

Н.А. Шавеко

ОЧЕРКИ ПО ТЕОРИИ СПРАВЕДЛИВОСТИ

Монография

Издание второе, переработанное

RU
science
RUS-SCIENCE.RU
Москва
2025

УДК 17
ББК 87.7
Ш14

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

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.

Автор:

- Н.А. Шавеко**, старший научный сотрудник Удмуртского филиала Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук, канд. юрид. наук

Шавеко, Николай Александрович.

Ш14 Очерки по теории справедливости : монография / Н.А. Шавеко. — 2-е изд., перераб. — Москва : РУСАЙНС, 2025. — 448 с.

ISBN 978-5-466-11254-2

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 978-5-466-11254-2

© Шавеко Н.А., 2025
© ООО «РУСАЙНС», 2025

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	5
ГЛАВА ПЕРВАЯ. ОБЩАЯ ТЕОРИЯ СПРАВЕДЛИВОСТИ.....	16
§1. Справедливость как равенство	17
§2. О достоинстве и правах человека	47
§3. Предшествует ли право благу? Спор между либералами и коммунитаристами.	65
ГЛАВА ВТОРАЯ. ПОЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ.....	90
§1. Правовое государство и верховенство права	92
§2. Общественное мнение и справедливость	110
§3. Гражданское неповиновение	123
ГЛАВА ТРЕТЬЯ. ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ И ВОЗДАЮЩАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ.....	139
§1. Проблема поиска истины в судебном процессе	141
§2. Теория справедливого наказания: между Кантом и утилитаристами	156
§3. О смертной казни и телесных наказаниях.....	182
ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ. ЭТНОКУЛЬТУРНАЯ И МЕЖДУНАРОДНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ.....	202
§1. Этнокультурная справедливость.....	204
§2. Принципы международной справедливости: Кант, Ролз и Устав ООН.....	247
ГЛАВА ПЯТАЯ. ТЕОРИЯ СПРАВЕДЛИВОЙ ВОЙНЫ	261
§1. Принципы справедливой войны в различных философских традициях	262
§2. Моральные вызовы «новых войн»	278
§3. Моральные вызовы информационных войн	298
ГЛАВА ШЕСТАЯ. УРАВНИВАЮЩАЯ И РАСПРЕДЕЛЯЮЩАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ.....	319
§1. Справедливость договора: предмет и основные начала	321
§2. Право на достойное существование, социально-экономические права и распределяющая справедливость	344
§3. Межпоколенческая справедливость	370

Приложение 1. Либертарно-юридическая концепция права: критический анализ.....	386
Приложение 2. Соотношение права и морали: общетеоретический аспект	397
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	416
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ	418

ВВЕДЕНИЕ

Данная книга посвящена ряду наиболее актуальных вопросов, связанных со справедливым регулированием общественных отношений. Однако, прежде чем переходить непосредственно к рассмотрению данных вопросов, следует посвятить несколько слов более фундаментальным вопросам, находящимся в области метаэтики и нормативной этики, поскольку ответы на них являют собой теоретико-методологические основы исследований более практического плана.

В первую очередь напрашивается вопрос: существует ли вообще справедливость? Действительно, отрицание объективного идеала справедливости, представление о том, что справедливость у каждого своя достаточно укоренены в современном сознании, а потому исследования в области справедливости могут вызывать известный скепсис.

Тем не менее, автор настоящих очерков 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 человеческом 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 объективно правильной, с нашей точки зрения, ценности. В противном случае суждения о должном теряют всякий убеждающую силу («нужно сделать так-то, просто потому что я так сказал», и/или «это справедливо, потому что мне это выгоднее/приятнее»), а моральные дебаты получают статус простой игры красивых слов, за которыми скрываются субъективные чувства, предпочтения или прескрипции. Вместо дискуссии о должном мы получаем в лучшем случае сообщения на фактах, никак не способствующие разрешению нормативных проблем, а в худшем – манипуляцию сознанием в стратегических целях отдельных субъектов.

Вот почему предпосылкой настоящих очерков является моральный реализм, т.е. убеждение, что существует некоторая объективная моральная истина (справедливость). Предполагается, что наши суждения о справедливости не просто могут быть оценены как истинные или ложные (моральный когнитивизм), но и на практике хотя бы иногда являются истинными.

Наиболее убедительными представляются именно сильные версии морального реализма, которые следует противопоставлять моральному

релятивизму и моральному конструктивизму. Моральный релятивизм исходит из того, что справедливость своя для каждого социума, а моральный конструктивизм – что справедливость конструируется посредством некоторой идеальной процедуры. Обе позиции признают объективность справедливости, но совсем не в том смысле, который подразумевается сильным моральным реализмом. Так, для морального релятивизма справедливость объективна как социальный факт, а не как идеал должного социального устройства; моральный релятивизм не позволяет сделать суждение о том, представления какого именно социума о справедливости наиболее правильным, так как отрицается сам критерий, по которому можно оценивать его правильность. Для морального конструктивизма, в свою очередь, справедливость тоже объективна, но лишь в том смысле, что конструируется она сообща, а не отдельными индивидами по своему усмотрению; моральный конструктивизм не схватывает реальных особенностей моральных дискуссий, в ходе которых мы аргументируем свою позицию не со ссылкой на то, что другие приняли бы её в рамках гипотетической идеальной дискуссии, а подразумевая, что эта позиция является объективно правильной, независимо от каких-либо «конструирующих» процедур. Таким образом, лишь позиция, что объективный (т.е. универсальный) идеал справедливости существует, не сводится к существующим устоям, а конкретные процедуры могут лишь «открыть», а не «сконструировать» его, позволяет более или менее адекватно описать наши повседневные моральные суждения.

Причем универсальность справедливости вовсе не означает, что существует единственно верный для всех стран и всех времён вариант социального урегулирования: в зависимости от конкретных обстоятельств идеалу справедливости могут соответствовать различные правила и действия, поскольку сам идеал справедливости подразумевает учет данных обстоятельств. Здесь мы исходим из (свойственного неокантианцам) понимания идеала справедливости исключительно как регулятивной идеи.

Сказанное не следует понимать таким образом, что другие ме-таэтические позиции совершенно точно неверны и не имеют права на существование. Сказанное выше – это лишь констатация личных убеждений автора данной книги, и экспликация тех предпосылок, из которых он исходит в более конкретных рассуждениях о справедливости. При этом очевидно, что в попытке объективно обосновать идеал справедливости мы неизбежно сталкиваемся со множеством трудностей и противоречий, которые нередко порождают в нас сомнения в том, что такой

идеал вообще существует. Моральный нигилизм контринтуитивен, поскольку лишает нас возможности морального суждения, однако нередко уход от морального нигилизма достигается не в полной мере: мы можем ссылаться на некие общепризнанные и самоочевидные нормы, или на нормы, обоснованные в процессе анализа, соответствующего некоторому научному этосу, или на нормы, одобренные всеми заинтересованными лицами, но во всех этих случаях призрак морального нигилизма остается маячить на заднем фоне.

Переходя к вопросам нормативной этики, также заслуживающими внимания с точки зрения того, чтобы эксплицировать теоретико-методологические основы настоящего исследования, следует отметить, что автор данной книги полагает наиболее адекватной нормативно-этической теорией деонтологическую этику (этику правил), противопоставляемую конкурирующим теориям консеквенциализма и этики добродетелей. С точки зрения этики правил, моральные принципы сами по себе не зависят от последствий (если бы последствия были бы первичны по отношению к моральным принципам, то было бы не ясно, какие именно последствия и как учитывать, поэтому моральные принципы не могут не предшествовать калькуляции последствий). Вместе с тем, представляется, что последствия необходимо учитывать, чтобы оценить, насколько то или иное явление (поведение, правило и т.д.) приближает нас к реализации моральных принципов. Иногда серьезные последствия применения тех или иных моральных принципов могут даже заставить нас усомниться в самих моральных принципах, однако здесь нет какой-то строгой связи, и последствия в любом случае остаются лишь пищей для размышления, а не фактором, детерминирующим моральные принципы. В любом случае неверны такие радикальные трактовки деонтологической этики, которые призывают вообще закрывать глаза на последствия. Кроме того, согласно деонтологической этике, в основе этики лежат именно правила, а не добродетели. Скорее, сами добродетели выводятся с учетом правил. Так, добродетели в целом зависят от конкретной социальной практики: добродетели врача не совпадают (или не полностью совпадают) с добродетелями воина. В этом смысле отнесение тех или иных качеств души к добродетелям находится исключительно в логике целесообразности (ставится вопрос о том, какие именно качества души способствуют достижению цели соответствующей социальной практики). Но для того, чтобы оценить допустимость социальной практики, требуются некоторые моральные правила (идеал справедливости). Причем эти моральные правила обуславливают также добродетель спра-

ведливости, то есть такое качество души, которое способствует реализации именно этих правил. Короче говоря, с точки зрения социального идеала правила первичны, а добродетели вторичны.

В целом представляется, что утилитаризм (как наиболее распространенный вариант консеквенциализма) и этика добродетелей по своей сути представляют собой некорректную экстраполяцию индивидуальной перспективы на социальные отношения. Согласно утилитаризму, необходимо максимизировать общую пользу. В основе данного убеждения находится очевидный факт, что каждый из нас стремится к собственной пользе. Однако из этого факта вовсе не следует, что с социальной точки зрения правильным будет максимизировать общую пользу. Утилитаризм не касается вопросов распределения этой общей пользы между членами общества, а значит в принципе не касается проблематики справедливости, выдавая за идеал справедливости неверную экстраполяцию индивидуальных императивов на социальную сферу. Аналогичные недостатки свойственны и этике добродетели, согласно которой необходимо способствовать общему благу, то есть тем ценностям, целям и представлениям, которые разделяются в данном конкретном обществе. В основе данного убеждения находится очевидный факт, что каждый из нас стремится к самореализации, к тому, чтобы прожить жизнь достойно, и реализовать некий смысл жизни. Однако из этого факта вовсе не следует, что с социальной точки зрения будет самореализация общества как такового. В конце концов, отдельные члены общества могут быть в корне не согласны с теми ценностями, которых придерживается общество в целом, и не поддерживать направление, в котором данное общество развивается. Поскольку этика добродетелей не касается способов разрешения указанных конфликтов, она вообще не касается проблематики справедливости, подобно утилитаризму выдавая за идеал справедливости неверную экстраполяцию индивидуальных императивов на социальную сферу.

Вообще, следует различать несколько нормативных систем: так, например, справедливость (собственно мораль в узком смысле) имеет дело со взаимоотношениями между людьми, этика – с индивидуальными представлениями о достойной жизни (смысле жизни, правильном образе жизни), а прагматизм – с максимами, способствующими индивидуальным удовольствиям. Несмотря на то, что непосредственно взаимоотношений (конфликтов, споров, согласования интересов и т.д.) из приведенного перечня касается лишь мораль, существующие социальные регуляторы (такие как право, традиции, обычаи, религия, нравственные

устой и т.д.) могут использоваться для закрепления не только морального идеала, но и других идеалов (в той мере, в которой это не противоречит требованиям морали). Например, когда государство занимается благоустройством городов, увеличением ВВП, поддержкой искусств, то оно руководствуется императивами, которые сами по себе не имеют к справедливости никакого отношения. О справедливости же мы вспоминаем лишь когда задаемся следующими вопросами: справедливо ли собирать налоги с тех граждан, которые не выигрывают от проводимых мероприятий по благоустройству или от иных общественных благ, создаваемых на эти налоги? как именно распределяется произведенный продукт внутри общества? стоит ли поддерживать такие формы искусства и иные способы самовыражения членов общества, которые оскорбительны для других членов общества? Иными словами, должны существовать «обстоятельства справедливости», главным и непременным из которых представляется наличие конфликта интересов, тогда как многие другие факторы, которые традиционно относятся к «обстоятельствам справедливости», не всегда имеют значение¹. Можно было бы сказать, что главным «обстоятельством справедливости» является наличие спора, но дело в том, что иногда индивиды сами не до конца осознают свои интересы (например, если имеют адаптивные предпочтения), а потому и не вступают в спор, в то время как на самом деле их интересы вступают в противоречие с интересами других индивидов. В целом же приведенное разграничение нормативных систем на моральную, этическую и прагматическую, а также «обстоятельства справедливости» позволяют очертить сам предмет теории справедливости, не подводя под него вообще любые суждения о должном. Когда мы высказываем свои суждения о должном, мы не всегда апеллируем непосредственно к справедливости. И хотя справедливость всегда занимает важное место, дебаты о должном правовом регулировании или о должной государственной политике к ним не сводятся: справедливость – это должное в «узком» (моральном) смысле.

Следует также сказать о популярном в моральной философии «принципе Юма», согласно которому должное не выводимо из сущего. Представляется верным, что если нечто есть, то из этого ещё не следует, что это «нечто» должно быть (принцип Юма). Однако это не значит, что

¹ Не обязательно, например, совместное проживание на ограниченной территории, так как конфликт интересов касается также и взаимоотношений между несуществующими поколениями, не обязательна даже ограниченность ресурсов, так как конфликты интересов могут возникать из-за противоречия в целях использования пусть даже и безграничных ресурсов.

