каждого участника договора, быть может, и выражена свободно и недвусмысленно, но этого всё-таки недостаточно для торжества справедливости. Так, законодатель учитывает не только несвободу или некорректность волеизъявления, но и, например, транзакционные издержки⁷¹⁶, вынуждающие согласиться на имеющийся вариант договора, а также различный уровень знаний. Эти и другие критерии подразумеваются в таком ходячем термине, как "слабая сторона договора" (естественно, "слабая" позиция не должна быть вызвана виновными действиями или бездействиями самой этой стороны, иначе термин теряет смысл).

Приведенное понятие несправедливого договора, как видно, включает процедурный и материальный компоненты: учитываются, с одной стороны, особенности самого процесса заключения договора, с другой стороны, содержание договора⁷¹⁷. Ущербность согласия одной из сторон (не вызванная противоправными действиями другой сторо-

⁷¹⁶ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М., 2000. Т. 2. С. 21.

⁷¹⁷ Богданов Д.Е. отмечает, что в современной цивилистике имеется тенденция признавать договоры несправедливыми при наличии только материальных, но не процессуальных критериев. Богданов Д.В. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве. М., 2013. С. 46. Но, как представляется, данный вывод основан на неверной интерпретации данным автором практики снижения размера взыскиваемых сумм на том основании, что запрашиваемый истцом размер является злоупотреблением правом (ст.ст. 10, 333, ч. 6 ст. 395 ГК РФ, ч. 1 ст. 100 ГПК РФ, ч. 2 ст. 110 АПК РФ и др.). Дело в том, что в подобных случаях требуемый одной сторон ко взысканию размер столь явно не соответствует ее возможным убыткам, что налицо воля не только возместить убытки, но и обогатиться (или устранить негативные последствия своих неразумных трат) под предлогом привлечения другой стороны к ответственности. Иными словами, мы имеем дело либо с несовпадением воли и волеизъявления стороны истца, что является основанием для признания соответствующего акта недействительным (ст.ст. 10, 168 ГК РФ), либо с отсутствием причинно-следственной связи между действиями ответчика и убытками истца, что исключает ответственность первого (ст.ст. 393 ч.1, 404 ч. 1 ГК РФ). Сказанное означает, что философский вопрос о справедливости договора в рассматриваемых ситуациях вообще не встает: имеется, скорее, вопрос о том, действителен ли договор и справедлива ли ответственность за его нарушение. Справедливость установленных законом штрафных неустоек может быть обоснована, например, тем обстоятельством, что в подобных случаях у потерпевших очень часто возникают убытки, которые сложно доказать в суде (в этом случае неустойка сверх доказанных убытков может их покрыть).

ны) сама по себе недостаточна для того, чтобы считать договор несправедливым: требуются также доказательства невыгодности договора (именно они и будут рассматриваться как злоупотребления "сильной" стороны, ведь будучи добросовестными, стороны должны тем яснее доводить друг до друга условия договора, чем они обременительнее⁷¹⁸). Но и невыгодные условия сами по себе не делают договор несправедливым, так как должна быть еще и ущербность согласия на такие условия. В случаях же, когда согласие не является ущербным, договор не может считаться несправедливым, если только законодатель по справедливым основаниям не ограничил саму возможность договорного регулирования. Именно на этой максиме основано правило о связанности лица своей офертой (п. 2 ст. 435 ГК РФ), хотя в различных правопорядках степень и условия этой связанности различны.

Изложенное понимание несправедливого договора, помимо прочего, позволяет объяснить феномен т.н. "принудительных договоров". Дело в том, что иногда обязанность заключить договор с конкретным лицом на конкретных условиях связана с ранее данным обещанием сделать это, например при заключении договора в связи с победой на торгах (ст. 448 ГК РФ) или в связи с ранее заключенным предварительным договором (ст. 429 ГК РФ): в таких случаях компонент согласия следует считать присутствующим. Но иногда закон предусматривает обязанность заключить договор даже тогда, когда лицо не давало предварительного согласия на его заключение. Это, например, все публичные договоры, которые предприниматель обязан заключить с любым желающим на единых условиях (ст. 426 ГК РФ), или госконтракты, обязательные для монополистов (п. 7 ст. 3 п. 2 ст. 5 Федерального закона от 13.12.1994 г. №60-ФЗ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд", п. 4 ст. 9 Федерального закона от 29.12.1994 №79-ФЗ "О государственном материальном резерве", ч. 6.1 ст. 6 Федерального закона от 29.12.2012 г. №275-ФЗ "О государственном оборонном заказе" и др.). Поскольку в подобных случаях закон предполагает взаимовыгодность договора, постольку сама по себе ущербность согласия одной из сторон не становится причиной несправедливости договора. Важно также отметить, хотя что в подобных случаях и имеется "порок воли" одной из сторон, но сформировался он без неправомерных действий или злоупотреблений другой стороны, а потому сделка считается действительной.

Сложнее разрешить другую проблему, а именно проблему критериев и способов, по которым можно определить невыгодность, не-

⁷¹⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ.соч. С. 29.

благоприятность или несбалансированность обмена. Должны ли мы делать это путем использования субъективных или объективных критериев; допуская любую минимальную взаимовыгодность или только строгую эквивалентность обмена?⁷¹⁹ В научной литературе высказывается точка зрения, что отсылка к субъективным критериям способна оправдать вообще любой договор⁷²⁰. Но это не совсем так: субъективно в момент заключения сделки лицо может считать сделку Парето-эффективной, но в последующем оценить ее долгосрочные последствия или иные факторы, и изменить свой взгляд на предельную полезность для себя этой сделки (см., напр. п. 1 ст. 178 ГК РФ). Поэтому не всякая сделка, добровольно и осознанно заключенная человеком, является для него субъективно выгодной. И всё же, чтобы апеллировать в судах не только к своему изменившемуся желанию, предпочтение следует отдать объективным критериям, таким как рыночная цена или то, что в бухгалтерском учете и в экономической мысли называется "fair value". Применительно к понятию справедливого договора важно понимать, на что бы согласилась "слабая сторона договора", если бы не те причины, которые обуславливают ее слабость. И в этом смысле отсылка к обыкновенным рыночным условиям вполне уместна⁷²¹. При этом должны учитываться и возможные неимущественные интересы сторон (см., напр., ст. 26 Кодекса европейского договорного права).

Что же касается общего правила о недействительности сделок, противоречащих закону (ст.ст. 168–169 ГК РФ и др.), и ситуаций, когда волю на заключение которых выразило неуполномоченное лицо (ст.ст. 173–174, 183 ГК РФ), то они либо вызваны скорее общими принципами справедливости, обуславливающими границы свободы договора, чем собственно принципами договорной справедливости, либо, наоборот, коррелируют с отдельными видами договорных правоотношений, а не с их принципами. Относительно первой ситуации мы отметим лишь, что в цивилистике уже очень давно (с учетом критики *laissez-faire* и

⁷¹⁹ Богданова Е.Е. Возмездность и эквивалентность в гражданском праве Российской Федерации. // Законодательство и экономика. 2016, № 5.

⁷²⁰ Богданов Д.В. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве. М., 2013. С. 15-16.

⁷²¹ Вместе с тем, вопрос о причинах неравноценности обмена может встать и в других ситуациях (не связанных с неравенством переговорных возможностей сторон), тогда значимыми критериями окажутся иные (в частности, была ли неравноценная сделка лишь мнимой или притворной, не была ли одна из сторон введена в заблуждение или понуждена к сделке и пр.), и соответственно другими будут последствия. Здесь же заметим, что договор, ставящий стороны в неравные условия, сам по себе не является невыгодным, в противном случае пришлось бы считать таковым трудовой договор, который сам по себе ставит работника в подчинение к работодателю.

нарастания движений за социально-экономические права) считается очевидной ограниченность принципа свободы договора⁷²², а в политической теории и практике активно оспаривается либеральный принцип максимизации равных свобод. Что касается второй ситуации, то здесь обычно предусматриваются императивные условия договора, предотвращающие типичные ситуации договорной несправедливости.

Вышеизложенное позволяет заключить, что теория договорной справедливости, будучи составной частью общей теории договора, включает множество самых различных вопросов, начиная от понятия воли, вменяемости, дееспособности и сделкоспособности, и заканчивая критериями справедливости при заключении, изменении, расторжении договоров и признании их недействительными. При этом, как отмечает В.В. Иванов, "ни договорная свобода, ни договорное равноправие, ни соглашение, ни обязательность договора" к универсальным признакам договора не относятся, "поскольку были, есть и несомненно будут существовать принудительные договоры, неравноправные договоры, договоры, не основанные на соглашении, т.е. на согласовании условий, и договоры, допускающие одностороннее прекращение, выход из них и пр."⁷²³. Мы со своей стороны полагаем возможным добавить (хоть это и следует прямо из рассуждений цитируемого автора), что названные признаки не являются и безусловными свидетельствами справедливости договора, а значит перед теорией справедливого договора стоят весьма непростые и требующие постоянного внимания вопросы.

§ 2. Право на достойное существование

Русская дореволюционная философия права. Дискуссии о праве на достойное человеческое существование, характерные для отечественной философской мысли конца XIX – начала XX веков, были тесно связаны с зародившимися в то время на Западе идеями "нового", или "социального" либерализма, который, наряду с марксистскими, социал-демократическими и иными течениями выступил теоретической основой закрепления прав человека нового поколения, а именно социально-экономических.

Впервые о праве человека на достойное существование в России заявил Вл. Соловьев в своем *magnum opus* "Оправдание добра", где автор указывает, что человек должен восприниматься не только как средство, но и как цель общей деятельности. Именно отношение к ра-

⁷²² Подр. см.: Иванов В.В. Указ.соч. С. 84-109.

⁷²³ Иванов В.В. Указ. соч. С. 137-138.

бочему и крестьянину как к цели, а не конкретный уровень материального богатства, философ видел главным критерием достойного существования. Несовместимым с человеческим достоинством Вл. Соловьев называл труд: 1) имеющий исключительно и грубо механический характер ("унизительный"); 2) требующий чрезмерного напряжения мускульной силы ("тяжелый"); 3) "сам по себе не тяжелый и не унижительный", но который "по своей ежедневной продолжительности поглощает *все* время и *все* силы рабочего, так что те немногие часы, которые прерывают работу, необходимо отдаются физическому отдыху, а для мыслей и забот идеального и духовного порядка не остается времени и сил"⁷²⁴. Труд каждого из этих видов препятствует личностному развитию, поскольку даже после окончания рабочего дня и в выходные дни у человека остается лишь "потребность разгула и самозабвения", а не желание самосовершенствования. Размер заработка, впрочем, также может сказать о недостойном существовании. Соловьев приводит в пример случаи, когда размер заработка оказывает влияние на продолжительность жизни⁷²⁵. Общий вывод философа таков: "Итак, с нравственной точки зрения требуется, чтобы каждый человек имел не только обеспеченные средства к существованию (т.е. пищу, одежду и жилище с теплом и воздухом) и достаточный физический *отдых*, но чтобы он мог также пользоваться и *досугом* для своего духовного совершенствования. Это и *только это* требуется *безусловно* для всего крестьянина и рабочего, *лишнее же от лукавого*"⁷²⁶. Соловьев, в частности, высказывался резко против полного уравнивания собственности. Важно подчеркнуть, что обоснованием права на достойное человеческое существование было у философа нравственное предназначение человека, хотя право лишь создает возможности для реализации данного предназначения, а не понуждает к этому.

В последующем разработкой права на достойное человеческое существование занялись правоведаы П.И. Новгородцев, И.А. Покровский, Б.А. Кистяковский и С.И. Гессен.

По мнению Новгородцева, отстаивающего право на достойное человеческое существование как одно из выражений общественного идеала, под этим правом следует понимать "не положительное содержание общественного идеала, а только отрицание тех условий, которые совершенно исключают возможность достойной челове-

⁷²⁴ Соловьев В.С. Оправдание добра. // Соловьев В.С. Соч. в 2-х т. Т. 1. М., 1988. С. 421.

⁷²⁵ Там же. С. 422-423.

⁷²⁶ Там же. С. 423.

ской жизни"⁷²⁷. В частности, необходимо каждого человека "освободить от гнета таких условий жизни, которые убивают человека физически и нравственно"⁷²⁸. Критикуя позицию Чичерина, во имя свободы отрицающего перераспределение богатств, Новгородцев замечает, что "пользование свободой может быть совершенно парализовано недостатком средств". Помимо этого, фикцией из-за чрезвычайного социального (экономического) может оказаться и формальное (правовое) равенство лиц. Иными словами, право на достойное человеческое существование Новгородцев видит средством для создания материальных условий осуществления общего идеала свободы и равенства личностей. Ученый признает, что точную границу достойного уровня жизни определить нельзя, но право может хотя бы идти от противного, учитывая стандарты конкретного общества: "Можно спорить о восьми или девятичасовом рабочем дне, но совершенно очевидно, что пятнадцать или восемнадцать часов работы есть бессовестная эксплуатация. Можно спорить о возможных размерах жилища в сторону отклонения вверх от минимальной нормы; но бесспорно, что темные и сырые подвалы противоречат всяким нормам допустимого и возможного"⁷²⁹. Важно, что в контексте права человека на достойное существование Новгородцев отстаивает необходимость закрепления в законодательстве конкретных субъективных социально-трудовых прав. При этом право на достойное существование является лишь одним из аспектов целостного учения Новгородцева об общественном идеале. Абсолютный идеал ученый видит в человеческой личности⁷³⁰, которую следует понимать во всей ее индивидуальности⁷³¹, в общественной же сфере данный идеал проявляется в принципах свободы и равенства, а достойное существование, в свою очередь, призвано обеспечить реализацию данных принципов.

И.А. Покровский, характеризуя сложившиеся развитые правоприменительские практики, сетовал на то, что забота государства о нуждающихся вызвана в них вниманием не к интересам личности, а к государственным интересам, среди которых автор называет "опасение развития преступлений, болезней, умножения народного недовольства"⁷³²; следовательно, хотя

⁷²⁷ Новгородцев П.И. Право на достойное человеческое существование. // О праве на существование. СПб., 1911. С. 4.

⁷²⁸ Там же. С. 6.

⁷²⁹ Там же. С. 8.

⁷³⁰ Новгородцев П.И. Об общественном идеале. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М, 2010. С. 456.

⁷³¹ Там же. С. 459.

⁷³² Покровский И.А. Право на существование. // О праве на существование. СПб., 1911. С. 26.

государство и устанавливает для себя обязанность общественного призрения, у отдельного индивида нет субъективного права требовать соответствующей помощи. Отсюда, объем общественного призрения фактически определяется скорее не действительной нуждой, а состоянием финансов и благотворительными намерениями государства. Считая сложившуюся ситуацию несправедливой, Покровский утверждал, что современные ему общества объективно характеризуются тесной духовной и экономической взаимосвязанностью своих членов, поэтому в принципе невозможно выделить ту долю общественного продукта, которую создал отдельный индивид; нераздельность вкладов, в свою очередь, влечет нераздельность ответственности: в условиях круговой поруки каждый вправе требовать от всего общества поддержки в критическую минуту⁷³³. Но для того, чтобы данное субъективное право было обеспечено, каждый член общества должен нести соответствующие расходы пропорционально выгодам, которые он получает от своего членства (т.е. должен быть введен прогрессивный налог)⁷³⁴. Покровский критикует Новгородцева за нечеткость формулировок, и полагает, что правильнее говорить не о праве на достойное существование, а просто о праве на существование, поскольку необходимые для простого выживания условия являются более четким и общепризнанным критерием. Право на помощь с целью выживания, согласно ученому, должны иметь как нетрудоспособные, так и трудоспособные, но безработные лица (последних государство должно либо содержать на минимальном уровне, либо обеспечить работой, размер оплаты которой всегда бывает выше, чем пособие по безработице)⁷³⁵. Действительные труженики, таким образом, при всей скудости их жизни, по мысли Покровского, не являются субъектами права на существование. Ситуация, при которых их заработок оказывается недостаточным для выживания, кажется Покровскому немислимой, поэтому он не называет в качестве субъектов права на существования малоимущих. Легко заметить, что ученый фактически рассматривает совершенно не тот вопрос, который интересовал Соловьева и Новгородцева, поскольку выживание работника еще не делает его жизнь достойной того, чтобы быть прожитой. Это и приводит к тому, что Покровский не связывает право на труд и право на существование. Но данный автор, по крайней мере, верно отмечает, что раз установление права на достойное существование в том виде, в котором его отстаивает Новгородцев, было бы решением соци-

⁷³³ Там же. С. 33.

⁷³⁴ Там же. С. 37.

⁷³⁵ Там же. С. 37-39.

ального вопроса в целом, то оно подразумевает полное уничтожение частной собственности на капитал, и в этом смысле Новгородцев мог бы быть последовательнее.

Именно такой путь предлагал Б.А. Кистяковский, который полемировал с И.А. Покровским по вопросу социалистического государства. Обобществление средств производства данный автор видел непременным условием обеспечения права на достойное человеческое существование, которое включает "право на труд, т.е. право пользоваться землей и другими орудиями производства наравне с другими для приложения своего труда и достижения известных хозяйственных целей", "право каждого на развитие всех своих способностей и на применение своего труда к той области, которая наиболее соответствует талантам каждого, и, наконец, право на участие во всех материальных и духовных благах, создаваемых современной культурой"⁷³⁶. Кистяковский критикует Соловьева за то, что тот обосновывал обязанность государства обеспечивать достойное человеческое существование мотивом жалости, любви и милосердия, и предлагает вместо этого конструкцию субъективного публичного права, которую он заимствует у Г. Еллинека⁷³⁷. Получив субъективное право требовать от государства обеспечения достойного существования, мы в большей степени приблизимся к идеальному государству, роль которого заключается в том, что оно "облагораживает и возвышает человека. Оно дает ему возможность развивать лучшие стороны своей природы и осуществлять идеальные цели"⁷³⁸.