для познания принципов должного вообще нельзя использовать опыт, ибо в таком случае ничего познать вообще невозможно. В какой именно форме и степени учитывать опыт – другой вопрос. Например, можно говорить о том, что сущее как материал, к которому прилагается некая идея должного, определяет саму постановку проблемы, или что факты (например, касающиеся наших моральных интуиций) используются для познания должного, хотя последнее не сводится к первым. В любом случае новоевропейские естественно-правовые концепции или концепции, наделяющее сущее неким телосом, не убедительны именно потому, что они смешивают сущее и должное.

При первом приближении теория справедливости может быть определена как наука о должном социальном регулировании. С учетом ранее приведенного разграничения трёх нормативных систем следует уточнить, что теория справедливости – это наука о должном регулировании социальных конфликтов интересов. Но даже с учетом этой поправки очевидно, что предмет теории справедливости 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 приводятся рассуждения относительно того, может ли справедливость быть познана, и как именно, предлагается общий идеал справедливости, обсуждаются некоторые связанные с ним проблемы. В остальных же главах рассматриваются некоторые частные вопросы справедливости. Таким образом, условно можно выделить общую 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? Фактически, общая теория справедливости ищет такие принципы, которые применимы ко всем сферам человеческой жизни (т.е. не имеют определенного предмета), и без соблюдения которых никогда нельзя говорить о полном торжестве справедливости. Частные теории справедливости заняты проблемами должного регулирования конкретных сфер общественной жизни. Они направлены на выработку принципов справедливости, применимых только к определенным правоотношениям. Например, в современной демократической теории ряд авторов (Ш. Муфф, Дж. Талли, Дж. Коннолли и мн.др.) отстаивают принцип агонистического плюрализма. Но данный принцип, очевидно, ограничен областью политики.

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. Вместе с тем, как будет продемонстрировано в первой главе, на самом деле среди моральных философов и политических теоретиков сложился прочный консенсус как минимум в отношении наиболее общей ценности равенства лиц, т.е. принципа, согласно которому каждый человек имеет равное достоинство, заслуживает равной заботы и уважения, а его интересы должны признаваться столь же значимыми, что и интересы других людей. Именно принцип равенства может быть положен в основу современной теории справедливости. Надо сказать, что данный принцип также очень хорошо коррелирует с широким консенсусом, который сложился в мировом сообществе относительно прав человека после Второй мировой войны прийти, и который продолжает оставаться достаточно прочным до сих пор. Отсюда, основанная на принципе равенства и на идее прав человека теория справедливости может оказаться весьма востребованной.

Конечно, остается вопрос о статусе существующего консенсуса относительно принципа равенства среди ученых и философов, и коррелирующего с ним консенсуса относительно прав человека (при всей критике прав человека, зачастую эта критика сводится к словесным уловкам и политическим играм, а не к искренним суждениям о ценностях, поэтому на данный момент всё ещё можно говорить о существовании глобального консенсуса относительно идеала прав человека). С одной точки зрения, этот консенсус может говорить о непосредственной очевидности некоторых моральных принципов в кантовском смысле (в т.ч. о том, что эти моральные принципы выводятся не из сущего, а непосредственно из разума). С другой точки зрения, мы можем видеть здесь гегелевскую «разумную действительность» и ее эволюцию. С третьей точки зрения, этот консенсус может свидетельствовать о том, что существуют какие-то методы познания справедливости (будь то рациональные, эмпирические или интуитивистские), с помощью которых ученые и философы постепенно пришли к соответствующей истине. Но по большому счету различие точек зрения не препятствует попытке вывести некоторые суждения о справедливости на базе сложившегося консенсуса.

Итак, автор этих строк полагает, что идея равенства (представляющая собой один из основных способов обоснования прав человека) является сегодня одной из наиболее бесспорных и общепринятых, 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.

На сегодняшний день теория справедливости, построенная на основе идеи равенства, стоит надеяться, 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.

Дж. Ролз утверждал, что справедливость – первая добродетель общественных институтов. В этой книге предлагается несколько иной подход. Идеал справедливости применяется здесь не общественным институтам, а к нормам и правилам поведения. И хотя общественный институт также представляет собой совокупность норм, в конечном счете возможно говорить о справедливости не только "совокупностей", но и "частностей". Более того, поскольку поведение человека всегда либо соответствует, либо не соответствует правилу, можно говорить о справедливости не только правил (норм), но и действий и поступков людей. В целом, идеал справедливости применяется настолько обширно, насколько это позволяют возможности социального регулирования, поэтому затрагивает не только поступки, но иногда (правда в крайне ограниченном объеме) также качества личности и мотивы людей. Таким образом, предмет теории справедливости намного шире, чем его видел Дж. Ролз. Под теорией справедливости следует понимать не просто некоторый консенсус, сложившийся на Западе относительно устройства основных социальных институтов, а обширный комплекс представлений и о должном социальном регулировании, действиях и поступках людей. Ролзовская же «Теория справедливости» охватывает лишь некоторые вопросы справедливости.

Несколько слов о классификации видов справедливости в их соотношении 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, как представляется, ими не исчерпывается, включая,

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

например, отношения управления, процессуальные и другие отношения. Уравнивающая справедливость, соответствующая отношениям обмена, 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 экологическим и международным правом. Так видится классификация 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 в данной книге освещены лишь некоторые проблемы, показавшиеся автору 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 каждому из основных видов справедливости ниже посвящено 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 несовершеннолетних 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 столь принципиальна.

Наконец, этика занимается очень широким кругом проблем, которые включают, помимо прочего, вопросы о правильной внутренней мотивации и о правильных добродетелях, а также охватывает не только мораль в узком смысле, но и другие нормативные системы. Теория справедливости смотрит на вопросы правильных мотивов и добродетелей с позиции только одной нормативной системы. Поэтому, по всей видимости, с точки зрения справедливости следует считать правильным мотив поступка, связанный с уважением к идеалу справедливости, и добродетели, способствующие идеалу справедливости. Но с точки зрения этики это лишь одна из возможных перспектив. Кроме того, этика обычно сконцентрирована на поступках и действиях, и хотя таковые всегда либо соответствуют, либо не соответствуют справедливому правилу, этика обычно несколько под другим углом подходит к тем же проблемам, что и теория справедливости. Кроме того, по весьма распространенному мнению, мораль есть нечто большее, чем справедливость (и включает, например, милосердие или щедрость), хотя в данной работе используется иная терминология. В целом же у моральной философии и теории справедливости очень большая область соприкосновения. 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 стать интересен для специалистов каждой из этих наук. Представляется, 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

Данная глава посвящена попытке выработать общий идеал справедливости, который мог бы быть применен к различным общественным отношениям, а также вопросам соотношения данного идеала с другими идеалами.

Так, 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. Поскольку равенство может пониматься различно, мы уточняем, что имеется в виду принцип равного учета интересов (он же – принцип равенства лиц в их достоинстве, или принцип равной заботы и уважения по Р. Дворкину, или принцип сущностного равенства по Р. Далю). Созвучность слов "справедливость", "равенство" и "право" кажется нам отнюдь не случайной: право должно быть справедливым, а справедливость есть равенство.

Однако, в этом трио отсутствуют понятия свободы и братства, поэтому мы отдельно разъясняем должное соотношение равенства и свободы (в первом параграфе), возможности ограничения свободы (но не равенства!) в интересах нравственности (в рамках дискуссии о правах человека во втором параграфе) а также роль сообществ и братства (на примере спора между либералами и коммунитаристами в третьем параграфе).

Общий вывод состоит в том, что равенство – это высший принцип справедливости и ключевая характеристика справедливого правопорядка. При этом имеется в виду не равенство в материальных благах, не равенство в формальных правах и обязанностях, и даже не равенство в возможностях, а именно равенство в достоинстве. Одновременно равенство в достоинстве – это не единственная характеристика социального идеала. В целом, социальный идеал характеризуется не только равенством, но и свободой и братством.

В то же время, эти три принципа могут вступать в противоречие друг с другом. С точки зрения справедливости, равенство в достоинстве не знает исключений, а свобода и братство допустимы лишь в тех границах, которые не нарушают равенства. Но эти границы, на первый взгляд, весьма неопределенны. Например, люди могут быть равны как в максимально возможных наборах свобод, так и в полной несвободе, но в обоих случаях принцип равенства оказывается соблюденным. Тем не

менее, поскольку обычно мы наблюдаем ситуацию, когда общее ограничение свобод происходит в угоду вполне определенных социальных групп или даже одного человека (например, диктатора) и в ущерб другим, постольку такое ущемление может быть подвергнуто критике именно с точки зрения равенства. Вот почему и равенство, и свобода, и братство (а не только одно лишь равенство) могут быть рассмотрены в контексте справедливости. Но если относительно равенства в достоинстве сегодня практически не встречается возражений, то соотношение свободы и братства является предметом серьезных разногласий между сторонниками различных политических идеологий. В данной главе автор предлагает лишь свое собственное видение того, каким может быть соотношение свободы и братства (солидарности, нравственности и т.п.).

§1. Справедливость как равенство

Скептицизм в вопросах справедливости. Существует распристрастное мнение об относительности любых представлений о справедливости, из которого обычно выводится невозможность объективно судить о справедливости тех или иных явлений или правил.

Действительно, как показал еще Д. Юм, невозможно перейти от суждений о сущем к суждениям о должном. Словами Г. Кельзена: "Из бытия не может быть выведено долженствование, а из факта не может быть выведена норма; бытию не может быть имманентно долженствование, факту и эмпирической реальности не могут быть имманентны норма и ценность"¹. Действительно, кажется интуитивно ясным, что из того, что что-то есть, еще не следует, что это что-то должно быть. Если мы хотим выработать критическое отношение к реальности, то было бы весьма странно, если бы сама эта реальность навязывала нам это отношение. Но если должное нельзя вывести из сущего, то как оно вообще может быть обосновано? Вышеуказанный «принцип (гильотину) Юма» в свое время воспринял И. Кант, предпринявший попытку найти основания нравственности в природе самого человеческого разума, а не в окружающей нас природе. Однако моральная философия Канта подвергалась с тех пор ожесточенной критике, и хотя одни неокантианцы (напр., Р. Штаммлер) пытались возродить кантовские идеи на строго

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб., 2015. С. 488-489, 495. В другом месте: "Из того, что нечто есть, не может следовать, что нечто должно быть; равно как из того, что нечто должно быть, не может следовать, что нечто есть". С. 240.

научных основаниях, другие (напр. Г. Кельзен) вынуждены были признать, что поскольку установление нормы это вообще функция воли, а не разума, должное можно только постулировать, но не познать¹, 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"². Эта последняя точка зрения оказалась в свое время более популярной. 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"³. Таким образом, взгляд на справедливость как на нечто принципиально недоказуемое сегодня прочно утвердился.

Данное обстоятельство резко контрастирует с очевидной необходимостью каждодневно решать моральные вопросы. Действительно, позиции морального когнитивизма (согласно которой моральные утверждения могут быть оценены как истинные и ложные) и морального реализма (согласно которой объективная моральная истина существует) в некотором смысле являются выражением здравого смысла. Так, например, неокантианскую философию, стремившуюся возродить научную

¹ Кельзен Г. Указ.соч. С. 501-502.

² Там же. С. 441-442. 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 внутрь 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». См.: 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.

³ Мартыанов В.С. Об условиях возникновения теории справедливости в российской политике. // Полис. №4 (94). 2006. С. 66.

постановку проблем справедливости, возможно и следует признать неудовлетворительной во многих отношениях. Однако неокантианцы убедительно показали, что отрицание «моральной истины» означает не просто оправдание тотального произвола или диктатуры, но и полную невозможность высказываться по существу моральных вопросов. Именно поэтому, как выразился неокантианец В. Виндельбанд, «не существует действительно серьезной научной теории релятивизма»¹. Каждый, кто отстаивает позицию морального нигилизма (согласно которой объективной моральной истины не существует), фактически лишает себя возможности предлагать какие-либо решения по любым моральным вопросам. П.Б. Струве верно 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"². Но значит ли это, что нам остается лишь этический скептицизм? "Этический скептицизм..., - настаивает Струве, - не может удовлетворить целостную человеческую личность. Отрицать нравственную проблему - значит, в сущности, говорить вопреки непосредственному сознанию всякого человека"³.

С учетом сказанного, не удивительно, что, несмотря на практически всеобщий скепсис относительно справедливости, позиция морального когнитивизма и морального реализма имеет множество сторонников (впрочем, сегодняшние мыслители очень осторожны в своих выводах и зачастую не рискуют предлагать готовых решений). Фактически многочисленная академическая литература, в которой авторы аргументируют свою позицию относительно должного правового регулирования, политического устройства, разрешения моральных дилемм и т.д., отражает массовую приверженность моральному когнитивизму и моральному реализму, поскольку эти авторы обычно подразумевают объективную обоснованность (т.е. правильность) тех моральных ценностей, из которых они исходят в своей аргументации.

Как же решить проблему соотношения морального скепсиса и потребности в моральной системе? Мы имеем серьезную дилемму. С одной стороны, мы не можем принять произвольность моральных норм.

¹ Виндельбанд В. Критический или генетический метод? // Виндельбанд В. Избранное: дух и история. М., 1995. С. 221.

² Струве П.Б. Указ.соч. С. 371.

³ Там же. С. 372.

С другой стороны, объективно обосновать моральные нормы необходимо без ссылки на эмпирические факты. Но как это возможно?

Один из родоначальников неокантианской философии В. Виндельбанд говорил, что высшие нормативные принципы являются непосредственно очевидными, и не могут быть доказаны, так как сами представляют собой последнее звено в цепи доказательств¹. Вместе с тем, закрадывается подозрение, что за «непосредственной очевидностью» нормативных идеалов скрывается лишь субъективные ощущение и воля исследователя. Сама по себе «очевидность» чего-то, конечно, указывает на то, что речь идет о чем-то объективном, о чем-то, что ни один субъект не может легко оспорить. Например, мы можем продемонстрировать, что какие-то представления о справедливости настолько распространены, что не могут считаться продуктом чьей-то субъективной воли. В этом случае мы как минимум отчасти избегаем опасности морального нигилизма. Однако в таком случае мы смешиваем сущее и должное².

Предположим, однако, что справедливость всё-таки может быть познана, а не только постулирована (т.е. что она может быть обоснована и доказана, а не просто наблюдается как нечто очевидное). Какими способами она может быть познана?

Мы полагаем, что моральные дискурсы сегодня всё ещё возможны в рамках науки потому, что они соответствуют некоторым общим требованиям научного этоса. Не следует забывать, например, такие важнейшие требования к научному исследованию, как бескорыстность и критичность исследователя, универсальность и объективность выво-

¹ См. там же. С. 263-268.

² Заметим, что моральное утверждение, которое для тех или иных лиц выступает «последним основанием» (т.е. аксиоматичным, наиболее убедительным и самоочевидным утверждением), не обязательно должно быть наиболее общим (и потому абстрактным). Представим, например, человека, который считает неоспоримым, что браки могут заключаться только между мужчиной и женщиной. Причина такой неоспоримости для него вряд ли состоит в том, что соответствующее регулирование следует из общих принципов семейных отношений или же принципов социального устройства в целом. Скорее, понимание брака как союза мужчины и женщины является для такого человека неоспоримым само по себе. На самом деле разнополость брачных партнеров сама может оказывать влияние на понимание данным человеком более общих принципов. Короче говоря, у каждого человека свои субъективные «последние основания», и они могут оказаться разной степени общности и абстрактности. Отсюда, если мы говорим о том, что справедливость заключается в непосредственной очевидности (т.е. тотальном доминировании некоторых «последних оснований»), то такая непосредственная очевидность может наблюдаться и на общем, и на частных уровнях (чисто гипотетически эти очевидности могут даже противоречить друг другу, если моральные суждения индивида не продуманы и не согласованы между собой).

дов, их открытость, всесторонность и глубина, последовательность и логичность изложения и т.д. Применительно к моральным суждениям одним из требований становится принятие исследователем во внимание всего многообразия существующих моральных интуиций, а также эмпирических фактов, которые могут оказать воздействие на них. Исследователь обязан учитывать данное многообразие, чтобы его выводы являлись достаточно взвешенными и глубокими. Таким образом, если мыслители, высказывающие свои моральные позиции, остаются в рамках базового научного этоса, то их исследования и дискурсы следует считать научными в минимальном смысле. Но в той мере, в которой наука считается деятельностью по производству нового знания, моральная позиция, одерживающая верх в соответствующих дискурсах, удовлетворяющих научному этосу, должны считаться истинной. Если так, моральная истина является вполне реальным понятием.

Вместе с тем, заслуживает внимания отсутствие необходимого уровня системной взаимосвязанности высказываемых в науке моральных воззрений. Для того, чтобы критиковать то или иное положение вещей в отдельной сфере (например, тот или иной закон), необходимо сформировать определенные представления об общих принципах справедливости и соотносить моральные суждения по конкретным вопросам с этими представлениями. В свою очередь общие принципы справедливости должны вырабатываться с учетом моральных суждений, обоснованных в рамках более узких вопросов. Иными словами, от частного зависит общее, а от общего - частное. Следовательно, хотя век построения всеобъемлющих моральных систем давно прошел, на практике мы нуждаемся хотя бы в некоторых контурах такой системы. Другое дело, что она уже не может быть столь догматичной, как прежние моральные системы: каждый элемент теории справедливости может быть пересмотрен, и фактически постоянно пересматривается. Но это всё-таки должна быть система. Й. Шапино, например, с горечью отмечает, что в современной науке практически не исследованным остается соотношение идеалов справедливости и демократии, поскольку теория справедливости и демократическая теория на протяжении второй половины XX столетия развивались во многом параллельно¹. Теоретики справедливости подспудно воспринимали демократию лишь как более приемлемое, чем правление царей-философов, средство реализации идеала справедливости, не вдаваясь в проблемы демократической теории, в то время как

¹ Shapiro I. Democratic justice. New Haven, 1999. P. 3-4.

теоретики демократии пытались найти одновременно морально приемлемую и реалистичную модель демократии, не соотнося свои выводы с общим идеалом справедливости. Проблема в том, что невозможно делать выводы о моральной обоснованности той или иной модели демократии, не обосновав общее представление о справедливости. Иными словами, моральные дискурсы относительно узких сфер общественной жизни должны учитывать результаты моральных дискурсов относительно более общих вопросов и наоборот¹.

Требование соответствия моральных суждений научному этосу, однако, не решает всех проблем. Как представляется, в области методологии основная идея справедливости заключается в беспристрастности. Но давайте рассмотрим конкретные методы, которыми обеспечивается беспристрастность (важнейший элемент научного этоса), и с какими проблемами эти методы сталкиваются.

Один из методов предложил Дж. Ролз в своей книге «Теория справедливости» (1971). Он полагал, что на самом общем уровне беспристрастность в моральных суждениях может быть достигнута, если они выносятся в ситуации, когда исследователь не знает, как именно его моральные суждения отразятся на нем самом. Иными словами, исследователю должен быть предоставлен доступ к общим знаниям и фактам, но закрыт доступ к знаниям о своем собственном социальном статусе, о своих природных дарованиях и способностях и даже о собственных представлениях о смысле жизни. С точки зрения Ролза, при обсуждении проблем справедливости в такой гипотетической ситуации (которую он назвал «исходным положением») люди были бы максимально объективны, и смогли бы выработать какие-то устраивающие всех принципы справедливости. Причина объективности в том, что люди просто не знают, какие именно принципы были бы выгодны лично им. Но помимо ролзовского существуют и другие подходы. Ю. Хабермас, например, считал, что беспристрастность достигается в том случае, если мы (в отличие от предложения Ролза) вообще никак не ограничиваем доступную людям информацию, но при этом ограничиваем правила, по которым ведется обсуждение вопросов справедливости. По мнению Хабермаса, надо создать такие условия для обсуждения, при которых люди вменя-

¹ Подчеркнем, что следует отличать системы морали и системы права как нормативные системы от системы действующего законодательства, в рамках которой нормативно-правовые акты имеют различную юридическую силу. Нормативные системы выстраивают свои принципы по критериям «общее/частное» и «абстрактное/конкретное», но не «сильное/слабое».

емы, владеют общим языком, никто друг другу не угрожает, никто никого не принуждает, и все имеют равные возможности высказаться, при этом каждый пытается убедить всех остальных согласиться с каким-то правилом или нормой поведения. В этой идеальной ситуации обсуждения (которую Хабермас называет дискурсом), люди на самом деле вполне могут осознавать свой корыстный интерес, но, несмотря на это, они еще должны убедить других людей принять такие правила, которые бы учитывали этот корыстный интерес. А значит, было бы самонадеянно с их стороны апеллировать только к своему собственному интересу: вместо этого стоило бы приводить доводы и аргументы, которые были бы убедительны не только для тебя, но и для остальных. Следует заметить, что и Ролз и Хабермас являются моральными конструктивистами, то есть они полагают, что объективная мораль не «предзадана», а создается («конструируется») в ходе соответствующих гипотетических процедур обсуждения. Но если мы верим в то, что существует некая справедливость, не зависящая от реальных или гипотетических процедур, мы всё равно можем использовать названные методы, понимания их не как методы конструирования, а как методы познания справедливости.

И Ролз и Хабермас сделали акцент на обсуждении. Соответственно, справедливость в их представлении зависела от согласия, пусть даже и гипотетического. Вместе с тем, заслуживает внимания и третья точка зрения, согласно которой справедливость можно искать и не вступая обсуждения с другими людьми. Так, например, если исследователь знает интересы и доводы затронутых лиц, сам лично не заинтересован в исходе дела, то он может предложить решение, которое в принципе не зависит от мнения затронутых лиц. Например, он мог бы предложить решение, которые учитывало бы конфликтующие интересы в равной степени (даже если никто из участников спора с таким решением не согласен). Здесь интересен предложенный А. Смитом в «Теории нравственных чувств» прием оценки собственного поведения с точки зрения «честного и беспристрастного наблюдателя». Экономист А. Сен, в частности, утверждает, что этот подход более продуктивен, чем обсуждение справедливости в ролзовской гипотетической ситуации «исходного положения», поскольку позволяет учитывать мнение не только сторон общественного договора (то есть членов конкретной политики) или даже заинтересованных лиц из других обществ, но и вообще любых наблюдателей, у которых есть собственные мысли по поводу соответствующей

повестки¹. При этом Сен всё ещё исходит из того, что истина рождается в обсуждении. Но он настаивает на «открытой беспристрастности», то есть на отсутствии каких-либо ограничений на количество участников дискуссии, как это имеет место у Ролза (члены конкретного общества) и даже Хабермаса (лица, считающие себя заинтересованными). По мнению Сена, это – помимо прочего - позволит преодолеть «местечковые предрассудки» и учесть чужой эмпирический опыт². В частности, сторонний наблюдатель может выявить то, что К. Маркс называл «ложным сознанием», обусловленным той или иной позицией³. Однако, как представляется, отдельно можно было бы задаться вопросом, чем должен руководствоваться «честный и беспристрастный наблюдатель». Думается, не последнее место будет занимать простая житейская мудрость, выраженная, например, в таких советах, как: «Попробуй поставить себя на место другого!»; «Задай себе вопрос: а хотел бы ты, чтобы с тобой обходились так, как ты предлагаешь обходиться с другими?» («золотое правило морали»). Такие советы, конечно, не гарантируют полной беспристрастности (которой, вероятно, невозможно достичь в принципе, поскольку каждый исходит из собственной перспективы), но всё-таки это важные помощники при поиске справедливости, которые позволяют выносить суждения о справедливости вне зависимости от процесса обсуждения и фактора согласия.

Какие бы из приведенных методов мы не использовали, 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 именно с методом «рефлексивного равновесия». Данный метод 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 истинна, ведь

¹ Сен А. Идея справедливости. М., 2015. С. 182.

² Там же. С. 189, 211-214.

³ Там же. С. 224-234.

она может измениться под воздействием фактов и принципов (например, если окажется, что данная конкретная моральная интуиция не может быть объяснена с точки зрения выработанных нами же принципов, тогда как остальные моральные интуиции этими принципами успешно объясняются)¹. 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 априори². Нельзя не отметить 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". Так или иначе, наш тезис заключается в том, что и в ситуации «исходного положения», и в хабермасовском «дискурсе», и даже в ходе индивидуальных рассуждений о справедливости применяется метод «рефлексивного равновесия», который предполагает работу с моральными интуициями людей, и попытку сформировать на основе этих моральных интуиций непротиворечивые принципы, с учетом имеющихся у нас фактов о мире.

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"³. 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 стратегия аргументации, представляющая собой модификацию простого интуитивизма, используется не случайно: авторы по каким-то причинам надеются на ее успешность. Действительно, в зависимости от конкретной

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 52-57.

² Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 211.

³ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 23.

стратегии обоснования прав человека речь может идти о монологическом, гипотетическом или реальном (внутрикультурном или межкультурном) дискурсе, но в каждом из них проверке, пересмотру и обобщению подлежат моральные интуиции¹.

Вместе с тем, каждый из указанных выше методов поиска справедливости (ролзовское «исходное положение», хабермасовский «дискурс», индивидуальное познание) имеет свои недостатки, и мы отметим лишь некоторые. Позиции Ролза и Хабермаса уязвимы, во-первых, потому, что если спорящие стороны не достигли согласия, то это означает, что мы так и не установили справедливость. Отсутствие справедливости, в свою очередь, практически тождественно моральному нигилизму (поскольку отрицание существования моральной истины и невозможность установить моральную истину имеют одинаковые практические последствия). Во-вторых, позиции Ролза и Хабермаса смешивают должное и сущее, ибо справедливость у них зависит от реальных или гипотетических моральных интуиций, воззрений и убеждений людей, а также от самого факта согласия между этими людьми в гипотетической ситуации. Но и позиция, согласно которой справедливость может быть познана индивидуально, не менее сомнительна. С одной стороны, в некотором смысле имеет место моральный нигилизм, потому что справедливость поставлена в зависимость от субъективного ощущения правильности конкретного исследователя, и никакого объективного подтверждения этой правильности нет. Ведь каким бы объективным ни пытался быть этот исследователь, в конечном счете его может убедить то, что других таких же объективных исследователей не убеждает: это вопрос индивидуальной психологии. С другой стороны, имеет место смешение сущего и должного, потому само это субъективное ощущение правильности – это психологический факт, т.е. сущее.