В свою очередь С.И. Гессен занял позицию, среднюю между позициями Новгородцева и Кистяковского. Подобно первому, он рассматривает проблему права на достойное человеческое существование через сопоставление классического либерализма и либерализма нового, возникшего под влиянием критикующих классический либерализм социалистических и коммунистических идей, и признающего "положительные обязанности" государства (будучи педагогом, Гессен подчеркивает при этом право на образование). В отличие от коммунистов, автор поддерживает "правду либерализма", выражающуюся в господстве права, в свободе, равенстве и частной собственности. Однако он полагает, что эксплуатация превращает эти идеалы в фикцию. В отличие от классических либералов, он полагает возможность решить эти вопросы государственно-правовыми средствами, а не ссылками на бла-

⁷³⁶ Б.А. Кистяковский. Философия и социология права. СПб., 1998. С. 337-340.

⁷³⁷ Там же. С. С. 343-344.

⁷³⁸ Там же. С. 325.

готворительность и нравственность. Но Гессен не спешит отстаивать полное обобществление средств производства или иные безусловные меры.

"Эксплуатация, – пишет Гессен, – имеется всюду там, где человек обезличивается до невозможности удовлетворить свои самые минимальные духовные потребности"⁷³⁹. Эта формулировка, как представляется, очень близка мыслям Соловьева. И действительно, подобно ему, Гессен ссылается на разумный, помогающий внутреннему (духовному) развитию личности досуг, делая само это развитие главным критерием. Жизнь, направленная лишь на продолжение существования и воспроизведение рода, "где каждый день повторяет день предыдущий", где нет уверенности в завтрашнем дне, и царствует механический и опустошающий душу труд, свидетельствует об эксплуатации⁷⁴⁰.

Но Гессен также указывает еще на один аспект эксплуатации, который не замечается, в том числе, и "новым либерализмом", а именно на приравненность рабочих и их труда к безликому товару и к простому средству удовлетворения потребностей (причем "потребностей мнимых и общественно вредных"). По мнению мыслителя, рабочие, "совершенно отстраненные от участия в руководстве производством... принуждены к тому же сплошь и рядом участвовать в производстве продуктов, удовлетворяющих очевидно мнимым и общественно вредным потребностям, производимым единственно потому, что собственники их реализуют с их помощью "ценностную разность"⁷⁴¹.

Отсюда, "повышение материального уровня жизни рабочего класса далеко не разрешает еще проблемы эксплуатации", хотя и является необходимым шагом для обеспечения "непроницаемости личности" и непревращения личности в простое средство удовлетворения чужих потребностей⁷⁴². Поскольку суть либерализма изначально состояла в критике крепостной зависимости и сословных привилегий, постольку этот пафос должен быть продолжен реформированием самой экономической системы.

В чем должно заключаться такое реформирование? Гессен не считает возможным описать раз и навсегда безусловно совершенное общественное устройство, но, симпатизируя гильдейскому социализму, подчеркивает ряд тезисов. Во-первых, мыслитель говорит о необходимости восстановления творчески-активного отношения человека к ве-

⁷³⁹ Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 173.

⁷⁴⁰ Там же. С. 174

⁷⁴¹ Там же.

⁷⁴² Там же. С. 175. И далее до стр. 177. Также стр. 227.

щи (которое в классическом либерализме изначально и служило оправданием права собственности), что достигается перераспределением собственности (по общему правилу, с предоставлением выкупа или справедливого возмещения⁷⁴³). Коллективизация собственности, по Гессену, в целом является естественным следствием такого реформирования, хотя уместность ее в каждом конкретном случае обсуждается⁷⁴⁴. Во-вторых, цели производства должны определяться не столько субъективным стремлением предпринимателя к наживе и объективными условиями рынка (ведь таковые скорее предупреждают потребности, чем удовлетворяют их), сколько потребностями культурного развития, которым они служат (отсюда симпатии Гессена к идеям рабочего контроля и тред-юнионам)⁷⁴⁵. В-третьих, "ценностная разность" (маржа, прибыль) не должна присваиваться только капиталистом, а должна частично обобществляться (через налоги), так как получается в результате совокупной деятельности всех общественных, в т.ч. случайных, сил⁷⁴⁶. При всем сказанном, по Гессену государство не должно предписывать предпринимателям конкретные хозяйственные задачи, а собственникам – конкретные способы использования своих вещей, иначе идея Права будет подменена идеей Блага, что привело бы к отказу от принципа правового государства⁷⁴⁷. Представляется, что изложенные выводы Гессена чрезвычайно актуальны в современной действительности, демонстрируя, что проблема "достойного существования" касается не только развивающихся стран или бедных слоев населения, но и развитых стран и состоятельных людей, ставших жертвами "общества потребления".

К сожалению, в трудах отечественных философов отсутствует четкий ответ на вопрос о том, в чем именно состоит тот "минимум", который гарантирует сохранение достоинства человека. Так, в трудах П.И. Новгородцева красной нитью проходит идея равенства возможностей, или "равенства исходного пункта"⁷⁴⁸. Ученый писал, что суть этой идеи в том, чтобы обеспечить необходимые условия для достойного че-

⁷⁴³ Гессен С.И. Политическая свобода и либерализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: 1999. С. 125, 135.

⁷⁴⁴ Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 213.

⁷⁴⁵ Там же. С. 228. При этом автор различает союзы-агрегаты (члены которых имеют некоторые одинаковые потребности) и союзы-общности (члены которых вместе стремятся к некой единой цели, независимо от своих потребностей). Экономический контроль должен находиться в руках последних. С. 356-357.

⁷⁴⁶ Там же. С. 208-210.

⁷⁴⁷ Там же. С. 195, 229.

⁷⁴⁸ Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М, 2010. С. 316.

ловеческого существования. Однако указывая, что данная идея не может получить точного материального определения, поскольку в каждом обществе имеется собственный *standart of life* и свой предел, за которым начинается недопустимая крайность, он лишь отмечал, что равенство возможностей означает не уравнивание личного имущества каждого, а усиление и доведение "до возможно больших размеров" общественного фонда (образовательные и культурные учреждения, больницы и приюты и пр.)⁷⁴⁹. Между тем, очевидно, что увеличение общественной собственности до максимума попросту исключит собственность личную, поэтому мы должны определить известные границы. Аналогично С.И. Гессен, называя понятие "минимума" существенным, признает тот факт, что "в действительности иногда очень трудно бывает соблюсти меру и не преступить той грани, за которой ограждающий право минимум блага переходит в игнорирующее право лица благо"⁷⁵⁰. Главный вопрос, который стоял в начале XX века перед русской интеллигенцией: станет ли этой границей отмена частной собственности на средства производства? Данный вопрос в итоге был решен не теоретически, а практически, путем Октябрьского переворота 1917 г.

Существует также ряд вопросов, связанных с достойным существованием человека, которые русские мыслители, к сожалению, вообще не поднимали, например: сохраняется ли у государства или иного обязанного субъекта моральная обязанность по обеспечению достойного уровня жизни, если исполнить ее невозможно по объективным причинам? сохраняется ли у человека право на достойное человеческое существование, если государство разрушено или не существует, и кто тогда становится обязанным лицом? какие именно действия должно совершить обязанное лицо для обеспечения права на достойное существование? какие контрмеры вправе принять человек, право на достойное существование которого нарушается? Все эти вопросы можно попытаться решить уже в современных дискурсах.

Современная западная политическая философия. Обратимся теперь к современным западным научным дискуссиям относительно права человека на средства к существованию (*right to subsistence, right to basic necessities, freedom from poverty*), которые до сих пор являются смысловым ядром полемики касаясь социально-экономических прав человека. Выделяются четыре основных аргумента против указанных прав.

⁷⁴⁹ Там же. С. 318-319.

⁷⁵⁰ Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 199.

Во-первых, указывается на то, что в некоторых условиях гарантировать их попросту невозможно по объективным причинам. Типичным возражением к этому аргументу является указание на тот факт, что те бедствия, которые мы обычно связываем с крайней бедностью, связаны, как правило, не с отсутствием материальных благ, а с неправильным их распределением, вызванным ошибками государственного управления и социального устройства. Фундаментальными в этом отношении являются работы А. Сена, исследовавшего наиболее известные случаи массового голода⁷⁵¹. Таким образом, поскольку социально-экономические права касаются минимальных требований, ограничения на соблюдение данных требований являются не "жесткими" (логическими, физическими или биологическими), а "мягкими" (политическими, экономическими и культурными)⁷⁵². Конечно, нельзя не признать, что социально-экономические права не будут обеспечены, если руководство обществом осуществляют недостаточно квалифицированные, информированные и волевые люди, но это касается и других видов прав. Поэтому рассматриваемое возражение в целом не убедительно.

Во-вторых, указывается на то, что требуемые социально-экономическими правами человека перераспределения богатств слишком велики, и могут привести к упадку всей культуры. На этот аргумент Т. Погге ответил тем, что лишь около 1% совокупного годового ВНД стран с высоким уровнем дохода потребуется для того, чтобы поднять глобальный бедных выше черты бедности Всемирного банка⁷⁵³, в свою очередь Д. Никел утверждает, что раз для большинства стран мира (в частности, для стран первых двух квартилей, а также для многих стран третьего квартиля) *de facto* обеспечить базовые социально-экономические права вполне реально, то эти права нельзя рассматривать как слишком обременительные⁷⁵⁴. И всё же, следует иметь в виду теоретическую возможность снижения общего уровня благосостояния человечества (например, в гипотетическом случае истощения углеводородных ресурсов при невозможности найти им эквивалентную замену), а следовательно проблема невозможности обеспечения некоторого уровня социально-экономического развития, при котором каждому человеку было бы гарантировано полноценное функционирование как морального

⁷⁵¹ Sen A. *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford New York, 1982.

⁷⁵² Данная терминология используется в: Gilibert P. *The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration*. // *The Philosophical Quarterly*. №59(2009). P. 660.

⁷⁵³ Pogge T. *World Poverty and Human Rights*. // *Ethics & International Affairs*. Vol. 19. Iss. 1. 2005. P. 1-7.

⁷⁵⁴ Nickel J.W. *Op.cit.* P. 400.

агента, существует как минимум на уровне теории прав человека. Полагаем, что такая гарантия действительно не должна постулироваться. Ведь даже если человек не обеспечен всем необходимым для свободного выбора, возникающие неравенства в современных правовых порядках успешно исправляются на уровне договорной справедливости, например путем защиты «слабой стороны» договора, а не на уровне распределения благ. В противном случае проблема вновь будет касаться как социально-экономических, так и иных видов прав человека.

В-третьих, противники социально-экономических прав делают различие между негативными и позитивными правами, отрицая последние как таковые вне рамок конкретных правоотношений, поскольку они подразумевают общественное устройство, осуществляющее неоправданное вмешательство в индивидуальную свободу. Этот аргумент попытался опровергнуть Г. Шу, исходивший из ложности противопоставления негативных и позитивных прав⁷⁵⁵. По его мнению, любые права имеют позитивно-негативную природу, предполагая три корреспондирующие обязанности: 1) (негативная) обязанность не лишать людей их благ; 2) (позитивная) обязанность защищать людей от таких лишений (во-первых, принуждая других людей к исполнению обязанности №1, во-вторых, создавая институты, которые препятствуют возникновению сильных стимулов для нарушения обязанности №1); 3) (позитивная) обязанность помогать тем, кто подвергся таким лишениям (вследствие нарушений другими людьми обязанностей №1 и №2, либо ввиду природных бедствий). Поскольку как гражданско-политические, так и социально-экономические права предполагают некоторые финансовые траты и общественные институты, нет никаких причин считать последнюю группу прав второстепенной. На этом основании он отстаивал право на средства к существованию, включая в него незагрязненную окружающую среду, достаточное питание, адекватную одежду и надлежащее жилье, а также на профилактическое медицинское обслуживание⁷⁵⁶. Однако изложенное понимание прав человека подразумевает наличие позитивных обязанностей тех или иных

⁷⁵⁵ Shue H. Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy. Princeton, 1980. P. 13, 32, 60.

⁷⁵⁶ Ibid. P. 23. В свою очередь ученый Никел отмечает, что профилактическое медицинское обслуживание – слишком слабое требование. Nickel J.W. Op.cit. P. 386-388. Данный автор истолковывает право на средства к существованию как включающее право на "существование, базовое здравоохранение и базовое образование". Первое право включает воздух, еду и воду, жилье и одежду. Второе право должно обеспечивать нормальную продолжительность жизни, выживание в детстве и при родах, физическое и психическое здоровье. Третье право должно обеспечивать навыками, необходимыми для первых двух прав, а также для "гражданственности и продуктивности".

лиц применительно к каждому из прав, а не только по отношению к социально-экономическим правам, и это понимание не согласуется с моральными интуициями тех авторов, которые готовы признавать как личные и политические, так социально-экономические и культурные права, но только в рамках негативных обязанностей. В литературе, например, оспаривается точка зрения Шу, согласно которой реальная возможность использования права и наличие социальных гарантий использования права должны рассматриваться как составная часть самого понятия субъективного/морального права⁷⁵⁷. В результате, идеи Шу проходят мимо существа спора.

Более того, изложенное Шу понимание прав человека уязвимо для другого аргумента.

Так, в-четвертых, многие ученые замечают, что не всякое моральное требование должно выражаться в правах человека, потому что для права важно четко ответить на следующие вопросы: 1) кто является обязанным, а кто управомоченным лицом? 2) что именно обязанное лицо должно сделать для управомоченного? 3) какова санкция за неисполнение обязанным лицом своей обязанности и что именно управомоченное лицо вправе сделать в случае ее неисполнения? И если нет обоснованного ответа на эти вопросы (проблемы возникают чаще со вторым и третьим), нельзя говорить о существовании соответствующего права человека. Скорее, речь будет идти о моральном пожелании, которое возводить в ранг закона следует разве что в качестве цели или принципа⁷⁵⁸.

В отношении позитивных обязанностей здесь возникает затруднение, связанное не столько с их предписывающим характером, сколько с тем, что в отличие от негативных обязанностей, вне рамок конкретных (относительных) правоотношений они, как правило, являются слишком неопределенными (несовершенными), даже если определено корреспондирующее им право, вследствие чего невозможно принудить лицо к их исполнению. Иными словами, когда мы утверждаем, что каждому нужно сделать что-то для каждого, а не просто воздержаться от чего-то по отношению к каждому, мы вряд ли зайдем дальше абстрактных пожеланий; и даже если мы четко определим права, кото-

⁷⁵⁷ Payne M. Henry Shue on Basic Rights. // *Essays in Philosophy*. 2008. Vol. 9: Iss. 2, Art. 5.

⁷⁵⁸ Противникам такого подхода приходится прибегать к словесным уловкам, различая принципы гуманности и справедливости, и пытаясь основать концепцию прав человека на первом, а не на втором (что только и позволяет считать бедность нарушением прав человека вне зависимости от причин, которыми она вызвана). См.: Campbell T. Poverty as a Violation of Human Rights. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. Oxford, 2007. P. 62-67. Но представляется, что при таком подходе общепринятое понимание прав человека искажается и размывается, так как связывается уже не со справедливостью, а со вполне определенной "концепцией блага".

рыми обладает каждый, останется неясным перечень активных действий, которые можно потребовать от каждого в обеспечение данных прав. Поэтому позитивные обязанности, как правило, не бывают общими (т.е. не существуют в абсолютных правоотношениях). Аналогичная ситуация возникает, когда мы говорим об обязанностях некоторой неиндивидуализированной группы лиц или об обязанностях в отношении таковой. Здесь обязанности могут быть изначально определенными, но уточнению подлежат уже сами группы и степень участия каждого из ее членов, и это также невозможно сделать без некоторых институтов и правил (закон должен определить не права и обязанности в абсолютном правоотношении, а субъектов в относительном правоотношении)⁷⁵⁹.

В результате сторонники социально-экономических прав человека (Г. Шу, Д. Уолдрон, Э. Эшфорд, Д. Тасиулас, И. Раз, А. Сен и др.) вынуждены отстаивать такое понимание прав человека, которое допускает, что корреспондировать этим правам будут лишь несовершеннолетние обязанности неуставленных лиц, исполнение которых невозможно без создания определенных общественных институтов и принятия конкретизирующих правовых актов⁷⁶⁰. Это означает, что права человека предписывают нам создание таких институтов и актов. Так, например, борьба с бедностью в развивающихся странах подразумевает создание глобальных распределительных институтов и контролирующих инстанций посредством многосторонних международных договоров, а в идеале – определение степени участия каждого жителя развитых стран. Одних ученых этот факт не смущает, и они указывают на то, что права человека изначально появились как требование к социальному институту – государству, без социума же они, согласно Локку и Гоббсу, вообще не имели смысла ввиду того, что их невозможно было реализовать⁷⁶¹. Определению "адресатов прав человека" (т.е. обязанных лиц и

⁷⁵⁹ См., напр.: O'Neill O. *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*. Cambridge, 1996. P. 331-332; O'Neill O. *Bounds of Justice*. Cambridge, 2000. P. 105.

⁷⁶⁰ На вопрос о том, как мы можем в таком случае считать права человека априори данными, Д. Тасиулас отвечает, что необходимо различать само право и механизмы его реализации. Tasioulas J. *The Moral Reality of Human Rights. // Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor? / Ed. by T. Pogge. Oxford, 2007. P. 91-93.* Права человека у данного автора обосновываются значимостью интересов, которые обеспечиваются этими правами: если есть значимый интерес, есть и право.

⁷⁶¹ Reus-Smit C. *On Rights and Institutions. // Global basic rights. / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. Oxford, 2009. P. 25-48; Beitz Ch.R. Op.cit.* В свою очередь Д. Гриффин утверждает, что носители обязанности должны быть потенциально "определяемы" (т.е. могут быть сформулированы через абстрактные признаки), но в конкретных условиях не обязательно должны существовать (если никто не отвечает установленным признакам). Griffin J. *On human rights*. New York, Oxford, 2008. P. 109-110.

институтов) при этом, как правило, уделяется гораздо больше внимания, чем определению "сферы ответственности" каждого из них и их конкретных обязанностей⁷⁶². Но другие считают такое понимание прав человека слишком требовательным: эта группа ученых хотя и не отрицает позитивных обязанностей как таковых, но полагает, что даже если обязанные лица определены, сами обязанности необходимо конкретизировать и распределить между этими лицами (заметим, что обязанность по созданию институтов и норм, решающих эти задачи, сама является несовершенной⁷⁶³).