Вообще, поскольку все три способа находят свою опору в моральных интуициях, то следует отметить, что вполне может оказаться, что даже в теории не существует никакой системы принципов, которая могла бы согласовать взвешенные моральные интуиции индивида и тем более нескольких индивидов (и в этом смысле даже если бы у нас был суперкомпьютер, который мог бы вырабатывать моральные принципы на основе тех решений конкретных кейсов, которые кажутся убедитель-

¹ См.: Якушев Л.В. Универсальность морали и обоснование прав человека. // Этическая мысль. 2018. №2. Автор выделяет интуитивистскую, конструктивистскую, коммуникативную и коммунитаристскую стратегии. В этой классификации особняком стоит собственно интуитивизм, не предполагающий никакого дискурса.

ными, то вполне вероятно, что такой суперкомпьютер не смог бы объяснить все эти решения единой системой моральных принципов). Кроме того, следует принимать во внимание, что моральные интуиции и убеждения – это вещь не постоянная, а текущая и изменчивая (например, в один период своей жизни мы можем быть либералами, в другой – консерваторами, в один – верующими, в другой – атеистами), а это значит, что даже если справедливость и есть, то она своя в каждый новый момент времени. Перечисленные сложности являются прямым следствием того, что при определении должного мы опираемся на сущее.

Таким образом, мы видим, что идеал справедливости либо постулируется как самоочевидный или общепризнанный (и в этом смысле объективный, что отличает такое постулирование от некогнитивистского понимания морали как простого навязывания субъективной воли), и тогда мы отчасти уходим от морального нигилизма (в том смысле, что некие общепризнанные ценности, пусть и не доказуемы, но всё же объективны), но смешиваем сущее и должное, либо познается, и тогда мы и впадаем в моральный нигилизм (в разных смыслах, например в смысле, что отсутствует согласие в области моральных норм, или в смысле, что исследователь беспристрастен, но его моральные интуиции неизбежно субъективны), и одновременно смешиваем сущее и должное.

Подведем итог. Для аргументированной критики социальной действительности, нам требуется некоторая научная дисциплина. С одной стороны, данная дисциплина может считаться научной в той мере, в которой она формируется на основе нормативных исследований, соответствующих общепризнанным критериям «научного этоса», таким как бескорыстность и критичность исследователя, универсальность и объективность выводов, их открытость и глубина и т.д. С другой стороны, попытки научно обосновать объективный идеал справедливости сталкиваются со множеством противоречий.

Вместе с тем, и отказ от объективного идеала справедливости не кажется выигрышной стратегией, ведь в этом случае все наши моральные суждения превращаются в простую игру слов, а манипуляция сознанием в стратегических целях оказывается первичнее добра и зла.

Ниже мы попытаемся продемонстрировать, что существует некий идеал, который претендует на «непосредственную очевидность» в виндельбандовском смысле. Таким идеалом является идеал равенства. Непосредственная очевидность данного идеала демонстрируется тем, что практически все ученые и философы, которые за последние 100 лет пытались аргументировать некие моральные идеалы, либо прямо высказыва-

лись в поддержку идеала равенства, либо не отрицали его и не противоречили ему. В той мере, в какой справедливость считается познаваемой, те аргументы, которые высказывались различными мыслителями, можно рассматривать и как моральные обоснования принципа равенства.

Следует сразу прояснить нашу задачу. Чтобы обосновать базовый принцип справедливости, потребовалось бы написать целую монографию только на эту тему, и учесть всевозможные научные дискурсы как минимум со времен выхода в свет фундаментальной работы Дж. Ролза «Теория справедливости» (1971). Здесь же мы лишь хотим показать, что несмотря на множество самых различных взглядов на справедливость, а также несмотря на влияние морального нигилизма, в современной нормативной науке сложился весьма прочный консенсус относительно некоторых общих моральных ценностей. Демонстрация контуров указанного консенсуса может помочь дальнейшим обсуждениям частных политических, юридических и моральных вопросов, поднимаемых в научной литературе (хотя бы тем, что обсуждение моральных проблем может стать более системным и последовательным, а у многих дискурсов наметятся точки соприкосновения). Конечно, любые ценности могут быть оспорены, а один консенсус может смениться другим. Но мы всегда должны исходить из существующего на данный момент. Именно те результаты научных дискурсов, которые мы имеем сейчас относительно общих вопросов, должны быть положены в основу критического анализа вопросов частных. Фактически речь идет о таких моральных принципах, которые являются не столько «высшими», сколько «общими», поскольку без их соблюдения ни одно социальное установление не может считаться справедливым.

Кроме того, ниже мы продемонстрируем связь доминирующих в научных дискуссиях представлений о справедливости с наиболее влиятельными из существующих политических идеологий. Опять же, речь не идет о том, чтобы разрешить все конфликты между указанными идеологиями с помощью некоего абстрактного принципа справедливости, а лишь показать набросок того, как они могут существовать в рамках этого принципа.

Консенсус в вопросах справедливости. Обратимся теперь к вопросу о том, какой именно общий принцип справедливости может быть положен в основу суждений о частных проблемах справедливости.

Наш центральный тезис заключается в том, что на роль общего принципа справедливости может претендовать принцип равенства. Так, например, У. Кимлика утверждает, что одной из основных общих тем всех современных теорий справедливости является интерпретация

принципа "равной заботы и уважения"¹. 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"². Действительно, можно по-разному относиться к индивидуальной свободе как высшей ценности (отсюда и всевозможная критика либерализма), но как либералы, так и их непримиримые оппоненты обычно соглашались относительно принципа равенства. 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"³. 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 степени", а государство должно обращаться со своими гражданами "с равным вниманием; каждый гражданин имеет право на равную заботу и уважение"⁴. Речь, по сути, идет о принципе равной ценности человеческих личностей.

Действительно, с тех пор, как Р. Дворкин высказал вышеприведенный тезис, схожие идеи были высказаны и другими именитыми ав-

¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 13.

² Там же. С. 14.

³ Дворкин Р. Указ.соч. С. 366-367.

⁴ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 20.

торами. Например, Р. Даль называл идею сущностного (intrinsic) равенства (согласно которой благо или интересы каждого индивида должны учитываться одинаково, поскольку все люди имеют равную сущностную ценность) "настолько фундаментальным утверждением, что оно содержится в большинстве моральных аргументов"¹. И. Раз считал принцип равенства лежащим в основе политической морали². Наконец, Ф. Петтит исходит из того, что главным принципом справедливости является отношение к людям как к равным³. В отечественной науке равенство также называется нормативным идеалом модерна, общим интуитивно-ценностным фундаментом, по крайней мере, всей западной цивилизации⁴. И действительно, разработчики многих частных теорий справедливости учитывают приведенные идеи⁵. Впрочем, почти все авторы признают, что конкретные воплощения принципа равенства уже не так очевидны: для одних он подразумевает равное распределение ресурсов, для других – равное удовлетворение, для третьих – равные базовые возможности, для четвертых – равные основные права и т.д.

Могут возникнуть сомнения в том, что принцип равной заботы и уважения является удачной формулировкой сложившегося научного 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

¹ Даль Р. Демократия и её критики. М., 2003. С. 126-132.

² Raz J. The morality of freedom. Oxford, 1986. P. 217-244.

³ Pettit Ph. On the people's terms: a republican theory and model of democracy. Cambridge, 2012. P. 78.

⁴ Кашников Б.Н. Указ. соч. С. 39-40.

⁵ 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. Апресяна. 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.

равенства лишь одним из способов обоснования прав человека. М. Сэндел также отмечает, что "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)"¹. Однако справедливость и права человека не являются тождественными понятиями², они лишь могут иметь лежащие 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.

Чтобы продемонстрировать то, что в научном сообществе, несмотря на весь скептицизм, существует некоторый консенсус, максимально кратко обратимся к основным учениям о справедливости, 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.³ 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

¹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 33.

² Различия удачно сформулированы у в Griffin J. On human rights. New York, 2008. P. 42-43, 198.

³ 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.

так же, как и любого другого"¹, причем "равное право каждого человека на счастье подразумевает и равное право на любые средства, необходимые для его достижения"², "интересам всех должно уделяться равное внимание"³. 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, т.к. она *желаема*)⁴. Ученый полагал, что равенство лиц и равное право на счастье только тогда допустимы, когда они полезны обществу⁵, а справедливость является высшей ценностью только потому, что она наиболее полезна⁶. 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 сомнительный⁷, особенно когда "меньшинства уничтожают только потому, что они вызывают раздражение у большинства"⁸. В любом случае сам по себе факт, что в конечном счете Милль обосновывал принцип равенства (справедливости) через принцип пользы, не имеет значения в контексте нашей цели показать наличие консенсуса относительно принципа равенства.

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. Так, проанализировав дискуссии вокруг основных идей одного из самых известных либертарианцев – Роберта Нозика – можно обнаружить, что как

¹ Милль Д.С. Утилитаризм. Ростов-на-Дону, 2013. С. 231.

² Там же. С. 233.

³ Там же. С. 127. Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 31.

⁴ Там же. С. 231. См. сноску.

⁵ См., напр., там же. С. 229, 235.

⁶ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 195-196.

⁷ Некоторые из аргументов против обусловленности прав человека долгосрочными выгодами всего общества см. в: Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 45-65.

⁸ Бёрлин И. Две концепции свободы. // Современный либерализм. М., 1998. С. 37.

идеи данного автора, так и возражения его критиков¹ находились в рамках одной парадигмы равноценности лиц. Что касается коммунитаристов, то и они – на наш взгляд – не становились на сторону подлинного коллективизма, согласно которому общество ценно само по себе, ведь учитывая презрение к человеку, свойственное такому подходу, мало кого можно считать его сторонником. Сомнительно, чтобы какой-либо философ придерживался его в чистом виде. Далее в этой главе мы продемонстрируем, что практически всем коммунитаристам (Ч. Тейлор, М. Уолцер, М. Сэндел, А. Этциони и др.) было свойственно признание неоспоримой моральной значимости прав человека и принципа равенства. Т.н. «республиканский поворот», свершившийся на излете XX века, также не изменил ситуации, так как наиболее известный и авторитетный представитель республиканизма Ф. Петтит прямо придерживается принципа равенства (причем ставит этот принцип даже выше, чем идеал свободы как недоминирования, так как речь у него идет именно о равной для всех свободе как недоминировании²).

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 Маркса³. Сам Маркс, как известно, скептически относился к теориям справедливости, и, по мнению некоторых его критиков, считал коммунизм скорее исто-

¹ 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 непричинение 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.

² Pettit Ph. *Op.cit.* P. 77-92. Политическая легитимность, в свою очередь, означает, что каждый лишь из тех граждан, кто признает принцип равенства (!) готов принять направленность политических решений. *Ibid.* P. 170.

³ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 224.

рически неизбежным, чем желаемым следствием кризисов капитализма¹, однако в XX веке марксисты отстаивали коммунизм уже как идеал (должное)². В дискуссиях об аналитическом марксизме мы также видим, что стороны, как правило, находятся в рамках общей парадигмы равноценности лиц³. Что касается последней трети XX в., то на смену ортодоксальному марксизму в нашей стране пришли альтернативные теории. В частности, В.С. Нерсисянцем 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. Нерсисянц, 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. Равенство рассматривалось автором как "постоянно присущий праву принцип с исторически изменяющимся содержанием"⁴.

¹ Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Том 1. СПб., 1907. С. 47, 50-59.

² 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.

³ 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.

⁴ Нерсисянц В.С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М., 1996. С. 12, 15.

Конечно, идея равноценности лиц свойственна не всем современным авторам. Но было бы странно надеяться на полное единодушие мнений. Мы лишь хотели показать, что практически все научные теории, касающиеся вопросов справедливого социального устройства, поразительным образом сходятся в одном пункте, образуя в итоге контрапункт современности. Могут возразить, что выше была рассмотрена только западная научная традиция. Однако принимая во внимание, что марксистские идеи образовали в XX веке внушительный «восточный» блок, данное возражение представляется необоснованным. Кроме того, науку вообще неверно делить на «западную» и «незападную»: несмотря на любые политические конstellляции, научный этос остается единым. Правильнее было бы различать науку и догматизм, философию и идеологию. Мы апеллируем к философии как науке, а не к идеологии как догме.

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 духовными субстанциями, стремящимися воплотить в себе абсолютное добро"¹. 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""². 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"³.

Если предшествующий анализ верен, то рассматривая вопрос о справедливости или несправедливости той или иной правовой нормы, того или иного института, действия, бездействия или решения, мы всегда должны иметь в виду общее представление о справедливости как о

¹ Струве П.Б. Указ.соч. С. 374.

² Там же. С. 379.

³ Там же. С. 382.

равенстве (если точнее – равной ценности лиц). Конечно, 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 приемлемость того или иного государственного устройства, вида наказания, правила судебного процесса, той или иной военной операции и т.д. Поэтому рассмотрение конкретных социальных проблем 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. Кроме того, нельзя забывать и о других нормативных системах, которые также задают свои идеалы должного на всех уровнях.

Равенство и свобода. Одним из отличительных признаков понимания справедливости как равенства является утверждение 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"¹. Поэтому в лучшем случае в рамках идеи справедливости как равенства можно было бы говорить о максимизации равной (!) для всех свободы. Но не следует забывать и то, что иногда для равного учета интересов различных социальных слоев может потребоваться предоставление им неравных свобод (т.н. позитивная дискриминация). Если так, то максимизировать равные свободы всех и каждого не получится в любом случае: всегда будут те, кто имеет больше свобод, и те, кто имеет меньше свобод.

Так или иначе, для того, чтобы обеспечить каждому некий набор равных свобод, необходимо каким-то образом ранжировать свободы между собой, ведь нет смысла защищать 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

¹ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 27.

нам предоставить, и что мы уполномочены от него требовать, независимо от общественной пользы¹, 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. Думается, что подобную логику вполне можно объяснить с точки зрения справедливости как равного учета интересов вкупе с прагматическими соображениями. Дело в том, что некоторые интересы являются более значимыми, а некоторые – менее, а ресурс государства ограничен, поэтому государство сосредотачивается на наиболее значимых интересах своих граждан, и пытается учесть равным образом именно их. Но как определить, какие именно интересы учитывать в первую очередь?

Дж. Ролз, например, выделил ряд свобод, которые необходимы для реализации большинства вообразимых человеческих жизненных целей, и отстаивал максимизацию только этих свобод². Следуя той же логике, Ф. Петтит также высказался за установление в обществе некоторого перечня основных свобод, в качестве критериев отнесения свобод к указанному перечню назвав следующие: во-первых, свободой должен иметь возможность пользоваться каждый одновременно с другими, во-вторых, пользование свободой одним человеком не должно вредить другим людям³. При

¹ Дворкин Р. Указ.соч. С. 361-362.

² Алексеева Т.А. Справедливость как политическая концепция: очерк современных западных дискуссий. М., 2001. С. 89-90. В качестве примера основных свобод Ролз называет свободу совести, мысли и слова, свободу собраний, личную неприкосновенность, право частной собственности, политические свободы. См.: Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 66-67. Петтит, в свою очередь, также в качестве примера называет свободу совести, мысли и слова, право частной собственности, но добавляет также свободу выбора рода занятий и профессии, свободу передвижения и свободу экономического обмена, но не упоминает политические свободы и свободу собраний: это связано с тем, что проблеме социальной справедливости он рассматривает отдельно от проблемы политической легитимности. Pettit Ph. Op.cit. P. 103. Основное различие взглядов Петтита и Ролза состоит в основном в понимании данными авторами свободы: Петтит определяет свободу как недоминирование, а Ролз – как невмешательство. Вот почему Ролз вынужден дополнять свой принцип равных основных свобод другим принципом, связанным с перераспределением доходов и богатств. Pettit Ph. Op.cit. P. 107-110.

³ Петтит, как и Ролз, в качестве примера называет свободу совести, мысли и слова, право частной собственности, но добавляет также свободу выбора рода занятий и профессии, свободу передвижения и свободу экономического обмена, при этом в отличие от Ролза

этом Петтит признает, что под эти критерии основных свобод подходит очень большой их перечень, поэтому предлагает называть основными свободами лишь те, которые обеспечивают реализацию наиболее отдаленных и общих планов: идея состоит в том, что обеспечивая основные свободы, мы автоматически обеспечиваем все остальные.

Подход Ролза (и Петтита) представляется более обоснованным 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" знания¹. 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, а не только тех, которые согласуются с ценностями конкретного социума).

Если же мы говорим о при нахождении баланса уже между самими основными свободами (ограничении одной из свобод ради обеспечения другой свободы), то и в этом случае также целесообразно прибегать к критериям, не зависящим от ценностей, распространенных в конкретном социуме (Ролз, например, основным критерием ранжирования свобод называл "две моральные силы личности", а именно чувство справедливости и способность выбирать жизненную стратегию, и хотя данный критерий весьма спорный, следует согласиться с мыслью американского ученого о том, что в любом случае нельзя покушаться на "центральную область применения" той или иной основной свободы²). То же самое касается ситуации, когда для реализации наших целей нужна не столько безграничная, сколько ограниченная свобода. Самый простой пример: установление ограничений в дорожном движении уве-

не упоминает политические свободы и свободу собраний (это связано с тем, что проблему социальной справедливости он рассматривает отдельно от проблемы политической легитимности). Pettit Ph. Op.cit. P. 103. Таким образом, перечни основных свобод у данных авторов весьма схожи. Основное различие взглядов Петтита и Ролза состоит в понимании данными авторами свободы: Петтит определяет свободу как недоминирование, а Ролз – как невмешательство. Вот почему Ролз вынужден дополнять свой принцип равных основных свобод другим принципом, связанным с перераспределением доходов и богатств. Pettit Ph. Op.cit. P. 107-110.

¹ Тэйлор 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. Rawls on Liberty and Its Priority. // University of Chicago Law Review. 1973. Vol. 40. Iss. 3. P. 547.

² Rawls J. The basic liberties and their priority. / Tanner Lectures on Human Values. Michigan, 1981. P. 9-13; 46-49.

личивает равную для каждого свободу передвижения. Здесь ограничения свободы передвижения служат не столько другим свободам, сколько самой свободе передвижения. Данный пример показывает, что императив максимизации свободы не тождественен полному произволу: свобода и порядок должны идти рука об руку. Но в какой мере мы должны обеспечивать безопасность дорожного движения? Здесь существует огромный диапазон значений, от полного запрета дорожного движения до полной свободы поведения на дороге, но оптимальным будет тот, который позволяет максимизировать пользование свободой для достижения своей цели, какой бы она ни была. Культурная обусловленность допустима разве что ввиду того, что императиву максимизации свобод могут одинаково хорошо служить разные перечни основных свобод, а потому выбор между несколькими наилучшими вариантами может быть осуществлен с учетом культурно-исторических особенностей конкретного общества; кроме того, в каждом обществе по-своему может решаться вопрос о том, какие именно методы являются наиболее эффективными для защиты основных свобод, а также для поддержания надлежащего баланса между ними.

Однако в других случаях имеются основания для ограничения свобод, не связанные с безопасностью и потенциальным увеличением наших возможностей, а также с обеспечением принципа равного учета интересов. Далее будет изложена собственная позиция автора относительно того, при каких условиях свобода может быть ограничена. Рассмотрение этого аспекта, как представляется, могло бы способствовать достижению согласия в современных дискуссиях между либералами и консерваторами, а также, возможно, другими политическими идеологиями, и нахождению компромисса в лице своего рода консервативного либерализма. Так или иначе, целью дальнейшего изложения является именно обоснование определенного соотношения идеалов равенства и свободы (прояснение того, при каких условиях свобода может быть ограничена), а не достижение компромисса между политическими идеологиями.

Итак, 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 человека¹. В этой главной характеристике основных политических течений автор данных строк убежден в универсальности прав человека и стоит на либеральных позициях (что, в первую очередь, означает принятие принципа равенства). Но либерализм не всегда означает полное отрицание традиции в попытке создать некую единую общечеловеческую (либеральную) 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 (общепринято, например, что в таком внешнем авторитете нуждаются недееспособные). Не стоит забывать, что идеалами просветителей изначально были не только свобода и равенство, но и братство, которое может пониматься как необходимость уважения общих нравственных устоев общества. Но как эти устои и другие внешние ограничения должны соотноситься с идеей индивидуальной свободы? Отбрасывая крайности, мы можем сформулировать идею консервативного либерализма, сочетающего равенство индивидов с ограничением свобод во имя 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. Штаммлеру²), 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..."³. Не исключено, что следствием учета общественного мнения станет ограничение некоторых свобод.

¹ Честнейшин Н.В. Консерватизм и либерализм: тождество и различие. // Полис. 2006. №4 (94). С. 169-170.

² Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 268-271.

³ Дворкин Р. Указ.соч. С. 345-346.

Во-вторых, в силу того, что свобода не имеет ценность сама по себе, а нужна только для реализации определенных жизненных стратегий¹, а также для предотвращения насилия (т.е. опять же, принуждения, не согласующегося с нашими желаниями)², можно усомниться в необходимости немедленного законодательного обеспечения равноправия там, где сами адресаты в этом не заинтересованы. Здесь, как пишет М. Игнатьев, необходимо руководствоваться принципом информированного согласия (если человек свободно и информировано принимает культуру, ограничивающую его права, то основания для вмешательства отсутствуют)³. 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 медицинской помощи, а не в личной свободе"⁴. Между тем, "прогресс свободы требует прогресса *осознания* свободы"⁵, 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 впадать в другую крайность, а именно препятствовать "осознанию свободы" гражданами и "тормозить паровоз".

Эти два аспекта, как видно, являются скорее вынужденными (стратегическими) уступками консерватизму, но не предполагают отказ от идеи равноценности 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.

¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 289-290; Тэйлор Ч. Что не так с негативной свободой? // Логос. 2003. №2 (92). С. 188-189.

² Столяров А.В. Указ.соч. С. 12.

³ Игнатьев М. Права человека как политика и как идолопоклонство. М, 2019. С. 51.

⁴ Бёрлин И. Указ.соч. С. 22.

⁵ Маркузе Г. Репрессивная толерантность. // Маркузе Г. Критическая теория общества: избранные работы по философии и социальной критике. М., 2011. С. 126.

В-третьих, как было сказано выше, ограничение равных свобод может быть вызвано необходимостью учесть интересы каждого индивида в равной мере. В этом случае одним из средств равного учета интересов может стать предоставление одним больших, а другим – меньших прав (например, дети-сироты могут иметь больше прав на поступление в вуз, чем дети из полноценных семей). Это различие в правах не обусловлено теми отношениями, в которые люди вступают по своему усмотрению, или теми факторами, которые данные люди могут своими действиями нивелировать. Следовательно, речь идёт об оправдании очевидного формального неравенства в правах и обязанностях ради более существенного понимания равенства. Но если так, то нельзя говорить о максимизации равных свобод: у кого-то они будут «максимизированы» за счет других.

В-четвертых, представляются допустимыми и даже необходимыми ограничения свобод в русле патернализма, когда подобные ограничения со всей очевидностью служат интересам тех самых лиц, свобода которых ограничивается. Речь здесь не только об ограничении свобод недееспособных лиц (детей, душевнобольных и т.п.). Ведь такой же патерналистский характер имеет, например, обязанность пристегивать ремень безопасности при управлении автомобилем или обязанность надевать шлем при езде на мотоцикле, которая распространяется уже на психически здоровых взрослых людей. Кроме того, подобные ограничения вводятся тогда, когда лицо по тем или иным причинам временно не способно принимать решения в соответствии с собственными интересами. Во всех указанных случаях ограничения свобод являются допустимыми или необходимы только тогда, когда совершенно ясен и неоспорим интерес человека, свобода которого ограничивается (и очевидны объективные причины, по которым сам человек может ошибаться в оценке своего интереса), а кроме того, когда доказано, что правовые ограничения не принесут еще большего вреда¹. В любом случае, вряд ли некий внешний авторитет должен решать за человека, какую именно жизненную стратегию или образ жизни следует избрать, поэтому попытки Ч. Тейлора и других коммунитаристов легитимизировать навязывание человеку определенных целей на том основании, что сам он не всегда может правильно осознать свои интересы, чревато тоталитарными эксцессами².

¹ Gutmann A., Thompson D. *Democracy and disagreement*. Cambridge, London, 1997. P. 262-263. Авторы также указывают на такой критерий, как уполномоченность государства регулировать соответствующую сферу.

² Тэйлор Ч. Что не так с негативной свободой? // Логос. 2003. №2 (92). С. 200.

В-пятых, 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-окрашены¹. 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 чреваты серьезными социально-экономическими недугами. Конечно, сказать, что реформы, воздействующие на общественную нравственность, необходимо проводить крайне осторожно, - значит ничего не сказать. Но речь здесь не об этом, а том, что ущемление свобод тех или иных категорий лиц может происходить без ущемления принципа равенства, т.е. равной заботы и уважения. Например, если в одном вопросе интересы лица не учитываются наравне с интересами остальных, но в другом вопросе это же лицо получает некоторые преференции по сравнению с остальными, то в целом можно говорить о достижении некоторого баланса интересов.

Наконец, в-шестых, 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 нравственности², например в случаях, когда в результате глобализационных или переходных процессов средства неформального общественного контроля перестают работать. Ясно, что право запрещает очень многое, что не позволяет 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"³. Сэндел также

¹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 294-304.

² 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 представляется, что и законодатель и правоприменитель должны при этом руководствоваться, прежде всего, идеей равной заботы и уважения.

³ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 18.

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 отношения¹). 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 или курения в общественных местах; ограничения 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 беседы².

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 сильно 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.

¹ Сэндел М. Что нельзя купить за деньги? Моральные ограничения свободного рынка. М., 2018. С. 80-93.

² 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.