Пытаясь найти "золотую середину", Т. Погге рассматривает право на средства к существованию как право не подвергаться воздействию социальных институтов, которые неизбежно ведут нас к крайней нищете, что подразумевает: (1) негативную обязанность каждого непосредственно не лишать людей безопасного доступа к средствам существования; (2) негативную обязанность каждого не быть участником и не извлекать выгоду из социальных институтов, под действием которых люди очевидно лишаются безопасного доступа к средствам существования⁷⁶⁴. По-видимому, данная интерпретация не предполагает

⁷⁶² Д. Никел, например, предлагает комплексное представление об "адресатах прав человека", утверждая, что (1) государства являются главными адресатами прав человека их граждан, с обязанностями уважать и защищать их права человека; (2) государства имеют негативную обязанность уважать права человека граждан других стран; (3) люди несут негативную ответственность за соблюдение прав человека в своей стране и за границей; (4) люди как избиратели и как граждане несут ответственность за продвижение прав человека в своей стране; и (5) государства, международные организации и частные лица несут резервную (back-up) ответственность за выполнение прав человека во всем мире. Nickel J.W. *Op.cit.* P. 396. С. Кейни также разрабатывает комплексную теорию ответственности по борьбе с глобальной бедностью, где ответственное лицо зависит от причин возникновения бедности (глобальные, локальные или природные факторы). См. Caney S. *Global Poverty and Human Rights. // Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. Oxford, 2007. P. 291, 293-294.

⁷⁶³ Одним из способов преодоления изложенных затруднений относительно носителя обязанности заключается в том, чтобы возложить обязанность, корреспондирующую тому или иному праву, не на отдельных лиц и создаваемые ими учреждения, а на коллектив в целом (например, на семью, народ или часть мирового сообщества). Обязанность коллектива в таком случае может быть совершенной, в отличие от обязанности ряда отдельных индивидов. Проблема такого подхода заключается в том, что хотя коллективная ответственность в принципе допустима, но коллективы, так же, как социальные институты, возникают, изменяются и исчезают, и потому их обязанности не могут быть фундаментальными. В отношении каждого случая нарушения прав человека придется искать свою уникальную виновную совокупность людей. Кроме того, проблема распределения обязанностей внутри самого коллектива остается. Чрезвычайно сложно решить ее на общенациональном или международном уровне, где явления обусловлены действиями тысяч и миллионов лиц.

⁷⁶⁴ Pogge T. *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms.* Cambridge, 2008. P. 45. Понятно, что под средствами существования понимаются не любые блага, а лишь те, которые связаны с неким прожиточным минимумом. Понятно также и то, что

создание каких-либо новых институтов, но допускает ограничения на существующие институты. На первый взгляд, в духе либертарианства, она концентрируется на негативных обязанностях, поэтому избегает сложных вопросов о трансформации несовершенных обязанностей в совершенные. Но Погге идет дальше, сначала утверждая, что социальный институт несправедлив до тех пор, пока имеются разумные основания полагать, что его можно реформировать таким образом, чтобы обеспечить людям безопасный доступ к средствам существования (и объектам прав человека в целом), а далее настаивая на том, что (3) каждый, кому такой доступ не обеспечен, вправе предъявить соответствующие требования к социальному институту⁷⁶⁵. Иными словами, ученый всё же входит в область несовершенных обязанностей руководителей и членов таких социальных институтов. И действительно, достаточно сложно понять, в чем конкретно заключается негативная обязанность не поддерживать социальные институты без позитивных (и притом явно несовершенных) обязанностей руководителей таких институтов по их реформированию и членов таких институтов по выходу из них или противодействию им, и без возможности уполномоченных лиц предъявлять к ним некоторые требования.

Э. Эшфорд на примере негативной обязанности не поддерживать несправедливые социальные институты обратила внимание на то, что негативные обязанности также могут быть несовершенными⁷⁶⁶. Она утверждает: то, что делают обычные люди в развитых странах, включая покупку и использование повседневных товаров и услуг, негативно влияет на положение обычных людей в развивающихся странах, поэтому негативная обязанность не совершать какие-либо действия может обернуться в позитивную обязанность полнейшей перестройки своего образа жизни либо иную несовершенную обязанность⁷⁶⁷. Сле-

наличие доступа к средствам существования не означает фактическое наличие таковых, и что доступ к ним охватывает лишь реалистичные возможности, соответствующие здравому смыслу. Также следует отметить, что лишение доступа к средствам существования может быть прямым или косвенным, обусловленным одним или многими факторами/субъектами одновременно.

⁷⁶⁵ См. об этом: Tomalty J. *Op.cit.* P. 100-106.

⁷⁶⁶ Ashford E. *The Duties Imposed by the Human Right to Basic Necessities. // Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor? / Ed. by T. Pogge. Oxford, 2007. P. 215.*

⁷⁶⁷ См. там же. Схожие взгляды: Lichtenberg J. *Are There Any Basic Rights? // Global Basic Rights. / Ed. Ch. R. Beitz & R. E. Goodin. Oxford, 2009. P. 83-84.* Типичными способами смягчить имеющееся в данном примере напряжение являются отсылки к понятиям причины, вины и противоправности. Во-первых, мы можем требовать от субъекта устранить лишь те негативные последствия, которые вызваны непосредственно его действием или бездействием, и без которого они бы не наступили (хотя при этом не исключается и коллективная ответственность нескольких непосредственных причинителей вреда). Во-вторых, ответственность, по

довательно, делает вывод Эшфорд, разделение на позитивные и негативные обязанности в принципе крайне неоднозначно. На это мы полагаем возможным возразить, что рассматриваемая Погге обязанность лишь сформулирована как негативная, но на самом деле является позитивной, так как предполагает ряд активных действий (поэтому она и является несовершенной): в строгом смысле негативные (запрещающие) обязанности должны подразумевать простое бездействие, и потому их считают совершенными, а позитивные (предписывающие) обязанности означают действие, и потому часто они оказываются несовершенными. Вот почему некоторые исследователи трактуют (юридическую) обязанность не поддерживать несправедливые социальные институты узко, как обязанность не участвовать виновно в создании новых несправедливостей, и тем самым пытаются скорректировать позицию Т. Погге⁷⁶⁸. Таким образом, четкий логический критерий разделения негативных и позитивных обязанностей всё же существует. Проблемы смешения начинаются тогда, когда формулировка обязанности явно неестественна даже с точки зрения языка.

Некоторые выводы. Мы видим, что те связанные с правом на достойное существование проблемы, которые не были решены в русской дореволюционной юриспруденции, активно обсуждаются в современной западной моральной философии в контексте т.н. *right to subsistence*. При этом, как правило, поднимается вопрос о самой природе прав человека. По нашему мнению, если рассматривать права чело-

обшему правилу, должна быть виновной, а это значит, что вышеуказанные причинно-следственные связи должны быть очевидны для здравого смысла среднестатистического человека. В-третьих, принцип генерального деликта не является общепризнанным, и потому можно принять точку зрения (сейчас мы не обсуждаем ее обоснованность), согласно которой не всякое причинение вреда, а лишь причинение вреда противоправными действиями влечет юридическую ответственности. Каждым из этих трех оснований мы можем обосновать, почему от обычных граждан развитых стран, как правило, не требуется воздерживаться от всех тех действий, которые они совершают ежедневно, ради граждан развивающихся стран. Однако это не препятствует установлению распределительных институтов, которые, не являясь карательными, будут функционировать на основе принципов, не связанных с вредом, виной и причинностью. Их установление не потребует, вопреки Э. Эшфорд, пересмотра теории ответственности, так как будет обусловлено исключительно представлениями о справедливости распределения, а не конкретными фактами нарушения прав человека. На наш взгляд, Эшфорд не улавливает различия между ответственностью и обязанностью: обязанность, в отличие от ответственности, не всегда вызвана правонарушением. Она может проистекать, во-первых, из событий (фактов, не связанных с волей конкретных субъектов), во-вторых, действий (выражений воли субъектов, в т.ч. договоров и правонарушений), в-третьих, из их совокупности (в т.ч. такой фактический состав, как неосновательное обогащение), и лишь неправомерные действия влекут ответственность.

⁷⁶⁸ При этом аналогичная моральная обязанность шире, т.к. может быть несовершенной. Tomalty J. Op.cit. P. 158.

века как неотчуждаемые и данные каждому от рождения, то не остается ничего иного, как принять минималистическую (узкую) трактовку, в соответствии с которой правам человека могут корреспондировать лишь негативные обязанности. Фактически это означает, что права человека как таковые не дают никакой осязаемой гарантии против бедности и связанной с ней уязвимостью как морального агента, но они, по крайней мере, запрещают другим использовать данную уязвимость в корыстных целях. Такое понимание прав человека уже само по себе снимает вопрос о том «минимуме», который якобы необходим для «достойного существования».

Сказанное не исключает того, что в целом субъективным правам могут корреспондировать также и позитивные обязанности, но это возможно, как правило, лишь в относительных правоотношениях (т.е. в тех, где четко определена каждая из сторон), и, во всяком случае, при наличии известных социальных институтов, регламентирующих данные обязанности и ответственность за их неисполнение. В зависимости от тех или иных обстоятельств, связанных с целями и реальными возможностями существующих конкретных социальных институтов, известностью причинно-следственных связей, виновностью и т.п. факторами, многие позитивные обязанности (в т.ч. корреспондирующие социально-экономическим правам) могут являться настоятельными требованиями справедливости. Поэтому проблема бедности и достойного существования не чужды теории справедливости, но скорее касаются частных ее вопросов, и не всегда релевантны теории прав человека. Однако не подменяет ли такой вывод существа проблемы? Ведь задача состоит в том, чтобы понять, справедливо ли предоставить в данных конкретных обстоятельствах каждому человеку право на достойное существование, а не в том, принадлежит ли такое право каждому в силу рождения, т.е. априори.

Полагаем, что указанные выше нерешенные русской философией права вопросы могут быть решены не в рамках дискуссий о природе прав человека, как это происходит в западной науке, а путем заимствования отдельных юридических конструкций. Мы могли бы, например, задаться вопросом, насколько действия развитых стран и их граждан способствуют бедности менее развитых стран и их граждан (ср. с деликтными обязательствами в гражданском праве), и в какой мере первые своим богатством обязаны вторым (ср. с кондикционными обязательствами в гражданском праве). Мы можем поставить вопрос о том, насколько добровольно заключались те или иные международные договоры (ср. с договорными обязательствами в гражданском праве и

основаниями признания сделок недействительными). Все эти вопросы имеют отношение к справедливому разрешению проблемы глобальной бедности; схожие вопросы можно ставить и на внутригосударственном уровне. Но сама постановка данных вопросов означает, что проблема бедности может быть решена и без постулирования данных каждому от рождения безусловных социально-экономических прав, в т.ч. права на достойное существование. Деликтное право подразумевает, что если я причинил вред, я должен его возместить. Договорное право исходит из того, что несвободно взятое на себя обязательство недействительно. Наконец, конструкция кондикционного обязательства означает, что если я неосновательно обогатился за чей-то счет, я должен вернуть полученное. Представляется, что соответствующие юридические конструкции могут быть экстраполированы на публичную сферу с целью показать, что чье-либо богатство или бедность неправомерны.

Таким образом, право на существование имеют различные подходы к правам человека, и их многообразие позволяет решить и общие, и частные вопросы справедливости⁷⁶⁹. Анализируя общепризнанные на сегодняшний день права человека, можно заключить, что подавляющее большинство из них предполагает не только существование социальных институтов, но и конкретные социальные и природные факторы, в условиях которых эти права были закреплены⁷⁷⁰. Поэтому социально-экономические права, связанные с достойным существованием, *de jure* имеют такой же статус, как и иные права человека. Но такой подход к правам человека не решает вопрос о безусловных критериях справедливости ("на что имеет право человек как таковой?"), отсюда и возникают голоса в поддержку более "узких" концепций. Словом, вышеизложенные противоречия в научных взглядах можно представить как попытки решить две разные задачи.

Более того, имеется, как мы полагаем, высший принцип справедливого распределения доходов и богатств между людьми, следование которому позволило бы разрешить также и множество практических проблем, напрямую со справедливостью не связанных. Поиск и обоснование данного принципа – основная задача распределяющей справедливости. В некотором смысле распределяющая справедливость и ее основной принцип сами являются частными, ведь они уже предполагают существование не только доходов и богатств, но также распределяющих их социальных институтов и должностей. Требование же со-

⁷⁶⁹ Ср. с разделением прав на "общие" и "специальные" в: Hart H. L. A. Are There Any Natural Rights? // *Philosophical Review* 64 (1955). P. 183, 188.

⁷⁷⁰ Beitz Ch.R. Op.cit. P. 49-73.

здания таких институтов – это вопрос политики, а не справедливости. Поэтому когда Дж. Ролз формулирует свой принцип различия, он решает вопросы сугубо частного характера. Конечно, сейчас общепризнан тот факт, что борьба с бедностью во всех ее проявлениях, причинах и следствиях, не может сводиться к простому перераспределению материальных благ. Но ведь борьба с бедностью сама по себе – вопрос эффективности (благополучия), а не справедливости! То, что может сделать здесь теория справедливости – это, в частности, обосновать принципы справедливого распределения социальными институтами доходов и богатств. Преимущество теории справедливости в данном случае заключается в том, что ее принципы не зависят от конкретного размера этих доходов и богатств и от способности этих материальных благ обеспечить какой-то конкретный уровень жизни, соответствующий некоему идеалу "рационального агента". Что касается нашей собственной точки зрения, то при всей существующей критике взглядов Ролза, мы полагаем, что они в значительной степени схватывают важнейшие моральные интуиции.

Мы также считаем, что принцип различия может быть экстраполирован на международный уровень без изменений, если рассматривать международное сообщество не как совокупность наций, а как совокупность людей, и ставить вопрос не о принципах межгосударственного взаимодействия (как это делает Ролз в "Правах народов"⁷⁷¹), а о принципах устройства надгосударственных распределительных институтов. Ролз не соглашается с возможностью экстраполяции предложенных им принципов справедливости на международный уровень потому, что приоритет первого принципа над вторым в его теории зависит от некоторых благоприятных условий, которых в глобальном аспекте может и не быть⁷⁷², но сам по себе этот аргумент не говорит против экстраполяции второго принципа на всемирный уровень (безотносительно к вопросу о правилах приоритета). Другое дело – его более поздняя позиция, согласно которой принцип различия не распространяется на "обремененные общества" (а потому и не будет глобаль-

⁷⁷¹ Как верно отмечается в литературе, у Ролза теория международной справедливости двухуровневая (исходное положение – принципы взаимодействия), а теория внутригосударственной справедливости – трехуровневая (исходное положение – учреждение социальных институтов – правила распределения основных благ), то есть Ролз не предлагает создания надгосударственных институтов. См.: Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions. / Ed. by Follesdal A., Pogge T. Netherlands: Springer, 2005. P. 4-5.

⁷⁷² Mertens T. International or Global Justice? Evaluating the Cosmopolitan Approach. // Real World Justice Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions. / Ed. by Follesdal A., Pogge T. Netherlands: Springer, 2005. P. 90-93.

но экстраполирован). С аргументами Ролза в пользу этой позиции мы не согласны.

Однако непосредственное обоснование собственных взглядов на распределяющую справедливость не входило в нашу задачу в этом параграфе, поскольку требует отдельного обстоятельного изложения. Мы лишь хотели показать, что именно в принципах распределяющей справедливости (как на национальном, так и на международном уровне) следует искать основное решение проблемы права на достойное человеческое существование.

§ 3. Межпоколенческая справедливость

Введение. Проблема межпоколенческой справедливости возникает в связи с двумя факторами: с одной стороны, деятельность ныне живущих поколений отражается на будущих поколениях и влияет на их положение, с другой стороны, существует широко распространенная и глубоко укорененная моральная интуиция, согласно которой интересы будущих поколений имеют моральное значение⁷⁷³. Задача теории межпоколенческой справедливости, обусловленная названными обстоятельствами, состоит в том, чтобы выработать принципы справедливости, регулирующие взаимоотношения между поколениями.

Представляется, что проблема взаимоотношения поколений, живущих в одно время (например, родителей и детей, молодежи и стариков – применительно к какому-то конкретному моменту времени), решается в рамках классических направлений теории справедливости в той мере, в которой справедливость требует согласования интересов различных социальных групп. Это, однако, не означает правомерность договорного подхода, ведь зачастую дети и старики не обладают достаточной волевой способностью, чтобы заключать реальные или гипотетические договоры. Скорее, мы должны говорить здесь о принципе взаимности: «поддержку, полученную в начале жизни, позже «компенсируют» посредством оказания помощи пожилым»⁷⁷⁴.

В то же время взаимоотношение поколений, живущих в разное время (межвременная справедливость), выходит за рамки традиционной проблематики теории справедливости, так как не удовлетворяет классическим, сформулированным еще Д. Юмом, «обстоятельствам справедливости», т.е. обстоятельствам, при которых вообще возникают

⁷⁷³ Прокофьев А.В. Дискуссия о пределах справедливости и обязанности перед будущими поколениями // Вестник РУДН. Серия: Философия. 2013. №3. С. 77-78.

⁷⁷⁴ Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 128.

вопросы о справедливости чего-либо⁷⁷⁵. С одной стороны, существенной теоретической проблемы в этом нет, так как ничего не мешает нам сузить круг этих обстоятельств, исключив из него наличие непосредственных связей между лицами, и ограничившись лишь возможностью влияния одного лица на другое. С другой стороны, очевидно, что на место принципа взаимности мы вынуждены поставить принцип влияния, то есть сам принцип межпоколенческой справедливости в вопросах взаимоотношений поколений, живущих в разное время, будет уже иным.

Особое значение межпоколенческая справедливость приобретает потому, что некоторые наши действия сказываются не столько на нашем непосредственном и ныне живущем потомстве, сколько на отдаленных потомках. «Представим себе, что действия нынешнего поколения, создающие угрозу интересам людей отдаленного будущего, не ухудшают положение нескольких ближайших поколений. Непосредственным потомкам они даже выгодны, для положения более отдаленных – безразличны. Лишь далекое от сегодняшнего момента поколение N почувствует на себе негативные последствия сегодняшних решений»⁷⁷⁶. Подобные факторы каждое из поколений будет склонно игнорировать.