Существует несколько стратегий обоснований ограничения свобод в интересах нравственности. Например, можно доказывать, что культивация определенных добродетелей и связанная с ней наказуемость определенного поведения необходимы для воплощения принципа равенства (т.е. для успешного функционирования справедливых социальных институтов). Помимо этого, соответствующая политика может оправдываться целью защиты и максимизации самих (равных) основных свобод. Наконец, формальное ограничение внешней свободы может потребоваться и для того, чтобы создать необходимые условия для развития у людей свободы внутренней, то есть самой способности делать самостоятельный, осознанный и ответственный выбор образа жизни и жизненного пути. Во всех этих случаях братство, то есть приверженность общим нравственным устоям, рассматривается скорее как условие максимизации свободы и равенства, а не как их антагонист. Возможно также, что при определенных условиях (в частности, при соблюдении принципа равенства) защита нравственности может служить ещё одним самостоятельным основанием ограничения индивидуальных свобод (например, если понимать под нравственностью подлинный интерес самого индивида). Так или иначе, стремление к публичной регламентации тех или иных ограничений на следование индивидуальным предпочтениям, которое не препятствует аналогичным действиям других лиц, должно быть серьезно обосновано.

Таким образом, представляется, что идеал равенства в значении равной заботы и уважения может быть рассмотрен как основной принцип справедливости, и в этом значении иметь приоритет перед идеалом свободы. Причем, как мы попытались показать, различные свободы могут быть ограничены не только ради самих себя, но по другим основаниям. Через идею ограничения свобод ввиду общественных устоев, во имя нравственности и по иным подобным основаниям обнаруживается возможный 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 либе-

ралы критикуют такое вмешательство ввиду риска соскальзывания в нетерпимость и принуждение, в действительности право не может не выражать определенные нравственные установки. Принцип равенства не разрешает всех противоречий между либерализмом и консерватизмом, но вышесказанное демонстрирует, как различные политические идеологии могут находить в нем свою опору.

Заключение. Выше была предпринята попытка показать, что нам следует отбросить скептицизм по вопросу справедливости, и в русле морального когнитивизма и морального реализма формировать некоторые общие представления о справедливости, которые могут быть положены в основу частных суждений о справедливости норм, институтов, действий и решений. На данном этапе развития науки на роль главного принципа справедливости претендует принцип равной ценности (равной заботы и уважения) лиц как некий контрапункт («общее место»). При этом теория справедливости может развиваться на основе некоторого «самоочевидного» идеала, или же некоторым образом доказанного, а не просто самоочевидного идеала справедливости.

Конечно, как отмечает П. Рикёр, "равенство - это синоним справедливости еще с эпохи греков"¹. Но равенство может пониматься по-разному: как равенство материальных благ, как формальное равенство в правах, как равенство в фактических (стартовых) возможностях, как равенство в фактической удовлетворенности и т.д. С нашей точки зрения, все эти формулировки не убедительны, и на данном этапе развития общемировой мысли этот идеал может быть выражен через принцип равной значимости лиц, равноценности личностей, равной заботы и уважения о каждом, равного учета интересов каждого (что не означает автоматически равенство в благах, правах, возможностях или удовольствиях). Существование этой общей интуиции делает возможной оценку различных социальных конфликтов и правовых норм, а также разработку объективно обоснованных способов их соответственно разрешения и совершенствования.

Мы также попытались обосновать, что так понимаемый идеал равенства имеет приоритет перед идеалами свободы и братства, но имеет опору в различных политических идеологиях, и может способствовать их сближению. Вопрос, однако, состоит в том, как можно обосновать ту или иную роль свободы и братства.

¹ Рикёр П. Справедливое. М., 2005. С. 197.

С точки зрения равенства, ограничения индивидуальной свободы необходимы для реализации самого равенства (именно поэтому, например, мы говорим именно о равных свободах, хотя вполне вероятно, что иногда для равного учета интересов необходимо неравенство свобод); кроме того, недопустимы такие ограничения индивидуальных свобод, за которыми скрывается дискриминация (неравное отношение). Братство, с точки зрения равенства, также может быть рассмотрено как инструмент, при правильном применении способствующий равенству. Иногда, впрочем, вопросы свободы и братства с точки зрения равенства индифферентны, поскольку в обществе попросту не сформировались потребности и интересы, способные вступить между собой в конфликт.

Однако свобода и братство ценятся не только в их связи с равенством. А это означает, что помимо справедливости мы должны допустить существование других нормативных систем (в частности, определяющих представления о достойной жизни, или указывающих на эффективные способы достижения благополучия и счастья). Обычно предполагается, что достижению индивидуальной пользы и достойной жизни способствует максимизация внутренней и внешней свободы. Тем не менее, «ограничение» свободы в интересах братства в принципе допустимо в той мере, в которой это может быть интерпретировано как содействие самой максимизации свободы. Дополнительные ограничения могут быть оправданы лишь если мы исходим из убеждения, что все люди как дети, и сами не ведают, что творят, а значит патернализм по отношению к ним попросту необходим для реализации их же собственных интересов. Но очевидно, что такие оправдания работают лишь в крайне ограниченном перечне случаев.

Так или иначе, если мы пытаемся подвергнуть нормативной критике конкретные общественные отношения, и выработать частные принципы справедливости применительно к соответствующим сферам, мы также должны иметь в виду не только идеал равенства (справедливость), но и другие нормативные системы, пусть даже другие идеалы применяются только в рамках, дозволенных идеалом равенства, и отчасти могут быть обоснованы со ссылкой на идеал равенства.

§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 по-

нятие 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 либеральными 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, и эта область связана с представлениями о человеческом достоинстве.

Так, 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 достоинства¹. 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 декларации 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 доктрину². В частности, отличие прав человека от прежних "естественных прав" заключается в том, что они, как правило, не связываются

¹ Бондарь Н.С. Конституционная категория достоинства личности в ценностном измерении: теория и судебная практика // Конституционное и муниципальное право. 2017. №4. С. 19-31.

² Beitz Ch.R. The idea of human rights. New York, 2009. P. 14-27.

прямо с человеческой природой¹, 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 институтов². Однако, как представляется, сама эта отстраненность от «всеобъемлющих доктрин» (если следовать терминологии Дж. Ролза) и может рассматриваться в качестве составной части искомой основной идеи, выраженной в терминах человеческого достоинства. Причины же, по которым были избраны те или иные понятия, могут быть выяснены путем анализа их общепринятых значений. Проанализируем поэтому понятие человеческого достоинства.

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.

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 (которые связывались с качествами, способностями и поступками), люди начинают наделяться достоинством и сами по себе, как носители свободной

¹ М. Игнатьев даже пишет, что права человека «не столько отражают естественные человеческие склонности, сколько противостоят им». См. Игнатьев М. Указ.соч. С. 117.

² Beitz Ch.R. Op.cit. P. 30-31, 52-59.

воли (Пелагий, Аквинский, Мирандола и др.). Одновременно утверждаются представления об универсальной (общечеловеческой) нравственности. 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 кристаллизировалось в Декларации независимости США 1776 г.¹

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, 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 личности². 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 них³, 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,

¹ Дробышевский С.А., Протопопова Т.В. Идея человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве. Красноярск, 2009. С. 6-80.

² 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: Владова 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.

³ Юм Д. О достоинстве и низменности человеческой природы. // Юм Д. Сочинения. Т. 2. М., 1996. С. 523-529.

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 понятие¹.

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 точки зрения достоинством человека наделяет общество². 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 человека³. 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 природы⁴: 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)⁵: 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.

¹ См., напр.: Васильева Т.А. Концепция достоинства личности в доктрине и практике органов конституционного контроля // Конституционное и муниципальное право. 2018. №10. С. 3-8.

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

³ См., напр.: Большой юридический словарь/ Под ред. А. Я. Сухарева. М., 2007. - 858 с.

⁴ Международная и внутригосударственная защита прав человека: учебник. / Под ред. Р.М. Валеева. М., 2001. С. 83-85.

⁵ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 95.

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 человека¹, что достоинство состоит в том, чтобы примерять к самому себе любые максимы поведения², что только независимость максимы от достижения выгоды и т.п. мотивов делает принявшее ее разумное существо достойным, что достойна та личность, которая выполняет свой долг³, без соответствия же с моральным законом личное достоинство сводится на нет⁴, что не пренебрегающий своим долгом сохраняет в своем лице достоинство человечества⁵, и "всякое достоинство зависит от нравственного поведения"⁶. 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"⁷. 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.

¹ Там же. С. 96. Относительно образа мыслей см. также Кант И. Критика практического разума СПб., 2007. С. 182.

² Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 98.

³ Там же. С. 99.

⁴ Кант И. Критика практического разума СПб., 2007. С. 189.

⁵ Там же. С. 197.

⁶ Там же. С. 232.

⁷ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 100.

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"¹. 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. Из сказанного, как представляется, логически вытекает, что право не дозволяет безнравственные поступки (те, которые неправильны независимо даже от мотива, которые автономная воля вообще не могла бы желать), хотя у Канта ситуация выглядит иначе, и оказывается, что право может дозволять поступки, запрещенные моралью. Так или иначе, отметим ту мысль, что при известной трактовке сущности права, оно не должно допускать недостойного поведения. И это важный сигнал для будущей идеологии прав человека. Дело в том, что если права человека принадлежат человеку как таковому, то никакой зависимости от нравственной характеристики человека здесь нет. Получается очевидное упущение, когда для обоснования прав человека используется только одна из граней понятия человеческого достоинства. Фактически, речь идет о свободе без ответственности, о свободе как вседозволенности.

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 обоснования². Эта точка зрения бессильна против любого мировоззрения, придерживающегося высших ценностей, отличных 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

¹ Кант. Метафизика нравов. СПб. 2007. С. 285.

² Etzioni A. The Normativity of Human Rights Is Self-Evident. // Human Rights Quarterly. Vol. 32. №1. 2010. P. 190.

(тогда сами права при этом образуют нечто вроде ролзовского "перекрывающего консенсуса")¹. Э. Гутманн даже считает, что различные обоснования прав человека могут быть предложены даже в рамках одной культуры (в результате существует как внутрикультурная, так и межкультурная множественность обоснований)². Проблема с этой точкой зрения в том, что при множественности обоснований прав человека не ясно, что именно считать их «перекрывающим консенсусом», т.е. той точкой, относительно которой все эти обоснования сходятся. Иными словами, не ясно, что именно считать правами человека. Так, учитывая разнообразие культур и мнений, любое право человека, скорее всего, окажется сомнительным. Следовательно, необходимы какие-то ограничения на традиции, культуры и системы убеждений. Но где именно должна проходить граница между обоснованием прав человека и их оспариванием? Третьи, например Ч. Бейтц, отказываются считать права человека выразителями каких-либо принципов справедливости, рассматривая их лишь как конструкцию, выполняющую определенные функции в текущей международной политике³. 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 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 необходимо обеспечить его возможностью такого выбора⁴. Рассмотрим в связи с этой идеей взгляды некоторых западных ученых.

¹ 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, 1999.

² Игнатьев М. Указ.соч. С. 18-19.

³ 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.

⁴ 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. Op.cit. P. 26, 32.

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 благом¹. 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 вторым². 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 соотноситься с добродетелями, которые, например, следуют из правильных принципов эффективности, или из естественных обязанностей индивидов)³. Таким образом, несправедливое 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 общепризнанными являются добровольность и беспрепятственность (т.е. свобода). При этом важнейшей характеристикой действия Гевирт считает целенаправленность (стремление к благополучию), поэтому для осуществления действия 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

¹ Ролз Дж. Идея блага и приоритет права. // Современный либерализм. М., 1998. С. 76-77.

² Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 104-105.

³ Там же. С. 275, 351, 356, 381-382.

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*)¹. 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. Кроме того, Гевирт фактически описывает условия достижения каждым человеком своих жизненных целей, а не условия морального выбора. Нравственная способность уже дана нам в силу человеческой природы, и не может быть отнята ни путем лишения свободы, ни путем лишения благополучия. Только совершенно невыносимые условия, препятствующие работе человеческого мозга, и разрушающие нашу психику, могут лишить человека нравственной способности.

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) угроз². 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 вторым³. 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

¹ Gewirth A. Why There Are Human Rights. // *Social Theory and Practice*. 1985. Vol. 11. №2. P. 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.

² Shue H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. Princeton, 1980. P. 13, 32.

³ Ibid. P. 19.

как и ни одно право вообще, не удовлетворяет тому определению основных прав, которое предложил Шу (как бы мы ни понимали его термин "enjoying")¹. 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 человека². По собственному признанию автора, она объединяет в своей теории утилитаризм (идею благосостояния и интересов) и кантианство (идею достоинства и автономии)³. 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 обязанности⁴. 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"⁵. 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

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Pogge T. Human Rights and Human Responsibilities. / Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights. / Ed. by Andrew Kuper. New York, 2005. P. 14.

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, 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)¹. 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 легитимными². 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

¹ 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».

² Ibid. P. 105.

наше счастье. Права человека могут поэтому рассматриваться как защита нашего агентства – того, что можно назвать нашей личностью (personhood)"¹. В основе нормативного агентства, по Гриффину, лежат три основных права: автономия (сформированная и обеспеченная способность самостоятельно формировать представления о хорошей жизни), свобода (отсутствие необоснованных внешних препятствий к реализации своих представлений) и минимальное благосостояние (более высокого уровня, чем необходимо для простого выживания)². 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. В действительности любой дееспособный/вменяемый человек уже по определению является нормативным агентом, и от каких-либо прав человека его психическая зрелость не зависит. Фактически, как и многие другие теоретики, Гриффин и Оренд подменяют понятие прав человека своими собственными представлениями о благополучии и хорошо прожитой жизни³. (Не случайно другой мыслитель, М. Игнатьев⁴, который апеллирует к понятию индивидуальной субъектности, и полагает, что права человека призваны оберегать именно её, сводит права человека к «негативной свободе», т.е. к защите от насилия и угнетения, и исключает право человека на средства к существованию. Иными словами, та же самая идея «агентства» приводит у него к совершенно иному набору прав.)