Противники существования межпоколенческой справедливости указывают на то обстоятельство, что в рамках данного направления мы пытаемся решить вопрос о правах еще не существующих людей, то есть фактически предписываемым нынешнему поколению обязанностям пока еще не соответствуют чьи-либо права. В научной литературе в ответ на данную критику предлагается расширенное понимание субъективного права, в соответствии с которым такими правами наделяются все, кто может иметь интересы, в т.ч. и будущие поколения⁷⁷⁷. Как представляется, такое понимание субъективного права с неизбежностью подразумевает наличие прав и у животных, что весьма спорно. Поэтому мы полагаем, что решить названную проблему можно иным способом, например через придание силы «потенциальным» правам (будущих лиц), которым должны соответствовать «актуальные» обязанности (существующих лиц). Иными словами, с учетом того, что бу-

⁷⁷⁵ Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2013. №3. С. 81-85.

⁷⁷⁶ Там же. С. 90. См. также: Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений: теория и практика. // Человек. №5. 2013. С. 7-8.

⁷⁷⁷ См. там же. С. 11-12. См. также: Прокофьев А.В. Справедливое отношение к будущим поколениям (нормативные основания и практические стратегии) // Этическая мысль. 2008. №8. С. 247-251.

душие лица потенциально правоспособны, создается специальная конструкция «потенциальных прав», и если эти права нарушены, наступают специальные последствия в виде права на моральное осуждение своих предков (поскольку иные виды ответственности здесь вряд ли применимы). Для обоих подходов безразлично количество и конкретные характеристики будущих людей, важен лишь сам факт того, что они вообще будут (что также снимает ряд проблем, связанных с вычислениями). Обязанности перед будущими поколениями, как мы полагаем, утратят силу лишь тогда, когда все человечество примет решение отказаться от продолжения рода.

Помимо этого противники межпоколенческой справедливости указывают на т.н. «проблему неидентичности»⁷⁷⁸. Она состоит в том, что будущие поколения не могут предъявлять какие-либо претензии к ныне живущим в связи с действиями последних, так как если бы не эти действия, то в будущем были бы совершенно другие люди, а не те, которые предъявляют претензии. Мы полагаем, что эта проблема разрешается тем, что, во-первых, существуют действия, которые определенно причиняют вред будущему поколению (т.е. вообще любым возможным людям), и, во-вторых, эти действия отличны и независимы от действий, создающих конкретное будущее поколение (т.е., грубо говоря, от размножения или от принятия решения о продолжении рода): нынешнее поколение может нести ответственность за первые, но не за вторые. Этот подход предполагает, что нерождение или рождение ребенка само по себе не является вредом или благом для него, но рождение актуализирует потенциальные права.

Межпоколенческая справедливость у Дж. Ролза. Начало современным дискуссиям о межпоколенческой справедливости положил Дж. Ролз, который рассматривал данную проблему в контексте поиска принципа справедливых сбережений. Данный ученый исходит из очевидного факта, что интересы прошлого, настоящего и будущего различны, и задается вопросом: как достичь беспристрастности при совершении сбережений? Беспристрастность возлагаемой на предыдущие поколения ответственности, по Ролзу, достигается тем, что мы выбираем такой принцип справедливых сбережений, который могли бы одобрить сами, и поэтому не можем предъявлять к своим предкам слишком строгие требования. Но раз предки уже в прошлом, и на практике мы не можем требовать от них больше, чем они уже дали нам, возникает вопрос: почему мы вообще должны что-либо накапливать?

⁷⁷⁸ Подр. об обоих возражениях противников межпоколенческой справедливости см., напр.: Tremmel J. A Theory of Intergenerational Justice. UK, USA, 2009. P. 35-65.

Проще принять за принцип отсутствие самой обязанности накоплений, и в этом случае все, что дано нам предшествующими поколениями, окажется своего рода благотворительностью сверх требований справедливости, мы же не будем ничем обязаны будущим поколениям. Это вполне может произойти в демократических государствах, где социальную политику определяет большинство, т.е. настоящее поколение, и в этой связи Ролз подчеркивает, что не всякое предпочтение большинства справедливо. Решением данной проблемы является у рассматриваемого автора определение самой цели сбережений. По его мнению, «как только справедливые институты твердо установлены, и все основные свободы эффективно реализованы, чистое накопление должно падать до нуля. В этот момент общество утверждает свою справедливость через поддержку справедливых институтов и сохранение их материальной базы»⁷⁷⁹. Короче говоря, целью накоплений Ролз видит «достижение такого состояния общества, материальная база которого достаточна для установления эффективных справедливых институтов, в рамках которых могут быть реализованы все основные свободы»⁷⁸⁰, т.е. достижение справедливого общества, а не материальное изобилие само по себе. Это, по мнению Ролза, прямо коррелирует с постулируемой им естественной обязанностью каждого члена общества поддерживать и развивать справедливые институты, только теперь эта обязанность ложится сразу на все поколение. Впрочем, ученый не поясняет, должны ли мы проявлять жертвенность, связанную с надеждой усовершенствовать общественные институты в перспективе, превышающей продолжительность нашей жизни (или же мы не должны стремиться к идеалам, которые совершенно точно не воплотятся при нас, но могут воплотиться при наших внуках и правнуках). Остается, кроме того, вопрос о том, каков должен быть размер ставки сбережений. Здесь Ролз пытается применить собственную конструкцию выработки принципов в «исходном положении» за «вуалью неведения», но признает, что это не так просто. Так и не предложив собственный принцип справедливых сбережений, Ролз лишь указывает, что данный принцип служит ограничением для принципа различия, согласно которому доходы и богатства нужно распределять так, чтобы максимизировать долговременные перспективы наименее удачливых. Иными словами, доходы и богатства, по Ролзу, распределяются не только в пользу ныне живущих наименее обеспеченных лиц, но и в пользу еще не родившихся будущих поколений.

⁷⁷⁹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 256.

⁷⁸⁰ Там же. С. 256-257.

В научной литературе относительно взглядов Ролза на межпоколенческую справедливость высказывается обоснованный тезис, что эти взгляды не могут быть обоснованы с точки зрения договорной теории справедливости⁷⁸¹. По нашему мнению, идея договора в «исходном положении» между поколениями неприменима хотя бы потому, что мы не знаем, сколько всего поколений было и будет у человечества, и каков будет его совокупный опыт. Многие западные ученые указывают, что если мы помыслим ситуацию «исходного положения», в котором принципы справедливости выбирают представители всех поколений, в т.ч. возможных в будущем, то некоторые решения приведут к тому, что люди, принимающие участие в принятии этих решений, никогда не появятся на свет. К тому же, конструкция «исходного положения» при включении в нее множества поколений теряет свою интуитивную ясность. Постулирование же наличия у сторон в «исходном положении» чувства привязанности к своим потомкам разрушает всю идею «вуали неведения». В то же время то, что мы точно знаем – это уже имеющийся опыт, а то, что мы можем с большей или меньшей точностью предсказать – это опыт как минимум нескольких будущих поколений. Как мы полагаем, именно из этого нужно исходить. Не углубляясь в разбор критики договорного подхода к межпоколенческой справедливости, констатируем, что поскольку сама ролзовскую конструкцию «исходного положения» с «вуалью неведения», в рамках которой стороны заключают общественный договор, обоснованно расценивают как излишнюю по сравнению с ролзовским же принципом рефлексивного равновесия, постольку и необходимость изменения этой конструкции для целей обоснования принципов межпоколенческой справедливости представляется ложной проблемой. Соответственно, позиция Ролза ценна скорее как интуитивная попытка развернуть идею беспристрастности, а не идею договора.

Основной недостаток взглядов Ролза на межпоколенческую справедливость состоит в том, что данный автор игнорирует экологические вопросы, считая экономический рост чем-то самоочевидным и постоянным, не учитывая тот вред, который при этом причиняется окружающей среде. Не случайно последующие теории межпоколенческой справедливости развивались в основном в контексте экологических и связанных с ними экономических проблем. Справедливое политическое устройство, с их точки зрения, – далеко не единственное, чем мы обязаны будущим поколениям.

⁷⁸¹ Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2013. №3.

Устойчивое развитие. С начала 1970-х гг. в связи с экологическими проблемами обострился вопрос о согласовании экономического роста с охраной окружающей природной среды (см., напр., доклад Римского клуба «Пределы роста» 1972 г.). В этой связи этим получила распространение концепция «устойчивого развития». Согласно классическому определению, сформулированному в докладе Комиссии ООН по окружающей среде и развитию (Комиссия Брундтланд) «Наше общее будущее» 1987 г., устойчивое развитие означает, что удовлетворение потребностей настоящего времени не должно подрывать способность будущих поколений удовлетворять свои собственные потребности. Из этого определения видно, что ни у одного поколения нет моральной обязанности обеспечивать постоянный экономический рост, что действительно не следует из нашей моральной интуиции, но имеется обязанность не ухудшать существующее положение. Например, А. Сен цель межпоколенческой справедливости видит в обеспечении будущему поколению такого уровня жизни, удовлетворения потребностей, реальных свобод и возможностей, который, по крайней мере, столь же высок, как наш собственный⁷⁸², а Б. Бэрри полагает, что ныне живущие «не должны действовать так, чтобы их наследникам досталось сравнительно меньшее количество тех благ, которыми они пользуются сами»⁷⁸³. Конечно, устойчивое развитие должно учитывать множество факторов, среди которых изменение численности населения Земли и рост технологического прогресса, вследствие которых требование обеспечения равных возможностей для удовлетворения потребностей отнюдь не должно пониматься как требование строго равного количества ресурсов⁷⁸⁴.

Устойчивое развитие со временем стало доминирующей формулой межпоколенческой справедливости. О нем говорится, в том числе, в Декларации ЮНЕСКО от 12.11.1997 г. «Об ответственности нынешних поколений перед будущими поколениями» в контексте защиты окружающей среды и образования (ст.ст. 5, 10). Однако ученые до сих пор спорят о том, какие именно показатели (currency of justice) следует учитывать при оценке устойчивости развития⁷⁸⁵.

⁷⁸² Сен А. Указ. соч. С. 326-327.

⁷⁸³ Barry B. Sustainability and Intergenerational Justice // Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability / Ed. by A. Dobson. Oxford, 1999. P. 101.

⁷⁸⁴ Birmbacher D. Responsibility for future generations – scope and limits. // Handbook of Intergenerational Justice. / Ed. by J. Tremmel. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006. P. 33.

⁷⁸⁵ См. обзор, напр., в: Page E.A. Climate Change, Justice and Future Generations. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006. P. 50-77. Или в: Tremmel J. Op.cit. P. 65-146.

Одни авторы утверждают, что мы должны сохранить для будущих поколений имеющийся капитал⁷⁸⁶ (природный, финансовый, социальный, человеческий, культурный и др.), иными словами – ресурсы, но при этом возникают неразрешимые вопросы: какие виды капитала достаточно значимы, чтобы их следовало бы учитывать? как они должны соотноситься друг с другом, и возможно ли их взаимное замещение? какими показателями их измерять, и как быть с невозможностью количественно определить стоимость многих видов капитала (природного, культурного и т.п.)? «Даже если рыночная оценка имеется, нет гарантий, что она адекватно отражает значение, которое различные виды активов имеют для будущего благосостояния»⁷⁸⁷. Любопытно, что ролзовские справедливые институты могут рассматриваться лишь как часть культурного капитала.

Другие авторы апеллируют к критерию «благополучия» (т.е. уже не к причинам, а к следствиям), но и здесь возникают проблемы: какие критерии благополучия, объективные или субъективные, следует учитывать (с одной стороны, нет смысла увеличивать богатства, если это не делает людей счастливее, с другой стороны, неправильно было бы отбирать последнее у бедных, но счастливых людей)? какой из объективных критериев предпочесть, и как их совмещать (см. индекс человеческого развития, индекс благосостояния человека, индекс социального прогресса, индикатор подлинного прогресса или др. альтернативы ВВП)? как измерить и сопоставить субъективные ощущения разных лиц (см. международный индекс счастья)? если мы решим сочетать объективные и субъективные критерии, то каково их соотношение (см., напр., индекс качества жизни)?

В связи с рассматриваемой проблемой актуализируются также такие критерии, которые Ролз называл «первичными социальными благами» (основные права и свободы, властные возможности, доходы и богатство, самоуважение), и такие, которые Нуссбаум назвала «основными возможностями функционирования человека» (жизнь нормальной продолжительности, здоровье и телесная неприкосновенность, нормальное эмоциональное развитие, возможности чувствования, воображения и мышления, нравственного выбора и отдыха, социальная принадлежность, связь с другими биологическими видами, контроль

⁷⁸⁶ Нанп.: Ederer P., Schuller P., Willms S. The Economic Sustainability Indicator. // Handbook of Intergenerational Justice. / Ed. by J. Tremmel. Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.

⁷⁸⁷ Стиглиц Д., Сен А., Фитусси Ж.-П. Неверно оценивая нашу жизнь: почему ВВП не имеет смысла? Доклад Комиссии по измерению эффективности экономики и социального прогресса. М., 2016. С. 68.

над окружением). Эти критерии, по мнению их авторов, претендуют на универсальность, так как отражают ценности, которые однозначно будут свойственны, в том числе, и будущим поколениям. Но и здесь имеются проблемы: неужели все остальные показатели не важны при определении наличия вреда будущим поколениям? почему мы учитываем количество таких благ, как доходы и богатство, различные человеческие возможности, но не учитываем их распределения и уровня их обеспечения у разных лиц, т.е. не учитываем саму справедливость как благо?

Чтобы решить вышеуказанные проблемы, как мы полагаем, следует: 1) учитывать только те факторы, которые обладают вневременной ценностью для индивида; 2) в качестве таких факторов рассматривать и благополучие (субъективное и объективное), и ресурсы, и возможности; 3) по каждому из факторов использовать совокупность показателей, в том числе и несводимых друг к другу.

Аналогия с деликтом. Принципы взаимодействия не сосуществующих поколений, на наш взгляд, могут быть почерпнуты из цивилистики – науки, совершенствовавшейся веками. Поскольку договор между указанными поколениями физически невозможен, постольку проблемы межпоколенческой справедливости должны решаться через конструкцию деликтных обязательств (т.е. обязательств из причинения вреда). Так, мы могли бы условно рассматривать природные и производные от них ресурсы как общую совместную собственность множества поколений, которые пользуются ею необычным способом – по очереди⁷⁸⁸. Причинение вреда общему имуществу одним из собственников в этом случае, как представляется, дает другому собственнику требовать возмещения убытков или восстановления положения, существовавшего до нарушения права (ср. со ст.ст. 12, 15, 1064, 1082 ГК РФ). Причинение вреда налицо и в тех ситуациях, когда пользование благом осуществляет одно поколение, а связанные с этим издержки несет другое (ср. ст. 1102 ГК РФ). Само по себе пользование природными ресурсами не запрещено, но возложение на другое поко-

⁷⁸⁸ Подход, согласно которому природа рассматривается в качестве общего достояния различных поколений, весьма распространен. Но мы предлагаем рассматривать в качестве такового не только природу, но и все остальные ресурсы, блага и возможности, производные от нее, поскольку отделить техногенные объекты от изменившейся под их влиянием природы затруднительно. Кроме того, далеко не все философы склонны рассматривать природу как собственность человечества. Многие ее защитники считают природу самоценной (и на этом основании пытаются сохранить исчезающие виды), а также отстаивают «права животных», из чего следует, что охрана окружающей среды может быть обоснована отнюдь не только соображениями межпоколенческой справедливости при распределении ресурсов.

ление связанного с этим негативного бремени следует квалифицировать как причинение вреда. Конструкция негаторной защиты вещных прав в рассматриваемом случае неприменима потому, что будущему поколению пользоваться природными ресурсами мешает не нынешнее поколение, а сам фактор времени. Конструкция кондиционных обязательств также неприменима, так как нельзя полагать, что нынешнее поколение пользуется природными ресурсами неосновательно, а будущее – по надлежащим основаниям. Таким образом, понятие деликта вполне может служить в рассматриваемом вопросе источником основных начал межпоколенческих отношений.

Сказанное обращает наше внимание на классические условия наступления деликтной ответственности: противоправное деяние, виновность субъекта, наличие вреда, а также причинно-следственной связи между деянием и вредом. Противоправным, мы полагаем, можно считать любое ухудшение нынешним поколением показателей, которые достались ему от предыдущего поколения. Причинно-следственная связь в рассматриваемом случае растянута во времени, но в той мере, в которой она присутствует и прослеживается, она служит условием деликтной ответственности. Виновность определяется уровнем развития научных знаний, при этом важно не только то, предвидит ли нынешнее поколение причинение вреда будущим поколениям, но и то, должно ли оно это предвидеть. Отсюда – необходимость добросовестного проведения соответствующих научных исследований и принцип уменьшения возможных рисков до разумных пределов.

Названные условия виновности и причинно-следственной связи актуализируют принцип дисконтирования нравственного значения будущих событий по сравнению с нравственным значением настоящего. Суть этого принципа заключается в том, что чем дальше в будущее отстоит событие, тем менее оно для нас значимо. Вопреки распространенному мнению, к данному принципу отсылают далеко не только утилитаристы. Невозможность предсказать условия жизни, идентичность и предпочтения отдаленных поколений, а также сверхдолгосрочные причинно-следственные связи делает дисконт поколений убедительным скорее с точки зрения моральной интуиции, чем пользы. Кроме того, в пользу дисконта поколений говорит убеждение в том, что мы имеем особые обязательства перед теми, кто более близок к нам. Эта логика в рамках одного поколения воплощается в идее «концентрических кругов», но может быть применена и к отношениям между поколениями. Речь при этом идет не о субъективных моральных привязанностях, а об отрефлексированных моральных интуициях. Наконец,

опасность избыточной жертвенности, которую обычно называют следствием сугубо утилитаристского подхода⁷⁸⁹, также является вполне самостоятельным интуитивным аргументом в пользу дисконта будущего. Что касается размера «ставки дисконтирования», то справедливость, как мы полагаем, требует пропорционального изменения этой ставки, от 100%-ной значимости потребностей нынешнего поколения до 0%-ной значимости потребностей того поколения, последствия наших действий для которого мы предвидеть уже неспособны (в зависимости от конкретной ситуации влияния на будущее это будет свое поколение).

Некоторые примеры. Как видится, именно принципы деликтной ответственности объясняют моральную привлекательность позиции О. Хёффе, согласно которой основное правило взаимоотношений поколений таково: «настоящее не должно жить за счет будущего» (это не совсем то же самое, что принцип «платит выгодоприобретатель», потому что нынешнее поколение по праву является выгодоприобретателем всего доставшегося из прошлого, но не платит за него). Сам названный ученый рассматривает это правило в контексте договорной справедливости, заявляя: «договор между поколениями будет справедливым лишь тогда, когда следующее поколение не получает в наследство никаких ипотек без одновременного наследования достаточных гарантий по ним. С этой точки зрения, к примеру, добыча невозобновляемых источников энергии будет справедливой лишь при условии, если она осуществляется не быстрее, чем будут открыты новые источники»⁷⁹⁰. Однако ни о каком договоре поколений, кроме как трансцендентальным, здесь не может быть и речи, трансцендентальный же договор излишен при наличии принципа равенства. Схожих моральных интуиции придерживается В. Хёсле, но уже не отсылает к договору и обмену. Он утверждает, что «то поколение, которое потребляет невозобновляемые ресурсы, должно было бы инвестировать прибыль, по крайней мере частично, в исследования в области альтернативных видов энергии или материалов»⁷⁹¹. Данный автор предлагает ввести государственное регулирование цен на невозобновляемые ресурсы, так как рынок создает условия для их истощения, будучи нечувствительным к потребностям будущих поколений. Также у Хёффе читаем: «Поколение, позволяющее себе сильнее обременять окружающую среду в ре-

⁷⁸⁹ Прокофьев А.В. Справедливое отношение к будущим поколениям (нормативные основания и практические стратегии) // Этическая мысль. 2008. №8. С. 232.

⁷⁹⁰ Хёффе О. Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 132.

⁷⁹¹ Хёсле В. Справедливость в отношениях между поколениями. // АПЕ. 2000. №2. С. 241.

зультате роста населения, обязано настолько улучшить экологический баланс в целом, насколько оно угрожает обременить окружающую среду»⁷⁹². По схожему мнению Хёсле, «дестабилизация климата по причине ее очевидных последствий с точки зрения естественного права будет рассматриваться как вклад в массовое убийство»⁷⁹³.

Подчеркнем, что у цитируемых авторов мы вновь встречаем слабый тезис «недопустимости ухудшения», а не сильный тезис «обязанности улучшения». Только в данном случае речь о недопустимости не самого ухудшения экономического и иного положения будущего поколения, а скорее использования нынешним поколением преимуществ, связанных с таким будущим ухудшением. Это пояснение демонстрирует, почему мы не можем ограничиться обеспечением будущему поколению минимального уровня возможностей, очерчиваемого правами человека: возможная неравноценность обмена будет тому препятствием. Что касается случаев, когда права человека все еще не обеспечены в настоящем, то эти проблемы должны решаться в рамках текущей деятельности, а не построения стратегий будущего. Добавим к этому, что иногда «ухудшения» жизни будущих поколений всё же допустимы, а именно если отсутствуют все необходимые условия деликтной ответственности нынешнего поколения.

Изложенный подход не решает, однако, тех проблем межпоколенческой справедливости, которые касаются скорее не долгосрочных факторов (экология и т.п.), а сосуществующих вместе поколений. Между тем, ту же самую логику цитируемые авторы распространяют и на эти проблемы. По Хёффе, например, поскольку настоящее не должно жить за счет будущего, постольку оправданы расширенные трудовые права женщин с детьми, недопустимы высокие бюджетные траты на пожилых людей при игнорировании проблем молодежи и т.д. Полагаем, что эта экстраполяция выглядит неубедительной с точки зрения собственных взглядов Хёффе на справедливость как на обмен. Так, забота о пожилых людях не должна превышать ту заботу, которую эти пожилые люди оказывали ранее тем, кто о них сейчас заботится: давший мало и получает мало, давший много получает много. Следовательно, речь должна идти не о том, что нынешние старики живут за счет будущего поколения, а о том, что они живут за счет настоящего поколения, которое не должно давать им так много, как оно дает. Аналогично отсутствие расширенных трудовых прав женщин с малолетними детьми не свидетельствует о том, что эксплуатирующий их рабо-

⁷⁹² Хёффе О. Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 162.

⁷⁹³ Хёсле В. Справедливость в отношениях между поколениями. // АПЕ. 2000. №2. С. 242.

тодатель (или общество) живет за счет будущих поколений; скорее, это свидетельствует о том, что выросшие дети не будут слишком многим обязаны родителям. Таково, по нашему мнению, последовательное развитие идей Хёффе, при котором названные им ситуации не должны трактоваться как нарушающие принцип «настоящее не должно жить за счет будущего». Хёсле также подчеркивает постепенное старение населения как проблему, но кроме этого обращает внимание на государственный долг, который в силу невозможности его списания представляет собой, по мнению автора, попытку жить за счет будущих поколений. И хотя этот последний пример представляется обоснованным, сказанное в целом демонстрирует, что принцип «настоящее не должно жить за счет будущего» плохо применим к тем проблемам, которые касаются сосуществующих вместе поколений, так как в последнем случае как раз уместно говорить не о деликте, а о договоре.

Приложение. Либертарно-юридическая концепция права: критический анализ

Введение. Что есть право, в чем его сущность и каково его социальное предназначение? Поиском ответов на эти вопросы занимались самые выдающиеся мыслители различных эпох. Однако универсальное определение права, которое могло бы устроить представителей каждой эпохи, так и не найдено. Означает ли это, что прежние взгляды были ошибочными? И можем ли мы в будущем через новые исследования выйти, наконец, к универсальному определению? Полагаем, что на оба этих вопроса следует ответить отрицательно. В то же время современный исследователь В.С. Нерсесянц, по-видимому, ответил бы на них положительно.

Он указывает, в частности, что все предшествующие теории правопонимания можно разделить на две большие группы: юснатуралистические и легистские. Юснатурализм, согласно В.С. Нерсесянцу⁷⁹⁴, равно как и некоторым другим современным теоретикам права⁷⁹⁵, по существу смешивает понятия права и морали, тем самым лишая первое из них всяческой специфики. Легизм же нивелирует специфику права, отождествляя его уже с законом как непосредственным выражением воли государства. На этом основании В.С. Нерсесянцем делается вывод о том, что обе названные концепции неверно отражали сущность права как социального явления, так как страдали односторонней интерпретацией.

Представляется, однако, что сама эта позиция является несколько односторонней. Юснатурализм и легизм следует рассматривать в качестве "идеальных типов" понимания права, то есть некоторых ценностных установок, с точки зрения которых изучается правовая действительность. Здесь спор идет именно о выработке понятия, имеющего некоторую ценность, а не о том, что мы наблюдаем в действительности (то, что представляет собой правовая сфера общественной жизни, большинство мыслителей как раз таки достаточно ясно понимали). Так, С.С. Алексеев указывает на то, что право "существует и развивается в известном противоборстве с государством"⁷⁹⁶. Однако признавая этот факт, юснатуралист скажет, что в нём есть проявление самостоятельной, независимой от государства сущности права, а легист, также

⁷⁹⁴ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, № 3. С. 10.

⁷⁹⁵ Теория государства и права. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 2004. Электр. изд. С. 150.

⁷⁹⁶ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 76.

не отрицая этот факт, укажет на то, что воля государства (являющаяся единственным "источником" права), сама испытывает на себе влияние тех или иных социальных сил, вследствие чего изменяется (что также находит выражение в праве), но это ещё не значит, что право есть нечто внегосударственное. Таким образом, юснатурализм и легизм лишь акцентируют внимание на тех или иных аспектах правовой действительности, однако из этого не следует, что данные концепции противостоят друг другу в её интерпретации.

В связи с изложенным напрашивается вывод о том, что ни юснатурализм, ни легизм не являются полностью неверными концепциями. Мы также можем задать вопросы: действительно ли сторонники юснатурализма считали недостойным соблюдения любой закон, противоречащий морали, и действительно ли сторонники легизма считали не имеющим практической значимости закрепление в законе нравственных установок? Вряд ли положительный ответ на эти вопросы будет верным. Следует из сказанного и другой вывод, а именно тот, что универсального определения права достигнуть невозможно в принципе. Согласно М. Веберу каждая историческая эпоха и каждое общество обладают собственными ценностями, которые являются определяющими при выработке тех или иных плоскостей научного исследования⁷⁹⁷ [4, с. 664], и мы можем распространить это на научное понятие права. В юридической литературе также встречается заслуживающая внимания точка зрения, согласно которой "размышляя о сущности права, необходимо иметь в виду ее динамические свойства, учитывать, что право – это *динамическая*, развивающаяся система, что ее свойства подвержены изменениям в процессе развития человеческого общества, точно так же как изменяется культура, язык"⁷⁹⁸. Иными словами, понятие права связано с языком как выразителем сознания, и уже сама динамичность языка обуславливает динамичность права (кроме того, на том или ином этапе развития общества в понятие права могут включаться изменчивые свойства, которые также повлекут динамичность самого понятия).

Несмотря на вышесказанное, В.С. Нерсисянц обрушился с критикой на предшествующие концепции права и на основе неё предпринял попытку создать универсальное определение названного явления. Итогом стала разработка им оригинального либертарно-юридического понимания права.

⁷⁹⁷ Скирбекк Г., Гилье Н. История философии. М., 2008. С. 664.

⁷⁹⁸ Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права. М., 2005. С. 112.

Принцип формального равенства. Согласно этой концепции под сущностью права понимается *принцип формального равенства*, который "представляет собой единство трех подразумевающих друг друга сущностных свойств (характеристик) права – всеобщей равной меры регуляции, свободы и справедливости"⁷⁹⁹. Право, таким образом, включается в себя формальную меру, формальную свободу и формальную справедливость.

Под равной мерой здесь, по-видимому, понимается такой подход, согласно которому люди при всех их различиях мыслятся как заслуживающие единообразного критерия для оценки их поведения. Под равной свободой понимается неподчиненность человека человеку, его способность лично отвечать за свои поступки. Равная справедливость же предстает конкретным социальным регулированием, при котором на всех людей распространяются единые дозволения, запреты и предписания.

Понятие равенства как равной меры у В.С. Нерсесянца не является ни фактическим, ни правовым. Названный автор, в частности, пишет: "*Исходные фактические различия между людьми*, рассмотренные (и регулированные) с точки зрения абстрактно-всеобщего правового принципа равенства (равной меры), *предстают в итоге в виде неравенства в уже приобретенных правах...* Право как форма отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает (и не может уничтожить) исходных различий между разными индивидами, но лишь формализует и упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформирует неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные права свободных, независимых друг от друга, равных личностей"⁸⁰⁰.

Таким образом, личности не равны ни в правах, ни в имуществе, ни в своих индивидуальных качествах. Равенство, согласно вышеприведенной цитате, остается понимать только как абстрактность: право выявляет некоторые фактические различия индивидов, дифференцирует индивидов на основе этих различий, и применяет к каждой из установленных категорий людей соответствующее правовое регулирование (таким образом, правовое регулирование получает свою специфику в отношении каждой из этих категорий). Однако вопрос о том, какие именно отличия принимать во внимание и каковы критерии неправо-

⁷⁹⁹ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, № 3. С. 4.

⁸⁰⁰ Проблемы общей теории государства и права. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 166.

вой дискриминации (например, должны ли в праве учитываться исходные различия в расе, национальности и т.п.), остается при такой интерпретации открытым.

Итак, равную меру следует понимать как равенство всех конкретных людей перед абстрактными нормами закона. В этом смысле даже те нормы, которые фактически распространяются только на одного конкретного человека, по своей сути являются абстрактными, так как этим конкретным человеком может оказаться якобы любой. Но такая абстрактность должна быть свойственна любой социальной норме, покуда последняя считается таковой. Любая социальная норма (норма нравственности, этикета) распространяется на всех носителей определенного статуса (напр. ученик в школе, прихожанин в храме) и является абстрактной по своей сути. Поэтому в указанном смысле формальное равенство не может служить отличительным признаком права.

Кроме того, обращает на себя внимание следующая проблема понятия равенства как равной меры. Как уже было отмечено, подразделять индивидов на те или иные категории можно до бесконечности, в конечном счете делая ту или иную норму права применимой лишь к одному конкретному человеку. Так и обстоит дело, в частности, с регулированием правового статуса Президента РФ и руководителей государственных органов. Вероятно, многие согласятся и с тем, что вводя ч. 5 ст. 247 в нынешний УПК РФ законодатель также имел в виду одного конкретного человека. Во всех подобных случаях формальность правовых норм (формальность именно как абстрактность, в смысле противоположности конкретности, как это слово употребляется у В.С. Нерсесянца) носит весьма зыбкий характер. Проблема может возникнуть в связи с тем, что законодатель, желая воздействовать с помощью правовых средств на вполне конкретного человека, установит соответствующую норму (*de facto* распространяющуюся только на одно лицо и, например, освобождающее это лицо от ответственности в силу его неприкосновенности), а по минованию надобности отменит указанную норму. В этом случае абстрактность только прикрывает конкретность. Автор либертарно-юридической концепции права не дает нам ответа на то, как следует оценивать подобные правовые нормы, и являются ли они правовыми с точки зрения данной концепции. Критиками не случайно отмечается, что "при отсутствии определенных критериев либертарная концепция не может реализовываться в правоприменении"⁸⁰¹.

⁸⁰¹ Тяпин И.Н. Либертарная философия права: критический анализ в контексте социального кризиса в России // Вестник СПбГУ. Философия и конфликтология. 2014. №2. С. 87.

Отметим также, что В.С. Несресянц напрямую связывает понятие равенства с понятием правосубъектности (правоспособности и дееспособности) лица. Он пишет, что "уравнивание предполагает наличие фактических различий и вместе с тем их незначимость с точки зрения соответствующего критерия (основания) уравнивания, а именно: свободы индивида в общественных отношениях, которая признается, выражается и утверждается в форме его правосубъектности и правоспособности"⁸⁰². Таким образом, равенство предстает как равная правосубъектность (равная свобода)⁸⁰³.

Казалось бы, критерий правосубъектности вносит некоторую ясность при определении правового характера закона: каждый человек, по крайней мере, должен признаваться субъектом права. Но в этом смысле очень большая часть населения страны, согласно либертарно-юридической концепции, оказывается полностью или частично исключенной из сферы действия права. К этой части относятся не полностью дееспособные, ограниченно дееспособные, лишенные дееспособности, ограниченно правоспособные, и в любом случае все несовершеннолетние лица (поскольку некоторые права и обязанности могут возникнуть только при наступлении совершеннолетия, даже если полная дееспособность обретена ранее). Мы также должны указать на многочисленные возрастные цензы, влияющие на политические права граждан, и тем самым исключающие индивидов из правовой сферы (так, президентом РФ может стать только лицо, достигшее 35 лет). Право в отношении указанных групп индивидов лишь оценивает последствия соприкосновения этих индивидов с правовой сферой, а именно устанавливает особенности их ответственности (с учетом не наступившей деликтоспособности), предусматривает последствия сделок, совершенных недееспособным лицом (ст. 171 ГК РФ) и пр. Другая проблема заключается в том, что критерий правосубъектности вряд ли может служить достаточным для отграничения права и неправа: во-первых, человек, наделенный формальной правосубъектностью, может быть лишен множества прав в отсутствие разумных на то оснований, и тем самым его положение в обществе нельзя рассматривать как равное с другими людьми; во-вторых, даже при наличии равных прав, возможности для их реализации могут быть совершенно разными, что также влечет фактическое неравенство, которое, как представляется,

⁸⁰² Несресянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, № 3. С.6.

⁸⁰³ Несресянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 17; Несресянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2002. С. 26.

оправдывалось В.С. Нерсесянцем, и выглядит сомнительной точка зрения В.В. Лапаевой, согласно которой автор либертарно-юридической концепции выступил бы в поддержку "позитивной дискриминации" как способа обеспечения равных возможностей в реализации прав⁸⁰⁴.

Проанализируем подробнее свободу как ключевое понятие либертарно-юридической концепции права. Предполагается, что право распространяется только на свободных индивидов, и "выключает" свое действие при обнаружении несвободы. Мы можем найти примеры такого подхода в действующем законодательстве. Так, согласно Уголовному кодексу РФ не может считаться преступником лицо, совершившее предусмотренное данным Кодексом деяние под влиянием физического принуждения (ст. 40 УК РФ), а совершение преступления в силу материальной, служебной или иной зависимости является смягчающим обстоятельством (ст. 61 УК РФ) и т.д. Гражданским кодексом РФ, в свою очередь, указывается на то, что лицо не должно нести ответственность, если нарушило свои обязательства вследствие чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (ст. 400 ГК РФ). Таким образом, право регулирует отношения только свободных индивидов, и специально предусматривает случаи несвободы, исключаящие либо уменьшающие юридическую ответственность.

Однако в этой связи по нашему мнению рассматриваемая концепция имеет ряд недостатков. Во-первых, обращает на себя внимание тот факт, что согласно Гражданскому кодексу РФ законом и договором всё-таки может быть предусмотрено несение лицом гражданской ответственности в условиях, когда оно нарушило свои обязательства вследствие непреодолимой силы (ст. 400 ГК РФ). В связи с этим возникает вопрос: неужели соответствующий закон или договор должен считаться "неправовым"? Вообще, здесь можно указать на все случаи "безвиновной" ответственности, коих в действующем законодательстве не так уж мало, и которые сводятся к тому, что лицо хотя и не имело физической возможности исполнить свои обязательства, тем не менее должно понести ответственность за свои действия либо бездействие. Таким образом, действующее правовое регулирование не всегда зависит от степени свободы индивидов.