Таким образом, в западной литературе существует обширная дискуссия относительно вопроса о моральных обоснованиях прав человека, в ходе которой высказываются самые разные точки зрения. Но наше рассмотрение показывает две особенности, которые свойственны большинству указанных обоснований: во-первых, отсылка к природе человека как рационального/нормативного/морального агента, во-вторых, отсылка к человеческому достоинству и некоторым представлениям о минимально достойной жизни. Между тем, каждая из этих особенностей порождает собственные проблемы.

¹ Griffin J. Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights. // Proceedings of the Aristotelian Society. 2001. №101. P. 4.

² Griffin J. Op.cit. P. 149-190.

³ Raz J. Human rights without foundations. // Philosophy of international law. / Ed. by Besson S., Tasioulas J. Oxford, 2010. P. 328. P. 322-327.

⁴ Игнатьев М. Указ.соч. С. 87-134.

Так, поскольку рациональное/нормативное/моральное агентство свойственны не всем людям, постольку права человека в трактовке вышеуказанных мыслителей нельзя распространить на недееспособных, или, по крайней мере, на тех из них, которые даже потенциально не смогут стать дееспособными. Впрочем, это проблема не только указанных мыслителей и не только обоснований прав человека, связанных с понятием агентства, а проблема выведения прав человека из достоинства, связываемого с любыми уникальными чертами человека вообще, так как данные черты могут отсутствовать у конкретных индивидов. Возможно, впрочем, права человека действительно не следует распространять на недееспособных, которые никогда не станут дееспособными (психически больные и неизлечимые люди, «живые овощи», чья жизнь поддерживается медицинскими аппаратами) – им можно гарантировать аналогичные права, не выводимые из идеи достоинства, но обоснованные иным образом.

Что касается отсылок к неким стандартам «минимально достойной жизни», то здесь возникает проблема четкого определения этих стандартов, без чего вообще невозможно обоснование конкретного права как базового права человека. Эта проблема – прямое следствие стремления выработать такое обоснование прав человека, которое бы охватывало не только личные и политические, но также и социально-экономические и культурные права.

Надо сказать, что подход, в котором в качестве фундамента права человека рассматривается "agency", подвергается в современной западной литературе сомнениям. Этот 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 обращению¹. 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 "наибо-

¹ Nickel J.W. Poverty and Rights. // The Philosophical Quarterly. 2005. №55. P. 391.

лее значимых" интересов также не всегда соглашаются 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 обсуждением¹.

Дж. Ролз в работе "Право народов" 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 блага². 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" и "прав человека" (некоего минимума в рамках "либеральных прав", непризнание которых нетерпимо)³.

Для наших целей обратим внимание на следующую особенность. 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 соответ-

¹ Сен А. Указ. соч. С. 449-487.

² Ролз Дж. Право народов (лекция) // Вопросы философии. 2006. № 9. С. 79-105.

³ 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.

ственно, но и содержательно: содержание прав человека противопоставляется содержанию всеобъемлющих доктрин, а сами права человека таковой доктриной не считаются. Таким образом, один из двух аспектов понятия человеческого достоинства в идеологии прав человека оказывается устранным.

Право и нравственность: соотношение идеалов. Сказанное подводит нас к избитому вопросу о соотношении права и нравственности.

Возможно, проблема с современным обоснованием прав человека обусловлена несовершенством самой кантовской философии. Во-первых, умозрительность моральной философии канта вызывала споры относительно того, что именно соответствует идеалу. Категорический императив фактически сводился к тесту на универсальность любой предлагаемой максимы. Но еще Д.С. Милль обратил внимание на то, что когда И. Кант пытается выводить из категорического императива "более конкретные моральные обязанности, то терпит неудачу, доходящую до гротеска, поскольку не удается 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"¹. И поскольку каждый человек волен согласиться или не согласиться на любые гипотетические последствия, постольку получается, что универсализировать можно практически любую максиму. Во-вторых, предполагалось, что идеал нравственности (категорический императив) более строгий, чем правовой идеал (всеобщий принцип права): последний фактически сводился к тезису «свобода одного заканчивается там, где начинается аналогичная свобода другого». Но почему вообще право и мораль должны предъявлять разные требования к поступкам индивидов, оставалось не ясным.

Под влиянием Канта 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, как уже было сказано, совершенно неясно, почему нельзя использовать

¹ Милль Д.С. Утилитаризм. Ростов-на-Дону, 2013. С. 35.

юридические инструменты для претворения в жизнь в том числе и идеала морали. Как представляется, сложившаяся либеральная трактовка прав человека 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. Тот факт, что универсализировать можно всё, что угодно, еще не дает карт-бланш либеральной точке зрения, в силу которой мы должны позволить каждому делать абсолютно всё, что угодно, если это не вредит другим. Впрочем, этот факт не отдает приоритета и другим точкам зрения. Например, «демократическая» точка зрения, согласно которой нравственные ценности, навязываемые обществом, должны определяться волей большинства его членов, также еще нуждается в обосновании. Искомая моральная теория гипотетически может быть как либеральной, так и нелиберальной, но эта теория должна быть во всяком случае обоснована. Кроме того, права человека могут дополняться не только универсальной моральной теорией, но и локальными нравственными воззрениями конкретных сообществ (если при этом не нарушается ключевая идея равенства лиц), и требования к процедуре выработки и содержанию таких воззрений также ещё предстоит выработать. 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 политических сил.

§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 благом¹. 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 другом². 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 воле³.

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

¹ Волкова Т.А. Либералы и коммунитаристы: дискуссия о социальной справедливости продолжается. // Вестник МГТУ. 2004. Т.7. №2. С. 203, 205.

² Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 264-268.

³ Там же. С. 264.

согласия не является определяющим для возникновения обязательств, а 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 самому 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 оснований¹. Но если отсутствие реального согласия индивида на то или иное обязательство не означает несправедливости, то и тот факт, что индивид в реальности обнаруживает себя связанным некими моральными узами с теми или иными людьми, также само по себе не является несправедливым. Иными словами, если основанием для возникновения фундаментальных обязанностей является лишь *гипотетическое* согласие, то некорректно соотносить 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 большом 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.

¹ Уолдрон Д. Теоретические основания либерализма. // Современный либерализм. М., 1998. С. 126, 130, 132.

Обращает на себя внимание и другой недостаток позиции М. Сэндела. По мнению данного автора, обязанности солидарности возникают 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 выгоды¹. 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. Вопрос не в том, обязан ли ты чем-то людям, с которыми не по своей воле оказался вместе в одном сообществе, а в том, обязан ли ты чем-то людям, которые сделали тебе какое-то благо (мы, конечно же, не выбираем, в какой семье или в каком государстве родиться, но у нас есть обязанности и по отношению к семье, и по отношению к государству, однако эти обязанности возникают не просто на основании членства, а на основании того, что родители воспитывали нас, государство и общество в целом предоставляли условия для развития и т.п.). 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, пределы ответственности зависят от того, пользуются ли современные потомки преимуществами, достигнутыми ранее несправедливым путем: если некоторые преимущества достались тебе в результате несправедливых действий, то ты не имеешь права на эти преимущества, даже если сам не совершал ничего плохого. Иными словами, дело не в том, что человек обнаруживает себя жителем какой-

¹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 170-178.

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 равного 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 кантовский идеал беспристрастности. Для применения этой формулы к конкретным эмпирическим задачам и неизбежно субъективным человеческим целям Штаммлер выработал априорные *принципы правильного права*¹. 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 участия². 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 правоотношений³. 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 исключющей лишь при условии, что исключенный мог бы считать себя всё же "себе ближайшим"⁴.

¹ Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 203-204.

² Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М., 1908. С. 99-100.

³ Stammler R. Op. cit. S. 207.

⁴ Об изложенных принципах см.: Stammler R. Op.cit. S.208-213; Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. С.100-101.

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 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"¹. Это мысленное определение *специальной общности* и составляет, по Штаммлеру, прообраз правильного права; принципы правильного права должны применяться именно к абстрактной Sondergemeinschaft, характеризующейся общими целями². 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

¹ 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.

² Stammler R. Op. cit. S. 281.

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 правильными¹. Ответ на этот вопрос всегда требует дополнительного исследования и не может быть универсальным и абсолютно точным².

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 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"³. 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 (в конкретной семье и в конкретном государстве), или же добровольно вступили в эти отношения, например заключив брак или родив ребенка, или же вступив в какую-то общественную организацию. Тем самым решается не затронутый такими либералами, как Ролз и Дворкин, вопрос о том, как возможны государства в качестве "этических сообществ"⁴. 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

¹ О понятии ближнего см.: Stammer R. Op. cit. S. 285-291.

² Ibid. S. 305-306.

³ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 277.

⁴ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 332-336.

войне¹). 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"².

Более того, У. Кимлика указывает на 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 практик под сомнение; в действительности личность первична по отношению к своим целям³. Игнорирование этого факта также ослабляет позицию Сэндела.

Как бы то ни было, ни один из его аргументов в действительности не опровергает тезиса о том, что право предшествует благу. 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 примеры⁴. 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 установлена⁵.

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 331-335.

² Смит А. Теория нравственных чувств. М., 1997. С. 144-145.

³ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 294-296.

⁴ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 277-282.

⁵ 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:

Таким образом, наличие обязанностей солидарности не опровергает тезис о предшествовании права благу, поскольку фундаментальная идея равенства подлежит реализации в любом сообществе любого уровня, и не зависит от реального согласия с ней всех затронутых лиц. Что касается нашего членства в сообществах различного уровня, то мы действительно всегда имеем больше прав и обязанностей в отношении членов сообществ, в которых мы состоим, чем по отношению к другим людям, но эти обязанности обуславливаются не столько членством в сообществе, сколько той выгодой, которую мы получаем от такого членства. Кроме того, мы имеем фундаментальное право выбора тех или иных социальных практик, а потому каждый член сообщества вправе поставить практики этого сообщества под сомнение, или же покинуть сообщество (исключения касаются ситуаций, когда сама способность конкретного индивида к выбору не очевидна, но даже в этом случае сообщество должно учитывать интересы такого индивида наравне с интересами других, а приверженность коллективу обуславливается той выгодой, которую индивид получает от своего членства, а не самим фактом членства). Следовательно, тезис о том, что право (справедливость, равенство) предшествует благу (практикам конкретного сообщества) остается нетронутым.

В том же русле следует понимать и более ранний тезис Сэндела о том, что в обществе взаимной любви справедливость (четкое определение прав и обязанностей) оказывается ненужной, и а следовательно, нужно стремиться к солидарности, а не справедливости. Как заметил У. Кимлика¹, ничто не мешает нам формулировать принципы справедливости на случай, если солидарность (в смысле готовности членов сообщества пойти на взаимные уступки и жертвы друг ради друга) дает сбой, и в этом смысле требования солидарности и справедливости не противоречат друг другу. Кроме того, признание за индивидом каких-то прав является важным показателем общественного признания, то есть ценно само по себе, даже если индивид никогда не захочет воспользоваться своими правами. Наконец, справедливость предоставляет ориентиры в тех случаях, когда мы хотим помочь нескольким людям, которых мы любим и к которым привязаны, но интересы которых противоречат друг другу (в этих случаях мы наверняка заходим выяснить, каковы моральные права и обязанности конфликтующих сторон, то есть в чем состоит справедливость), или в тех случаях, когда мы не хотим злоупотреблять

<http://constitution.garant.ru/science-work/comment/>.

¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 228-231, 272-273.

любовью других (и для этого хотим выяснить, на что мы действительно имеем право, а на что - нет). В свою очередь Р. Штаммлер замечал, что даже если все члены общества преисполнены любовью друг к другу, им необходимы какие-то ориентиры того, как именно следует проявлять свою любовь (что именно они должны другим людям, а чего не должны, но вправе дать или сделать), и в этом смысле требования справедливости актуальны даже если в мире царит любовь. Таким образом, идеал солидарности (приверженности интересам своего коллектива и его членов) не заменяет идеал справедливости.

Моральные воззрения. Для опровержения кантовско-ролзовского 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 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, недостаточен для опровержения либерального тезиса о предшествовании права благу, по двум причинам: 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"¹. "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"². 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

¹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 255.

² Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 204.

принципами, не имеет совершенно никакой ценности. Более того, мы должны поощрять определенные черты характера, особенно чувство справедливости"¹.

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 рекомендовать или 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 жизни и взглядов относительно того, что именно наиболее рационально сделать для достижения целей)².

Кроме того, право могло бы поддерживать некоторую свойственную всему обществу рамочную «концепцию блага» при условии, что последняя выработана демократическим путем и открыта для пересмотра и оспаривания каждым членом общества, или если её противники не подвергаются юридическому преследованию (то есть защита государством одной «концепции блага» происходит без запрета или ограничения других «концепций блага»), и имеют возможность не следовать данной концепции блага и не поддерживать её. Короче говоря, в любом случае указанная поддержка «рамочной нравственности» должна осуществляться при соблюдении принципа равного учета интересов. Это соответствовало бы и либеральным, и коммунитарным представлениям. Ключевой вопрос, однако, состоит в том, возможна ли на практике поддержка одной из концепций блага таким образом, чтобы не дискриминировать тех, кто придерживается альтернативных концепций³.