Заметим далее, что под свободой В.С. Нерсесянц понимает только внешнюю свободу. "Говоря о праве как мере (норме, форме) свободы, – пишет он, – мы имеем в виду меру этой свободы в сфере поведения людей, их внешних действий, но не находящуюся вне правовой

⁸⁰⁴ Лапаева В.В. Концепция права Р. Дворкина с позиций либертарно-юридического подхода // Труды Института государства и права РАН. 2013. №4. С. 166.

сферы свободу внутренних усмотрений, самоопределений и решений морально независимой и автономной личности"⁸⁰⁵.

Между тем, право, как нам представляется, имеет тесную связь также с внутренней свободой индивида. Упорядочивая общественные отношения и устанавливая определенную меру внешней свободы индивида, право одновременно создает либо ограничивает условия для внутренней свободы индивида. Так, согласно И. Канту естественному праву соответствует то, что необходимо для обеспечения моральной (т.е. внутренней) свободы индивида⁸⁰⁶.

Без учета внутренней свободы индивида сложно объяснить такие явления, как исключение уголовной ответственности при совершении деяния, предусмотренного Уголовным кодексом РФ, под влиянием психического принуждения (ст. 40 УК РФ), установление особых последствий совершения преступления либо иного правонарушения в состоянии аффекта (ст. 4.2 КоАП РФ, ст. 107, 113 УК РФ), совершения сделки под влиянием существенного заблуждения (ст. 178 ГК РФ) либо при неспособности понимать значение своих действий и руководить ими (ст. 177 ГК РФ). В случае, когда ответственность индивида зависит от его правосубъектности, в обоснование такой зависимости мы можем сослаться на исключение из правовой сферы отношений, в которых отсутствует равенство. Но в указанных только что примерах такое объяснение не работает, равно как и объяснение через внешнюю свободу.

К слову, конкретизируя понятия аффекта, заблуждения и т.п., право предлагает свои критерии того, что является внутренней свободой индивида, а что не является, и устанавливает последствия соответствующей несвободы. Таким образом, право может одновременно выступать мерой не только внешней, но и внутренней свободы индивида.

Здесь, однако, приходится констатировать, что, как и в случае внешней свободы, не всегда значимой для права, особые последствия внутренней несвободы право также устанавливает не всегда. Например, согласно Уголовному кодексу РФ лицо, совершившее преступление в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств или других одурманивающих веществ, подлежит уголовной ответственности (ст. 23 УК РФ). Этим положением закона фактически признается внутренняя несвобода лица, не влекущая, тем не менее, никаких правовых последствий.

Перейдем, наконец, к анализу понятия формальной справедливости. Согласно В.С. Нерсеянцу формальная справедливость есть "аб-

⁸⁰⁵ Нерсеянц В.С. Право и закон. Из истории правовых учений. М.: Наука, 1983. С. 344.

⁸⁰⁶ Скирбекк Г., Гилье Н. Указ.соч. С. 462.

страктно-всеобщая, одинаково равная для всех... мера и форма дозволений, запретов и т.д., исключая чьи-либо привилегии"⁸⁰⁷. Справедливость здесь понимается как наличие совершенно одинакового набора прав и обязанностей, но не у всех вообще членов данного общества, а только у тех, которые принадлежат к определенной юридически значимой категории лиц. Справедливость обусловлена равенством перед абстрактным законом. При этом можно задаться вопросом о том, каковы реальные шансы того или иного индивида стать членом некоторой социальной группы (на членов которой распространяются определенные дозволения, запреты и предписания). Так, возможна ситуация, когда доступ к некоторой социальной группе законодательно сильно ограничен, и хотя формально сохраняется равенство возможностей, фактически доступ в эту социальную группу открыт только некоторым людям. Например, состоятельным гражданам легче попасть в представительные органы власти хотя бы потому, что они имеют больше средств для проведения избирательной кампании. И здесь возникает другой вопрос, а именно: не будут ли принимаемые этим представительным органом нормативные акты защищать в первую очередь интересы состоятельных людей, в том числе их интерес остаться членами данного представительного органа? Согласно либертарно-юридической концепции права изложенный расклад будет и справедливым, и правовым, так как созданные привилегии не являются "индивидуальными", "частными". И здесь в расчет не берется ни воля народа, ни реальные потребности общества. Соответственно встает вопрос о ценности такого понимания права и справедливости. Позитивистский подход на смену демократической неопределенности поставил антидемократическую определенность, но и либертарно-юридический подход делает практически то же самое (отличие лишь в том, что первый допускает всякий произвол, а второй – закрепление в абстрактных конструкциях закона многих явно антиобщественных интересов).

Пытаясь преодолеть указанный недостаток, В.С. Нерсесянц указывает на тесную связь права и демократии⁸⁰⁸. Обращает на себя внимание, в частности, следующее его высказывание: "*Действительная и полная правосубъектность индивидов предполагает и их законотворческую правосубъектность, их соучастие (в той или иной форме) в законотворчестве... Свобода возможна лишь там, где люди не только ее*

⁸⁰⁷ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, № 3. С. 4.

⁸⁰⁸ Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2002. С. 32.

адресаты, но и ее творцы и защитники"⁸⁰⁹. Однако если следовать такой логике, то отношения между индивидами, имеющими различные избирательные права (как активного, так и пассивного типа), априори не являются правовыми, поскольку такие индивиды не равны ни в степени своей правосубъектности, ни в степени своей свободы (например, 21-летний гражданин и 18-летний гражданин имеют различные возможности по участию в законотворчестве, вследствие чего встает вопрос об их принципиальной возможности вступить друг с другом в правовые отношения).

Соотношение права и морали. Таким образом, В.С. Нерсесянцу не удалось преодолеть недостатки юснатурализма попыткой различения права и закона через формальные, а не фактические критерии. Эти формальные критерии отчасти сами оказались размытыми и неопределенными. В действительности названный исследователь недалеко ушел от юснатуралистического отождествления права и морали, и в научной литературе даже утверждается, что он развивал кантовский естественно-правовой подход к праву (идею "всеобщего закона права")⁸¹⁰, а истоки принципа формального равенства "коренятся в природе человека как носителя разумной свободной воли"⁸¹¹.

Так, В.С. Нерсесянц утверждает следующее: "Компоненты принципа формального равенства (равная мера, свобода и справедливость) относятся к сфере права, а не к сфере морали, нравственности, религии и т.д."⁸¹². Между тем, очевидно, что понятия равной меры, свободы и справедливости имеют к морали не меньшее отношение, чем к праву.

Принцип равной меры существует и в сфере нравственности. Согласно этому принципу "моральные требования в равной мере должны распространяться на всех людей, независимо от их общественного положения и условий жизни. В личном плане этот принцип предполагает, что при оценке поступков других людей человек должен исходить из тех же требований, которые он предъявляет к самому себе"⁸¹³.

Исключительно правовой характер справедливости В.С. Нерсесянц пытается вывести через отсутствие единой и всеобщей морали и

⁸⁰⁹ Проблемы общей теории государства и права. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 170.

⁸¹⁰ Архипов С.И. Указ.соч. С. 8.

⁸¹¹ Лапаева В.В. Указ.соч. С. 153, 158.

⁸¹² Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С. 5.

⁸¹³ Словарь по этике / Под ред. И.Кона. М., 1981. С. 278.

через противоположную этому общезначимость правовых норм⁸¹⁴. Представляется, однако, что каждое общество характеризуется как единой моралью, так и единым законодательством (а также другими регуляторами, распространяющимися на всех членов данного социума). Поэтому аргументы В.С. Нерсесянца не выглядят убедительными.

Отметим, наконец, относительно понятия свободы, что общественная мораль, как и право (как, собственно говоря, и другие социальные регуляторы) вполне может выступать мерой, нормой и формой свободы людей, поэтому свобода также не является исключительно правовым понятием.

В обоснование своей концепции В.С. Нерсесянц приводит тот довод, что правовые нормы максимально формализованы, поэтому именно формализованность права следует считать его сущностным отличием от других социальных норм. Однако здесь необходимо понимать, что формализованность права "означает: во-первых, то, что нормы права отличаются... определенностью... во-вторых, имеют документальную или иную формализованную форму выражения"⁸¹⁵. Ни о каких других значениях формализованности как сущностного признака права не может идти речи (так, формализованность может пониматься и в смысле формализма, то есть как деформация права, но в этом случае она не является сущностным признаком права). Связывание же формального подхода права с понятиями свободы, равенства и справедливости представляется во многом непродуманным. Кроме того, формальная определенность в принципе не может считаться абсолютным критерием разграничения права и других социальных норм, если учесть то, что многие религиозные обряды также чрезвычайно формализованы, некоторые нормы морали могут иметь фиксированную шкалу санкций⁸¹⁶, а сами правовые нормы, будучи выраженными лишь в общих принципах, обычаях и прецедентах, могут оказаться недостаточно формализованными.

Выводы. На основании изложенного мы приходим к выводу о том, что либертарно-юридическая концепция права, предложенная В.С. Нерсесянцем, не свободна от внутренних изъянов, и не способна дать универсальное определение права. (Можно также заметить, что подобно многим юснатуралистическим теориям, она не способна дать ответ на вопрос о том, как следует вести себя человеку, столкнувшемуся

⁸¹⁴ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, № 3. С. 5.

⁸¹⁵ Элементарные начала общей теории права. / Под общ. ред. В. И. Червонюка. М., 2003. С. 83.

⁸¹⁶ Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М., 1986. С. 114.

ся с неправовым законом). В действительности в широком плане даже чисто логически возможно либо юснатуралистическое либо легистское определение права, и третьего здесь не дано: или мы признаем за правом некоторую самостоятельную (отличную от государственной воли) сущность, или мы считаем сущностью права веление государства. При этом любое определение самостоятельной сущности права (в том числе либертарно-юридическое, которое в отличие от классического юснатуралистического является формально-содержательным, а не фактически-содержательным) является неизбежно относительным и в некотором смысле субъективным ценностным суждением.

Заключение

В этой книге было рассмотрено множество самых различных проблем, одни из которых принято называть этическими, другие – юридическими или политологическими. Но все эти проблемы объединяет то, что они являются проблемами должного социального регулирования. И в этом смысле они составляют общий предмет, который мы обозначили как теория справедливости. Оцениваем ли мы действующие правовые нормы, рассматриваем ли гипотетические ситуации «мыслительных экспериментов» в этике или погружаемся в анализ многообразных факторов реальности в ходе судебного процесса или политической деятельности, мы всегда отсылаем к должному, а это значит, во всех этих случаях нам необходима некая общая теоретическая база. «Как ни абстрактна на первый взгляд эта тема, поиск общественного идеала тем не менее имеет большое значение и для уяснения практических юридических и политических проблем»⁸¹⁷.

Поскольку должное не выводимо из сущего, постольку оно выводимо только из иного должного, а это значит, что теория справедливости не может не основываться на некоторых постулатах должного, не подлежащих доказыванию (и не могущих быть доказанными). Отсюда, практическая польза и востребованность такой теории зависит от распространенности указанных постулатов во взвешенных моральных интуициях заинтересованных лиц. Автор настоящих очерков исходил из посылки, что на высшем уровне на роль такого постулата претендует идея равной заботы и уважения по отношению к людям. Для целей теории она предполагается безусловной (хотя на самом деле это, конечно, не так). Имеются основания полагать, что сложившийся на сегодняшний день «либерально-консервативно-социалистический идеологический консенсус»⁸¹⁸ и общепризнанные права человека основываются на указанной идее, хотя и не исчерпывают содержание теории справедливости. В свою очередь на нижестоящих уровнях существуют свои постулаты, уже хотя бы в минимальной степени зависящие от конкретной эмпирии, а потому изменчивые. Высший постулат не определяет их конкретное содержание, но, несомненно, определяет их конечную цель.

⁸¹⁷ Фролова Е.А. Правовой идеал в философии права. // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. №5.2011. С. 77

⁸¹⁸ Эту терминологию мы заимствуем из: Россия в поисках идеологии: трансформация ценностных регуляторов современных обществ / под ред. В. С. Мартынова, Л. Г. Фишмана. М., 2016. С. 10, 62, 158, 160 и др.

Таким образом, мы не следуем устаревшей доктрине естественного права, отстаивавшей существование некоторого «идеального свода законов», пригодного для всех стран и времен, но и не останавливаемся на неокантианской идее «возрожденного» естественного права, считающей абсолютной лишь формальную (регулятивную) идею общественного идеала. Так, мы не отрицаем относительность любых идеалов, но для практических целей постулируем как догму то, что на сегодняшний день способно снискать одобрение большинства участников практических дискурсов, чтобы на этой основе построить непротиворечивую систему долженствования. Конечно, сфера социального чрезвычайно широка, и мы могли затронуть лишь малую часть тех проблем, которые возникают при ответе на вопрос о том, каким социальное регулирование должно быть. Но данные очерки, по крайней мере, могли бы показать, что, не уподобляясь, с одной стороны, «классическому» или «возрожденному» естественному праву, с другой стороны, постмодернистскому релятивизму, вполне возможно отвечать на вопросы о должном социальном регулировании системно, непротиворечиво, междисциплинарно и в рамках научного этоса, тем самым объективно обосновывая направления дальнейшего политико-правового развития.

Рекомендуемая литература

1. Александров А.О значении концепции объективной истины // Российская юстиция. 1999. № 1.
2. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: НОРМА, 2001.
3. Алексеев С.С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1994.
4. Алексеев С.С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М.: Статут, 2010.
5. Алексеева Т.А. Справедливость как политическая концепция: очерк современных западных дискуссий. М.: Изд-во МГИМО, 2001.
6. Актон Лорд. Принцип национального самоопределения. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
7. Апанович М.Ю. Вопросы интеграции мигрантов в Европе // Вестник МГИМО. 2011. №6.
8. Апресян Р.Г. Гражданское неповиновение – в политической теории и социальной практике (Джон Ролз и Мохандас Ганди) // Насилие и ненасилие: Философия, политика, этика. М.: Фонд независимого радиовещания, 2003.
9. Аристотель. Политика. М.: Эксмо, 2018.
10. Аристотель. Этика. М.: Эксмо, 2018.
11. Архимандритова М.А. Материальная ответственность работника и работодателя: общее и особенное в правовом регулировании // Журнал российского права. 2010. №11 (167).
12. Архипов С.И. Либертарная теория права В.С. Нерсесянца: достоинства и недостатки. // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2015. №5.
13. Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве. Саратов: СГАП, 1999.
14. Балакришнан Г. Национальное воображение. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
15. Барков А.В. Эволюция идеи о старческой дееспособности в современном российском наследственном праве // Наследственное право. 2009. N 3.
16. Баскин Д.А., Баскин Ю.Я. Павел Иванович Новгородцев (из истории русского либерализма). СПб.: ООО «Алмаз», 1997.
17. Бауэр О. Национальный вопрос и социал-демократия. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
18. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: Стелс, 1995.

19. Бекленищева И.В. Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора. // *Цивилистические записки*. Вып. 3. 2004.
20. Бенеманский М. Закон градский. Значение его в русском праве. М. 1917.
21. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998.
22. Бёрлин И. Две концепции свободы. // *Современный либерализм*. М: Прогресс-Традиция., 1998.
23. Бігун В. С. Густав Радбрух – видатний німецький філософ права. / *Проблеми філософії права*. Том II. Київ-Чернівці, 2004.
24. Богданов Д.Е. Влияние принципа справедливости на эволюцию учения о причинности в деликтной ответственности // *Адвокат*. 2012. N 7.
25. Богданов Д.В. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве. М.: Проспект, 2013.
26. Богданов Д.Е. Трехединая сущность справедливости в сфере деликтной ответственности // *Журнал российского права*. 2013. N 7.
27. Богданова Е.Е. Возмездность и эквивалентность в гражданском праве Российской Федерации. // *Законодательство и экономика*. 2016, № 5.
28. Большой юридический словарь/ Под ред. А. Я. Сухарева. М.: Инфра-М, 2006.
29. Бондарь Н.С. Конституционная категория достоинства личности в ценностном измерении: теория и судебная практика // *Конституционное и муниципальное право*. 2017. N 4.
30. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (кн.1). М., 2001. // СПС КонсультантПлюс.
31. Бройи Дж. Подходы к исследованию национализма. // *Нации и национализм* / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
32. Бусова Н.А. Делиберативная модель демократии и политика интересов. // *Вопросы философии*. 2002. №5.
33. Валлерстайн И. Ни патриотизм, ни космополитизм. // *Логос*. №2. 2006.
34. Васильева Т.А. Концепция достоинства личности в доктрине и практике органов конституционного контроля. // *Конституционное и муниципальное право*. 2018. N 10.
35. Вахтин Н.Б. Условия языкового сдвига: к описанию современной языковой ситуации на Крайнем Севере. // *Вестник молодых ученых*. Серия: Филологические науки. №1. 2001.

36. Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник. М.: Омега-Л, 2005.
37. Власова О.В. Формально-правовое закрепление ценности «человеческое достоинство» // Вестник ЮГУ. 2007. №2 (7).
38. Волкова Т.А. Либералы и коммунитаристы: дискуссия о социальной справедливости продолжается. // Вестник МГТУ, том 7, №2, 2004.
39. Воронин В.Н. Индивидуализация наказания с учетом характера и степени общественной опасности // Журнал российского права. 2016. N 11.
40. Воронков В. Мультикультурализм и деконструкция этнических границ. // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва: Институт этнологии и антропологии им. Н.Н. Миклухо-Маклая, 2002.
41. Воронов А.Ф. Эволюция принципа объективной истины в гражданском процессе // Законодательство. 2004. № 12.
42. Вятр Е. Социология политических отношений. М.: Прогресс, 1979.
43. Гараева М.Ф. Истины объективная и формальная: конкуренция категорий в законе и в науке гражданского процессуального права. // СПС КонсультантПлюс.
44. Гаркави А.Я. Сказания мусульманских писателей о славянах и русских (с половины VII века до конца X века Р.Х.). СПб.: Типография Императорской Академии наук, 1870.
45. Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990.
46. Геллнер Э. Нации и национализм. М.: Прогресс, 1991.
47. Геллнер Э. Пришествие национализма. Мифы нации и класса. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
48. Гельман В., Попова Е. Региональные политические элиты и стратегии региональной идентичности в современной России. // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В.Гельмана и Т.Хопфа. СПб.: Издательство Европейского университета, 2003.
49. Гессен С.И. Политическая свобода и либерализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: РОССПЭН, 1999.
50. Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: РОССПЭН, 1999.
51. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Сочинения: В 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991.
52. Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права. М.: Эксмо, 2005.

53. Грищенко Л.Л., Гладких В.И. О современных принципах правового обеспечения охраны общественного порядка и общественной безопасности // Вестник ГУУ. 2013. №8.
54. Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994.
55. Дафф Э. Гарланд Д. Размышления о наказании // Индекс. 2003. № 18.
56. Дворкин. Р. О правах всерьез. М.: РОССПЭН, 2004.
57. Дробижева Л. М. Идентичность и этнические установки русских в своей и иноэтнической среде // Социологические исследования. 2010. № 12.
58. Дробижева Л. Российская, этническая и республиканская идентичность: конкуренция или совместимость. // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа. СПб., 2003.
59. Дробижева Л.М. Этничность в современном обществе. Этнополитика и социальные практики в Российской Федерации. // Мир России. 2001. №2.
60. Дробышевский С.А., Протопопова Т.В. Идея человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве. Красноярск: ИПК СФУ, 2009.
61. Евреиновъ Н. История телесныхъ наказаний въ России. Пг., 1917.
62. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. N 4.
63. Живов В.М. История русского права как лингвистическая проблема. // Живов В. М. Разыскания в области истории и предыстории русской культуры. М.: Яз.славян.культуры, 2002.
64. Жильцов С. Смертная казнь в праве Древней Руси и юрисдикция Великого князя в ее применении. // Правоведение. 1997. №4.
65. Зайцева Т.И. В защиту русского либерализма. // Полис. №1 (91). 2006.
66. Законы XII таблиц. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. / сост. Томсинов В. А. М.: Зерцало-М, 1999.
67. Законы Ману. М.: ЭКСМО-Пресс, 2002.
68. Законы Хаммурапи. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. / сост. Томсинов В. А. М.: Зерцало-М, 1999.
69. Зверев Н.А. Свобода воли и право. Прибавление к "Энциклопедии права". М.: Типо-литогр. К.Ф. Александра, 1898.
70. Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Рос. газ. 2010. №5217.
71. Иванов В.В. Общая теория договора. М.: Юрист, 2006.

72. Иванов В.Н. Детерминанты межнациональных (межэтнических) конфликтов в регионах Российской Федерации // Вестник РУДН. Серия: Социология. 2012. №3.
73. Ильин И.А. Путь духовного обновления. // Почему мы верим в Россию: Соч. М.: Эксмо, 2007.
74. Исаев И.А. История государства и права России: Учебник. М.: Юристъ, 2004.
75. История России с древнейших времен до наших дней: учебник. / Под ред. Сахарова А.П. М., 2012.
76. Йорг А., Хазе К. К актуальности труда Канта «к вечному миру» ввиду запрета на вмешательство в государственный и народный суверенитет // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2017. №3 (46).
77. Казанцев М.Ф. Понимание гражданско-правового договора: традиционные взгляды и новые подходы // Антиномии. 2002. №3.
78. Казанцев М.Ф. Философия договора: первое приближение к решению научной задачи. // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия "Философия". №3. 2012.
79. Калдор М. Новые и старые войны. Организованное насилие в глобальную эпоху. М.: Изд-во Института Гайдара, 2015.
80. Калдор М. Культура новых войн // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).
81. Калинин И.К. Восточно-финские народы в процессе модернизации. М.: Наука, 2000.
82. Канарш Г.Ю. Философские теории мультикультурализма // Знание. Понимание. Умение. 2011. №2.
83. Кант И. К вечному миру. // Кант И. Соч. в 8 т. Т. 7. М.: ЧОРО, 1994.
84. Кант И. Критика практического разума. // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб.: Наука, 2007.
85. Кант И. Метафизика нравов. // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб.: Наука, 2007.
86. Кант И. Основы метафизики нравственности. // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб.: Наука, 2007.
87. Капустин Б.Г. Моральный выбор в политике. М.: Издательство Московского университета, 2004.
88. Каролина 1532 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. / сост. Томсинов В. А. М.: Зерцало-М, 1999.

89. Карцева И. Общество, лишенное мифов: Изложение содержания доклада В.Э. Шляпентоха в Институте социологии АН СССР // Социол. исследования. 1991. №1.
90. Кашников Б.Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород, 2004.
91. Квашис В.Е. Смертная казнь. Мировые тенденции, проблемы и перспективы. М.: Юрайт, 2008.
92. Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: ИД "Алеф-Пресс", 2015.
93. Кибак И.А. Общественное мнение и законотворческая деятельность. // СПС КонсультантПлюс.
94. Киево-Печерский патерик. // Библиотека литературы Древней Руси / РАН. ИРЛИ; Под ред. Д.С. Лихачева, Л.А. Дмитриева, А.А. Алексеева, Н.В. Поньрко. – СПб.: Наука, 1997. – Т. 4: XII век.
95. Кимлика У. Либеральное равенство. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
96. Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М.: Изд. дом Гос. ун-та – Высшей школы экономики, 2010.
97. Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб.: Изд-во Русского Христианского гуманитарного университета, 1998.
98. Козлов С. Проснувшаяся деревня. // История. 2007. №12.
99. Коломиец Г.Г., Воропаева Ю.П. Этика человеческого достоинства в новое время // Вестник ОГУ. 2015. №3 (178).
100. Комментарий к Конституции Российской Федерации. / Под общ. ред. Л.В. Лазарева. М.: ООО "Новая правовая литература", 2009.
101. Константинов М.С. Коммунитаристская критика либеральной концепции моральной нейтральности. // Политическая концептология № 4, 2013.
102. Конституция Российской Федерации: доктринальный комментарий (постатейный). / Под ред. Ю.А. Дмитриева. М.: Деловой двор, 2009.
103. Краузе И. Кант и его время: трактат «К вечному миру» на фоне французской революции и последующих войн // Кантовский сборник. 2013. №1.
104. Кузнецов В.В. Власть духа как сущность человеческого достоинства // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2006. №21–1.
105. Кукатас Ч. Теоретические основы мультикультурализма. // URL: <https://polit.ru/article/2007/05/27/multiculturalism/>
106. Куманьков А.Д. Эволюция концепции справедливой войны в работах М. Уолцера // Вестник Адыгейского государственного уни-

- верситета. Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. 2012. №4.
107. Лапаева В.В. Концепция права Р. Дворкина с позиций либертарно-юридического подхода // Труды Института государства и права РАН. 2013. №4.
108. Леонтович Ф. История русского права. Вып. 1. Одесса, 1869.
109. Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. М.: Издательство БЕК, 1994.
110. Лист Ф. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление. М.: Инфра-М, 2004.
111. Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М.: Наука, 1986.
112. Лялина А.В. Опыт наднациональной политики интеграции мигрантов ЕС // Балт. рег. 2014. №2.
113. Макинтайр А. После добродетели. М.: Академический проект, 2000.
114. Малишев Б. Категорії "ціль права" та "доцільність права" у праці Густава Радбруха "Філософія права". // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. Випуск 86.
115. Маркс К. Экономическо-философские рукописи 1844 года // К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч. Т.42. М., 1974.
116. Маркузе Г. Репрессивная толерантность. // Маркузе Г. Критическая теория общества: избранные работы по философии и социальной критике. М.: АСТ: Астрель, 2011.
117. Мартыянов В.С. Метаморфозы российского модерна. Екатеринбург: УрО РАН, 2007.
118. Мартыянов В.С. Об условиях возникновения теории справедливости в российской политике. // Полис. №4 (94). 2006.
119. Мартыянов В.С. Справедливы ли этнонациональные деконструкции современных наций? // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2005. №6.
120. Мартыянов В. Строительство политической нации и этнонационализм. // Логос. №2. 2006.
121. Международная и внутригосударственная защита прав человека: учебник. / Под ред. Р.М. Валеева. М.: Статут, 2011.
122. Милль Дж.Ст. Речь в защиту смертной казни. // Этическая мысль. Выпуск 9. М., 2009.
123. Милль Д.С. Утилитаризм. Ростов-на-Дону: Донской издательский дом, 2013.
124. Мирович А. Ограничения и несостоятельность концепции гражданского неповиновения по Ролзу // Вестник Череповецкого государственного университета. 2013. №4 (52).

125. Монтескье Ш.Л. О духе законов. М.: Мысль, 1999.
126. Мукомель В.И. Интеграция мигрантов: вызовы, политика, социальные практики // Мир России. Социология. Этнология. 2011. №1.
127. Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М.: Юрист, 2004.
128. Мягкова О.И. Защита слабой стороны от несправедливых условий договора в российском гражданском праве. // Российский юридический журнал. 2016, N 1.
129. Назаренко Г.В. Правовая и криминологическая значимость уголовно-релевантных психических состояний. Орёл: ОрелГТУ, 2002.
130. Наумов Ф.В. Модели языковой политики в мультикультурализме // Вестн. Том. гос. ун-та. Культурология и искусствоведение. 2016. №1 (21).
131. Нерсесянц В.С. Право и закон. Из истории правовых учений. М.: Наука, 1983.
132. Нерсесянц В.С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М.: Юрист, 1996.
133. Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Инфра-М-Норма, 1997.
134. Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии. 2002. N 3.
135. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М.: Инфра-М-Норма, 2002.
136. Никифоров А. С. О смертной казни // Государство и право. 2001. № 4.
137. Новгородцев П.И. Государство и право. // Вопросы философии и психологии. 1904. №5 (75).
138. Новгородцев П.И. Демократия на распутье. // София. Проблемы духовной культуры и религиозной философии. Берлин, 1923.
139. Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М.: РОССПЭН, 2010.
140. Новгородцев П.И. Об общественном идеале. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М.: РОССПЭН, 2010.
141. Новгородцев П.И. Право и нравственность. // Правоведение. № 6. 1995.
142. Новгородцев П.И. Право на достойное человеческое существование. // О праве на существование. СПб.: Изд-во тов-ва М.О. Вольф, 1911.
143. Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М.: Гардарики, 2002.

144. Нуссбаум М. Патриотизм и космополитизм. // Логос. №2. 2006.
145. Нуссбаум М. Ответ критикам. // Логос. №2. 2006.
146. Панкова О.В. Рассмотрение в судах общей юрисдикции дел об административных правонарушениях / под ред. О.А. Егоровой. М.: Статут, 2014. // СПС КонсультантПлюс.
147. Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 1.
148. Патнэм Х. Должны ли мы выбирать между патриотизмом и универсальным разумом? // Логос. №2. 2006.
149. Петров А.Ю. Гражданско-правовое значение воли и волеизъявления в сделке // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2007. №45.
150. Петров Н. Формирование региональной идентичности в современной России. // Центр и региональные идентичности в России. /Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа.СПб.: Изд-во Европейского университета,2003.
151. Петрухин И. Л. Ещё раз о смертной казни // Юридический мир. 2002. № 4.
152. Писанова Т.В. Лингвистические и философские принципы дискурсивной этики: Актуальные дискуссионные вопросы // Вестник МГЛУ. 2010. №603
153. Плюхина М.А. Истина в гражданском судопроизводстве // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. М., 2002. № 1.
154. Повесть временных лет. // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 1. СПб.: Наука, 1997.
155. Подольный Н.А. Методологическое и идеологическое значение проблемы истины в уголовном процессе. // СПС КонсультантПлюс.
156. Покровский И.А. Право на существование. // О праве на существование. СПб.: Изд-во тов-ва М.О. Вольф, 1911.
157. Покровский И.А. "Справедливое право" Рудольфа Штамллера (литературное обозрение книги: Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902). // Вестник права. 1904. Кн. 2.
158. Пономарев А.М. Право в системе национальных ценностей. Екатеринбург-Ижевск, 2009.
159. Потапова О.В. "Право народов" Джона Ролза и концепция справедливости в международных отношениях. // Вопросы философии. №9. 2010.
160. Проблемы общей теории государства и права. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2006.
161. Прокофьев А.В. Дискуссия о пределах справедливости и обязанности перед будущими поколениями // Вестник РУДН. Серия: Философия. 2013. №3.

162. Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2013. №3.
163. Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений: теория и практика. // Человек. №5. 2013.
164. Прокофьев А.В. Справедливое отношение к будущим поколениям (нормативные основания и практические стратегии) // Этическая мысль. 2008. №8.
165. Радбрух Г. Введение в науку права. М.: Изд. "Труд", 1915.
166. Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право. / Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004.
167. Радбрух Г. Пять минут философии права. / Радбрух Г. Философия права. М., 2004.
168. Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004.
169. Размахов К.Е. Болезненные телесные наказания в российском уголовном праве // Вестник Московского университета МВД России. 2015. №9.
170. Размахов К.Е. Телесные наказания в Российском государстве допетровского периода // Труды Академии управления МВД России. 2018. №4 (48).
171. Резниченко И.М. Принцип формальной истины – процессуальная реальность // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. Владивосток, 1998.
172. Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного университета, 1997.
173. Рикёр П. Справедливое. М.: Гнозис, Логос, 2005. – 304 с.
174. Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. (Очерки IX – середины XVII вв.). М.: МГИУ, 2006.
175. Рокмор Т. К критике этики дискурса // Вопросы философии. 1995. № 1.
176. Ролз Дж. Закон народов: неидеальная теория. // Неприкосновенный запас. №4 (24). 2002.
177. Ролз Дж. Идея блага и приоритет права. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
178. Россия в поисках идеологий: трансформация ценностных регуляторов современных обществ / под ред. В.С. Мартьянова, Л.Г. Фишмана. М.: Политическая энциклопедия, 2016.
179. Руссо Ж.-Ж. Трактаты. М., 1969.

180. Ролз Дж. Право народов (лекция) // Вопросы философии. 2006. № 9.
181. Ролз Дж. Теория справедливости. М.: Издательство ЛКИ, 2010.
182. Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М.: КАНОН-пресс, 1998.
183. Русская правда (Краткая редакция). // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 4. СПб.: Наука, 1997.
184. Русская правда (Пространная редакция). // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 4. СПб.: Наука, 1997.
185. Русских Л.В. Мультикультурализм: интеграция или раскол? // Вестник ЮУрГУ. Серия: Социально-гуманитарные науки. 2013. №1.
186. Сагитова Л. Региональная идентичность: социальные детерминанты и конструктивистская деятельность СМИ (на примере Республики Татарстан). // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа. СПб.: Изд-во Европейского университета, 2003.
187. Самитко А.П. О приоритете прав и свобод человека как правовом принципе либерализма в российской и зарубежной литературе. // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. Екатеринбург, 2017. Т. 17. Вып. 1.
188. Сейерс Ш. Идея коммунизма. // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. Екатеринбург, 2017. Том 17. Вып. 1.
189. Секретарева Т.М. Ограниченная вменяемость как институт, неизвестный административному праву Российской Федерации // Российский судья. 2015. N 7.
190. Семенов Ю.В. Православие и язычество в этническом самосознании восточно-финских народов. Дореформенный период (историко-философский аспект). Ижевск-Екатеринбург: Изд-во Института экономики УрО РАН, 2008.
191. Сен А. Идея справедливости. М.: Изд-во Института Гайдара, 2015.
192. Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1910.
193. Сергиевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1900.
194. Сисе Х. Справедливая война? О военной мощи, этике и идеалах. М.: Весь мир, 2007.
195. Скирбекк Г., Гилье Н. История философии. М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 2008.

196. Слюозберг Г. Б. Возмездие // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: В 86 томах (82 т. и 4 доп.). Т. VIa (1892). СПб.: 1890—1907.
197. Словарь по этике / Под ред. И.Кона. – М.: Политиздат, 1981.
198. Смирнов Г. Установить объективную истину. // ЭЖ-Юрист. №25.2012.
199. Смит А. Теория нравственных чувств. М.: Издательство "Республика", 1997.
200. Современная западная теоретическая социология: Реф. сб./ Под ред. Поляковой Н.Л. М.: ИНИОН, 1992. Вып 1: Юрген Хабермас.
201. Соловьев В.С. Оправдание добра. // Соловьев В.С. Соч. в 2-х т. Т. 1. М.: Мысль, 1988.
202. Соловьев В.С. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. // Соловьев В.С. Собр.соч. Т. 8. СПб.: Книгоиздательское товарищество "Просвещение", 1914.
203. Соловьев К.А. Павел Иванович Новгородцев. // Новгородцев П.И. Избранные труды. М.: РОССПЭН, 2010.
204. Соловьев Э.Ю. Переосмысление талиона. Карательная справедливость и юридический гуманизм. // Новый Мир, № 1, 2004.
205. Сокольникова Т.И. Правило толкования договоров contra proferentem как средство косвенного контроля за справедливостью содержания договора // Российский юридический журнал. 2017. N 1.
206. Сорокин П. Преступление и кара. Подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. М.: Астрель, 2006.
207. Стиглиц Д., Сен А., Фитусси Ж.-П. Неверно оценивая нашу жизнь: почему ВВП не имеет смысла? Доклад Комиссии по измерению эффективности экономики и социального прогресса. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.
208. Столяров А.В. В защиту негативной свободы: что не так с Чарльзом Тейлором? М., 2014.
209. Струве П.Б. Предисловие к книге Н.А. Бердяева "Субъективизм и индивидуализм в общественной философии. Критический этюд о Н.К. Михайловском". // Струве П.Б. Patriotica. Политика, культура, религия, социализм. / Сост. В.Н. Жукова и А.П. Полякова. Вступ. ст. и прим. В.Н. Жукова. М.: Республика, 1997.
210. Суденко В.Е. Справедливость и наказание по И. Канту. // Вестник ассоциации вузов туризма и сервиса. 2010. №3.
211. Сурнина О.С. Проблемы правового регулирования договоров с несправедливыми условиями. // Проблемы экономики и юридической практики. №2. 2017.

212. Сыма Цянь. Исторические записки. Т. VII. М.: Наука, 1996.
213. Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
214. Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М.: МИФ, 2013.
215. Сэндел М. Что нельзя купить за деньги? Моральные ограничения свободного рынка. М.: МИФ, 2018.
216. Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва: Институт этнологии и антропологии им. Н.Н. Миклухо-Маклая, 2002.
217. Тейлор Ч. Пересечение целей: спор между либералами и коммунистами. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
218. Тэйлор Ч. Почему демократия нуждается в патриотизме. // Логос. №2. 2006.
219. Тейлор Ч. Что не так с негативной свободой? // Логос. №2 (92). 2003.
220. Теория государства и права. / Н. И. Матузов, А.В. Малько. М.: Юрист, 2004.
221. Тишков В.А. Усложняющее разнообразие: как его понимать и упорядочить. // Культурная сложность современных наций / отв. ред. В.А. Тишков, Е.И. Филиппова. М.: Политическая энциклопедия, 2016. С. 7–18.
222. Толстых В.Л. Три идеи самоопределения в международном праве. // Евразийский юридический журнал. №9 (76). 2014.
223. Туманов А.А. Современные аспекты теории наказания И. Канта // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2013. Т. 3.
224. Тяпин И.Н. Либертарная философия права: критический анализ в контексте социального кризиса в России // Вестник СПбГУ. Философия и конфликтология. 2014. №2.
225. Уголовное право России. Общая часть. / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.В. Лунеева, А.В. Наумова. М.: Юрист, 2006.
226. Уголовный кодекс Франции 1810 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Новое и Новейшее время / сост. Томсинов В.А. М.: Зерцало-М, 2012.
227. Уолдрон Д. Теоретические основания либерализма. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
228. Уолцер М. О терпимости. М.: Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги, 2000. –
229. Уолцер М. Смена режима и справедливая война. // Военно-юридический журнал. 2013. № 7.

230. Уолцер М. Сферы привязанности. // Логос. №2. 2006.
231. Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М.: Изд. группа «Прогресс» – «Литера», 1994.
232. Фёдоров В.А. История России 1861–1917. М.: Высш.шклда, 2000.
233. Фейербах П.А. Уголовное право. Кн. 1. СПб.: Медицинская типография, 1810.
234. Филиппова Е.И. Нации, государства, культуры. // Культурная сложность современных наций / отв. ред. В.А. Тишков, Е.И. Филиппова. М.: Политическая энциклопедия, 2016.
235. Философия: Энциклопедический словарь. / Под редакцией А.А. Ивина. М.: Гардарики. 2004.
236. Фишман Л.Г. Происхождение демократии ("Бог" из военной машины). Екатеринбург: УрО РАН, 2011.
237. Фливерберг Б. Хабермас и Фуко – теоретики гражданского общества // Социологические исследования. 2000. № 2.
238. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. СПб.: Типография Министерства путей сообщения, 1889.
239. Фоушин Н. Две теории справедливой войны. // Этическая мысль. 2016. Т. 16. № 2.
240. Фролова Е.А. Правовой идеал в философии права. // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. №5.2011.
241. Фролова Е.А. Право и мораль (критическая философия права и современность). // Государство и право №1. 2013.
242. Фролова Е.А. Философия права в России. Неокантианство. Вторая половина XIX- первая половина XX века. М.: Проспект, 2019.
243. Фролова Е.А. Этико-правовые проблемы философии права неокантианства. // Государство и право. №7. 2013.
244. Фромм Э. По ту сторону порабощающих нас иллюзий. Дзен-буддизм и психоанализ. М.: АСТ, 2010.
245. Фромм Э. Психоанализ и религия. // Сумерки богов. М.: Политиздат, 1989.
246. Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М., Ad Marginem, 1999.
247. Хабермас Ю. Вовлечение Другого. Очерки политической теории. М.: Наука, 2001.
248. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М.: Academia, 1995.
249. Хабермас Ю. Европейское национальное государство: его достижения и пределы. О прошлом и будущем суверенитета и гражданства. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хроч и др. М.: Праксис, 2002.

250. Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. М.: Весь мир, 2011.
251. Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб.: Наука, 2001.
252. Хабермас. Постнациональная констелляция и будущее демократии. // Логос. №4–5 (39) 2003.
253. Хабермас Ю. Спор о прошлом и будущем международного права. Переход от национального к постнациональному контексту. // Вопросы философии. №3. 2004.
254. Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. М.: ИРИСЭН, 2006.
255. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. М.: Издательство АСТ, 2017.
256. Хёсле В. Справедливость в отношениях между поколениями. // АПЕ. 2000. №2.
257. Хенкертс Ж.-М. Исследование об обычном международном гуманитарном праве: лучше понимать и полнее соблюдать нормы права во время вооруженного конфликта. // Международный журнал Красного Креста. Т. 87. №857 (март 2005 г.).
258. Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М.: Изд. Дом «Дело» РАНХиГС, 2015.
259. Хёффе. О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М.: Гнозис, 1994.
260. Хёффе О. Справедливость: философское введение. М.: Праксис, 2007.
261. Хинтибидзе Ц.Ч., Горозия В.Е. Маркузеанская критика западной цивилизации. // Человек. Государство. Глобализация: Сборник философских статей. Вып. 3. / Под ред. В.В. Парцвания. СПб., Тбилиси, 2005.
262. Холики А., Рахимов Н.Т. Межэтнические отношения в Средней Азии: история и тенденции. // Вестник ТГУПБП. 2013. №3 (55).
263. Хрох М. От национальных движений к полностью сформировавшейся нации: процесс строительства наций в Европе. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
264. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М.: Международные отношения, 2000. Т. 2.
265. Чебаненко С.Б. Основные черты вечевого правосудия в Древней Руси. // ROSSICA ANTIQUA. 2013 (2).
266. Черников М.В. Философия правды в русской культуре. Дисс. на соиск. уч. степ. д. филос. наук. Воронеж 2002.

267. Честнейшин Н.В. Консерватизм и либерализм: тождество и различие. // Полис. №4 (94). 2006.
268. Шавеко Н.А. Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хёффе. // Кантовский сборник. 2018. №1.
269. Шамсудинов И.У. Теории наказания в доктрине уголовного права и дискуссия о его целях; альтернативы уголовному наказанию // Молодой ученый. 2016. №13.
270. Шапиро И. Моральные основания политики. М.: КДУ, 2004.
271. Шапиро И. Переосмысливая теорию демократии в свете современной политики // Полис. 2001. № 3.
272. Шепель Т. В., Балашов П.П. Понимание сознания и воли в психологии и праве: сравнительный анализ. // Вестник ТГПУ. 2006. №2.
273. Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М.: Статут, 2016.
274. Шмелев А.Н. «Русская рулетка» правосудия, или К вопросу об установлении объективной (материальной) истины в уголовном процессе. // СПС КонсультантПлюс.
275. Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. Предварительные замечания (О противоположности парламентаризма и демократии) // Социологическое обозрение. 2009. Т. 8. № 2.
276. Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правопедения. М.: Типография И.Д. Сытина, 1908.
277. Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Том 2. СПб.: Начало, 1907.
278. Элементарные начала общей теории права. / Под общ. ред. В.И. Червонюка. М.: КолосС, 2003
279. Этциони А. От империи к сообществу. М.: Ладомир, 2004.
280. Юм. Д. О достоинстве и низменности человеческой природы. // Юм Д. Сочинения. Т. 2. М.: Мысль, 1996.
281. Якушев Л.В. Современные трансформации теории справедливой войны // Этическая мысль. 2016. №2.
282. Якушев Л.В. Универсальность морали и обоснование прав человека. // Этическая мысль. 2018. №2.
283. Яркеев А.В. Этническая идентичность в дискурсе социального мифа. Ижевск: Удмуртский университет, 2009.
284. Adahi H. Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs. Baden-Baden, 2006.
285. Ashford E. The Alleged Dichotomy Between Positive and Negative Rights and Duties. // Global basic rights. / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

286. Ashford E. The Duties Imposed by the Human Right to Basic Necessities. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007.
287. Barry B. Sustainability and Intergenerational Justice. // *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability* / Ed. by A. Dobson. Oxford, 1999.
288. Bass G.J. Jus Post Bellum. // *Philosophy & Public Affairs*, no. 4 (32). 2004.
289. Blum G., Luban D. Unsatisfying Wars: Degrees of Risk and the Jus Ex Bello. // *Ethics*, vol. 125, no. 3. 2015.
290. Beitz Ch.R. The idea of human rights. New York: Oxford University Press, 2009.
291. Birnbacher D. Responsibility for future generations – scope and limits. // *Handbook of Intergenerational Justice*. / Ed. by J. Tremmel. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.
292. Brownlee K. Civil Disobedience // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). 2017.
293. Campbell T. Poverty as a Violation of Human Rights. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. New York: Oxford University Press, 2007.
294. Caney S. Global Poverty and Human Rights. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. New York: Oxford University Press, 2007.
295. Christopher P. The ethics of war and peace. New Jersey, 1994.
296. Curry O. S., Mullins D. A., Whitehouse H. Is It Good to Cooperate? Testing the Theory of Morality-as-Cooperation in 60 Societies. // *Current Anthropology* 60, no. 1 (February 2019).
297. Dewey H. W., Kleimola A.M. Russian Collective Consciousness: The Kievan Roots. // *The Slavonic and East European Review*. Vol. 62, No. 2 (Apr., 1984).
298. Ederer P., Schuller P., Willms S. The Economic Sustainability Indicator. // *Handbook of Intergenerational Justice*. / Ed. by J. Tremmel. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.
299. Etzioni A. The Normativity of Human Rights Is Self-Evident. // *Human Rights Quarterly*, vol. 32, no. 1, 2010.
300. Etzioni A. The Third Way to a Good Society. London: Demos, 2000.
301. Fletcher G.P., Jens D.O. Defending humanity: when force is justified and why. New York: Oxford University Press, 2008.
302. Gewirth A. Duties to Fulfill the Human Rights of the Poor. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. New York: Oxford University Press, 2007.

303. Gewirth A. Why There Are Human Rights. // *Social Theory and Practice*, vol. 11, no. 2, 1985.
304. Gifford Donald G.G. The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Products Torts. // *Washington and Lee Law Review*, Vol. 62, No. 3, 2005.
305. Gilabert P. The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration. // *The Philosophical Quarterly*. №59 (2009).
306. Gordon D. "Unjust? So What?" Review of *Arguing About War* by Michael Walzer. // *The Mises Review* 10, No. 3 (Fall 2004).
307. Griffin J. Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights. // *Proceedings of the Aristotelian Society*, 101 (2001).
308. Griffin J. *On human rights*. New York: Oxford University Press, 2008.
309. Gross M.L. *Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict*. New York: Cambridge University Press, 2009.
310. Hart H. L.A. Are There Any Natural Rights? // *Philosophical Review* 64 (1955).
311. Hart H.L.A. Rawls on Liberty and Its Priority. // *University of Chicago Law Review*: Vol. 40: Iss. 3.
312. Heinze E. *Waging humanitarian war: the ethics, law, and politics of humanitarian intervention*. New York: Suny Press, 2009.
313. Heiss G. *Sozialistischer Konformismus. Vollendeter Staat und Anmut des Rechts bei Gustav Radbruch*. // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*. Baden-Baden, 2011.
314. Henkel M. *Zur Systematik der Rechts- und Staatsauffassungen bei Gustav Radbruch*. // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*. Baden-Baden, 2011.
315. Höffe O. *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. Frankfurt a.M., 1993.
316. Höffe O. *Kritik der Freiheit. Der Grundproblem der Moderne*. München: C.H. Beck, 2015.
317. Jacoby R. *The Greening of the University*. // *Dissent*. Spring, 1991.
318. *Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers*. / ed. by Rodin D. and Shue H. New York: Oxford University Press, 2008.
319. Klein M.D. *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*. Berlin, 2007.
320. Kymlicka W., Banting K. Immigration, Multiculturalism, and the Welfare State. // *Ethics & International Affairs*. 20 (03). 2006.

321. Lichtenberg J. Are There Any Basic Rights? // *Global Basic Rights.* / Ed. Ch. R. Beitz & R.E. Goodin. New York: Oxford University Press, 2009.
322. Luban D. Group Rights, Group Intentions, and the Value of Groups. // *Journal of Genocide Research*, Volume 20, 2018.
323. Luban D. Just War and Human Rights. // *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 9, No. 2 (Winter, 1980).
324. Luban D. Human Rights Thinking and the Laws of War. / In J. Ohlin (Ed.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights (ASIL Studies in International Legal Theory)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
325. Luban D. Knowing When Not to Fight. / In *The Oxford Handbook of Ethics of War*. New York: Oxford University Press, 2018.
326. Luban D. Preventive War. // *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 32, No. 3, 2004.
327. Luban D. *Torture, Power, and Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
328. Luban D. War as punishment. // *Georgetown Public Law Research Paper No. 11-71*. 2011.
329. McKeogh C. *Innocent civilians: the morality of killing in war*. New York: Palgrave Macmillan, 2002.
330. McMahan J. Morality, Law, and the Relation Between Jus Ad Bellum and Jus in Bello. // *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 100, 2006.
331. McMahan J. Proportionality and Time. // *Ethics*, vol. 125, no. 3, 2015.
332. McMahan J. The Ethics of Killing in War // *Ethics*, vol. 114, no. 4, 2004.
333. Mertens T. International or Global Justice? Evaluating the Cosmopolitan Approach. // *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions.* / Ed. by Follesdal A., Pogge T. Netherlands: Springer, 2005.
334. Moellendorf D. Two Doctrines of Jus Ex Bello. // *Ethics*, vol. 125, no. 3, 2015.
335. Monazahian D. Vergleich der UNO-Charta mit Immanuel Kant's "Zum ewigen Frieden" und John Rawls "Das Recht der Völker". Hamburg, 2008.
336. Nickel J.W. Poverty and Rights. // *The Philosophical Quarterly*. №55(2005).
337. O'Neill O. *Bounds of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
338. O'Neill O. *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

339. Orend B. Just and lawful conduct in war: reflection on Michael Walzer. // *Law & Philosophy*. № 20 (1), 2001.
340. Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario): Wilfrid Laurier University Press, 2000.
341. Page E.A. Climate Change, Justice and Future Generations. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.
342. Pattison J. Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene? New York: Palgrave Macmillan, 2010.
343. Payne M. Henry Shue on Basic Rights. // *Essays in Philosophy*. 2008. Vol. 9: Iss. 2, Art. 5.
344. Pogge T. An Egalitarian Law of Peoples. // *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 23, No. 3 (Summer, 1994).
345. Pogge T. Human Rights and Human Responsibilities. // *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights*. / Ed. by Andrew Kuper. New York: Routledge, 2005.
346. Pogge T. Shue on rights and duties. // *Global basic rights*. / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
347. Pogge T. World Poverty and Human Rights. // *Ethics & International Affairs*. Vol. 19. Iss. 1. 2005.
348. Pogge T. World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
349. Radbruch G. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen, 1947.
350. Rawls J. The basic liberties and their priority. / *Tanner Lectures on Human Values*. Michigan, 1981.
351. Raz J. Multiculturalism: a liberal perspective // *Dissent* (winter 1994).
352. Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979.
353. *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*. / Ed. by Follesdal A., Pogge T. Netherlands: Springer, 2005.
354. Reus-Smit C. On Rights and Institutions. // *Global basic rights*. / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. New York: Oxford University Press, 2009.
355. Rhodes B. *An introduction to military ethics: a reference handbook*. Santa Barbara (California), 2009.
356. Schumacher B. *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*. Göttingen, 1985.
357. Seelmann K. *Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch*. 1973.
358. Sen A. *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*. New York: Oxford University Press, 1982.

359. Shue H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.
360. Stahn C. «Jus ad bellum», «jus in bello»... «jus post bellum»? Rethinking the Conception of the Law of Armed Force. // *The European Journal of International Law*. Vol. 17. no.5.
361. Stammler R. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin, 1902.
362. Steenberg M.R., Bächtiger A., Spörndli M., Steiner J. *Measuring Political Deliberation. A Discourse Quality Index // Comparative European Politics*. 2003. Vol. 1.
363. Suber P. *Civil disobedience*. // *Philosophy of Law: An Encyclopedia*. / Ed. Christopher B. Gray. Garland, 1999.
364. Tasioulas J. *The Moral Reality of Human Rights*. // *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes what to the very Poor?* / Ed. by T. Pogge. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007.
365. Taylor Ch. *Politics of recognition*. // *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*. / Charles Taylor...[et al.]; edited and introduced by Amy Gutmann. Preston, 1994.
366. Taylor Ch. *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*. // *The East Asian Challenge For Human Rights*. / Ed. J.R. Bauer and Daniel A. Bell. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1999.
367. Tjong Z.U. *Der Weg des Rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*. Bonn, 1967.
368. *The ethics of war: shared problems in different traditions* / [ed. by] Richard Sorabji and David Rodin. Aldershot (UK), 2006.
369. Tilly Ch. *War Making and State Making as Organized Crime*. // *Bringing the State Back In*. / Ed. by P. Evans, D. Rueschemeyer, Th. Skocpol. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
370. Tomalty J. *On subsistence and human rights*. A Thesis Submitted for the Degree of PhD at the University of St. Andrews. 2011.
371. Tremmel J. *A Theory of Intergenerational Justice*. UK, USA: Earthscan, 2009.
372. Wapler F. *Wertrelativismus und Positivismus. Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs*. // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*. Baden-Baden, 2011.
373. Walzer M. *Arguing about war*. New Haven & London: Yale University Press, 2004.
374. Walzer M. *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration*. New York: Basic Books, 2006.
375. Walzer M. *International Society: What is the Best We Can Do?* // *Ethical Perspectives*. Vol. 6. (1999) 3–4.

376. Walzer M. Pluralism: a political perspective. // Harvard encyclopedia of American ethnic groups. Harvard, 1980.
377. Walzer M. The Communitarian Critique of Liberalism. // Political Theory, Vol. 18, No. 1 (Feb., 1990).
378. Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction.// Dissent. Spring, 1991.
379. Walzer M. The Triumph of Just War Theory (and the Dangers of Success). // Social Research, Vol. 69, No. 4, International Justice, War Crimes, and Terrorism: The U.S. Record (winter 2002).