В любом случае, дальнейшее изложение взглядов отдельных коммунитаристов должно показать, что, с одной стороны, представители

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 286.

² Там же. С. 381-382.

³ Критику коммунитаризма с этой точки зрения см. в: Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 338-342.

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 долгосрочным жизненным планом при заданных разумных благоприятных обстоятельствах"¹, 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 привычном смысле, а лишь вполне определенные суждения о долгосрочных жизненных целях. Таким образом, когда он утверждает, что право предшествует благу, он хочет сказать не то, что либерализм превыше 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 правильности². 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 регулятивную формулу справедливости, допускающую множество эмпирических содержаний, 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 интересы³. 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

¹ Там же. С. 91.

² Там же. С. 349.

³ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 191-192.

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, стратегия, образ жизни и нравы, которые должны соответствовать моральному закону. И вполне логично, что такие цели и нравы теоретически могут быть как у отдельного человека, так и у общества в целом («общая концепция блага»), и вполне может получиться так, что они вступают в противоречие.

Поэтому, когда, например, Ч. Тейлор указывает, что "демократическому обществу необходимо некоторое общепризнанное определение добродетельной жизни"¹, 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. Не следует принудительно предписывать какую-то конкретную «концепцию блага», но можно способствовать 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 эту проблему очевидно, что любой член общества вправе рассчитывать как минимум на одну из перспектив:

1) что индивид не будет подвергаться юридическому преследованию за свои убеждения и образ жизни, если его «концепция блага» не поощряется и не одобряется государством, и не соответствует государственной идеологии, и притом данный индивид либо не будет обязан участвовать (через налоги и т.п.) в формировании средств на поддержку государственной идеологии (иными словами, в этом случае вообще не идет речь об ограничении прав под предлогом содействия «общему благу»);

2) что общие представления о благой жизни вырабатываются полностью демократическим путем, и в любой момент могут быть аналогичным образом пересмотрены, причем каждый участник обладает правом вето на любые ограничения, налагаемые на него общими целями (в этом случае ограничения свобод присутствуют, но могут трактоваться как самоограничения, так как допускаются лишь с согласия индивида);

¹ Тейлор Ч. Пересечение целей: спор между либералами и коммунитаристами. // Современный либерализм. М., 1998. С. 220.

3) что индивид будет иметь реальную возможность без какого-либо ущерба для себя (или с возмещением такового) покинуть общество, в котором на его «концепцию блага» накладываются ограничения и запреты, и стать членом другого общества (в рамках дихотомии «голос или выход» по Хиршману здесь имеется в виду альтернатива, связанная с выходом);

4) что навязываемые индивиду «социальные узы», на первый взгляд ограничивающие его равные свободы, на самом деле нужны для обеспечения сохранности и эффективной реализации самих этих равных свобод (во внутреннем и внешнем аспекте);

5) что если индивид вынужден прямо или косвенно участвовать в продвижении определенной концепции блага, то он одновременно вправе получить какое-либо встречное удовлетворение (т.е. если в чем-то одном – а именно поддержке определенной идеологии - интересы индивида учитываются меньше, чем интересы других индивидов, то в чем-то другом он, наоборот, должен получить преимущество), однако в этом случае соответствующая концепция блага, которая навязывается индивидам и ограничивает их свободу, должна быть объективно обоснована с позиций некоторой универсальной нравственности, не сводящейся к принципу равных свобод, но с таким обоснованием могут возникнуть дополнительные сложности, т.к. одновременно действует общая презумпция антипатернализма, обусловленная как нашими представлениями о человеческой природе, так и высокой вероятностью злоупотреблений со стороны власти, наделенной полномочиями осуществления «отеческой заботы» о своих гражданах.

Предложенные варианты, как представляются, обеспечивают ситуацию, когда некоторые общие представления о «достойной жизни» соответствуют принципу равной ценности лиц.

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"¹, 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

¹ Там же. С. 229.

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 дискриминации¹. 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 сами «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"².

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 принадлежности к классу или сословию, и в зависимости от факта признания формируется наша личность³. 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"⁴. 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")⁵. Таким образом, правильная политика равного достоинства предполагает некоторую политику различия. По мнению Тейлора, необходимо признать, что

¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 338-342.

² Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. М., 2002. С. 20.

³ Taylor Ch. Politics of recognition. // Multiculturalism. Examining the politics of recognition. / Charles Taylor...[et al.]; edited and introduced by A. Gutmann. Princeton, New York, 1994. P. 30.

⁴ Ibid. P. 43-44.

⁵ Ibid. P. 62.

полная нейтральность к представлениям о хорошей жизни влечет отказ 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 прав¹. 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". Вопрос, однако, в том, что хотя культуры не обязательно должны получать равную поддержку, на равный учет интересов претендуют люди как носители различных культур. И Тейлор должен показать, как поддержка одних целей в ущерб другим может сочетаться с таким равным учетом.

Коммунитаристы верно указывают, что либеральные принципы, существенно повысившие уровень географической, социальной, семейной и политической подвижности, привели к тому, что хотя люди и 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"². 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,

¹ Ibid. P. 59-61.

² Walzer M. The Communitarian Critique of Liberalism. // Political Theory. 1990. Vol. 18. № 1. P. 6.

должно помогать тем социальным объединениям, "которые, как предполагается, в наибольшей степени обеспечивают структуры и цели, содействующие общим ценностям либерального общества"¹. 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 универсальной². Но очевидно, что общество предопределяет наши суждения о справедливости не полностью. Так, даже если мы отталкиваемся в этих суждениях от существующего социального порядка, это не значит, что данными суждениями мы его оправдываем, ведь мы всегда можем посмотреть на существующий социальный порядок критически. Поэтому важно понимать, что не общество постулирует принципы справедливости (тем более, что в любом обществе всегда существует множество конкурирующих взглядов на справедливость), а сами эти принципы справедливости являются критерием оценки общественного устройства. Зависимость процесса формирования принципов справедливости от существующих социальных устоев и практик не означает, что эти социальные устои и практики стоят выше справедливости и прямо предписывают её содержание.

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 тень³. 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

¹ Ibid. P. 17.

² Константинов М.С. Коммунитаристская критика либеральной концепции моральной нейтральности. // Политическая концептология № 4, 2013. С. 247.

³ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 235-239.

минимум прав"¹. Идеал справедливости он видит в "социуме, 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"². 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"³ 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. Более того, его примеры коллективных благ (безопасность и окружающая среда) предполагают, что выигрывают от них все, а не только какая-то часть населения, и здесь вообще не стоит вопрос о навязывании «концепций блага».

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"⁴. 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"⁵. Каждый человек имеет "неотчуждаемые индивидуальные права" и заслуживает равного уважения, а

¹ Этциони А. От империи к сообществу. М., 2004. С. 230.

² Там же. С. 31.

³ Там же. С. 62.

⁴ Etzioni A. The Third Way to a Good Society. London, 2000. P. 11.

⁵ Ibid. P. 12.

также удовлетворения базовых потребностей, связанных с человеческим достоинством (в питании, жилье, одежде, здравоохранении¹). 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"². Во-вторых, каждый индивид не 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 средствам³. 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"⁴.

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 (со)обществ и их локальных ценностей еще не говорит, что эти локальные моральные воззрения и ценности 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

¹ Ibid. P. 31.

² Ibid. P. 11.

³ 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.

⁴ 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.

существует таких прав, и вера в них того же рода, как вера в ведьм и единорогов»¹. 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 универсализировать². Автор, таким образом, отрицает лишь обоснованность, но не необходимость прав человека. Одновременно с этим Макинтайр отстаивает добродетели, которые «требуются для поддержания дома и политической коммуны, где мужчины и женщины могут вести поиск блага»³, и подчеркивает, что нахождение своей идентичности в принадлежности к различным коммунам «не означает, что Я должно принять моральные ограничения конкретных форм коммуны»⁴. Таким образом, основная задача идеи прав человека выполняется данным автором в категориях этики добродетелей. Но это означает, что мы смотрим на тот же идеал, но лишь под другим углом.

В целом, коммунитаризм является скорее дополнением, чем альтернативой либерализму, поскольку необходимость сохранения некоторого единства общества путем установления взаимных прав и обязанностей его членов, связанных с достижением общих целей и ценностей, не обязательно противоречит идеалу либерализма, и коммунитаристы, как правило, выступают именно за такие «моральные узы», которые не противоречат некоторым универсальным ценностям (свободе и равенству).

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

Так, коммунитаристы обычно черпают вдохновение в т.н. «этике добродетелей», наиболее полно развитой Аристотелем, а либералы – в «этике правил», в числе представителей которой называется Кант, или же в утилитарной этике Бентама и Милля. Однако, опровержение тезиса, согласно которому благо предшествует праву, то есть некоторая концепция блага должна довлеть над принципами справедливости, – это задача, не совпадающая с задачей опровержения этики добродетелей. Во-первых, как мы убедились выше, далеко не все коммунитаристы вообще признают примат этики добродетелей над этикой правил или утилитаризмом: большинство коммунитаристов всегда имеют в виду наличие

¹ Макинтайр А. После добродетели. М., 2000. С. 101.

² Там же. С. 97-98.

³ Там же. С. 296.

⁴ Там же. С. 298.

некоторых универсальных правил (прав человека, равенства и т.п.), и в этом смысле могут быть рассмотрены как сторонники этики правил (пусть зачастую и черпают вдохновение в Аристотеле). Во-вторых, сама этика добродетелей может быть рассмотрена как подход, не опровергающий, а дополняющий этику правил (в том смысле, что он делает акцент на тех аспектах, которым этика правил не уделяет достаточного внимания)¹. Таким образом, не следует подменять спор между либералами и коммунитаристами спором между различными этическими подходами.

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 характером, 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 неясно, 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

¹ Впрочем, некоторые радикальные версии этики добродетелей, как представляется, чреваты сползанием в моральный нигилизм. 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 на 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.

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"¹. 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. 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 или частично предопределен стартовыми возможностями, везением и т.п. факторами, тем более что возникают споры относительно того, что вообще считать заслугами (т.е. благом, или результатом, заслуживающим похвалы).

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"²; и

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М. 2011. С. 98.

² Аристотель. Этика. М., 2018. С. 55.

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."¹, "всякий в известном отношении виновник собственного характера"². 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 случайностей³, 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"⁴. В-третьих, мыслитель подробно разрабатывает категории произвольного (т.е. намеренного или совершенного под влиянием страсти) и непроизвольного (когда человек "не причастен самому действию"), замечая, что подобное разделение будет полезно для законодателя⁵. Сказанное напоминает нам о том, что нужно учитывать не только природные и социальные случайности, на которых сосредоточил внимание Ролз, но и "добросовестные усилия" каждого человека⁶. Но это еще не доказывает, что мы должны распределять общественные блага согласно "моральным" или каким-либо иным заслугам ("достоинству", "вносам в общественную казну"⁷), ведь этот тезис означал бы учет только половины значимых обстоятельств, и не учитывал бы то, легко ли дались человеку те или иные итоговые «заслуги», не говоря уже о том, что могут возникнуть сомнения относительно, что считать «заслугами» (то есть морально поощряемыми факторами). Симпатии Аристотеля к иерархичному обществу, где одни

¹ Там же. С. 108-109.

² Там же. С. 111.

³ Там же. С. 215-216. Аристотель признает, что несправедливость может быть "от природы".

⁴ Там же. С. 110.

⁵ Там же. С. 88-99, 215-220.

⁶ 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 благу дохода: если ты беден, но и не пытался изменить это, значит ты выбрал досуг вместо богатства.

⁷ Аристотель. Этика. М., 2018. С. 195, 197.

люди априори более значимы, чем другие, наиболее диссонируют с идеалом справедливости.

В целом, мы видим, что здесь коммунитаристы заимствуют у Аристотеля идею распределения согласно заслугам (достоинству), и эта идея частично верна, поэтому мы можем использовать её для корректировки ролзовского принципа различия (попытавшись встроить в него учет роли собственных добросовестных усилий человека в наступлении той ситуации, в которой этот человек оказался). Одно это критика скорее Ролза (и то лишь частично верная), чем либерализма.

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 полигамию¹. 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 (в конце концов, целью общества в целом может быть как раз гарантия прав, а не какое-то конкретное благо). 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 справедливости не отрицает универсальной нравственности (в т.ч. правил внутреннего воления) или уникальных культурных феноменов (соответствующих требованиям справедливости, то есть сохраняющих для индивидов возможность выбора концепций блага), которые также

¹ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 217-220, 225-226, 296-304.

могут поддерживаться государством. "Альтруизм и благожелательность, например, абсолютно совместимы с этим либерализмом, и ни одна из его предпосылок не препятствует их культивированию"¹. 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 правильное, нежели повар"². Короче говоря, наличие определенных целей у различных учреждений и действий - очевидно, но предпочтение одной цели другой вполне может быть аргументировано в рамках кантовско-рользовского либерального проекта. Чего этот проект не допускает, так это принуждения индивида участвовать в практиках и институтах, чьи внутренние блага он не разделяет (если при этом не получает какой-то значимой компенсации). 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. Справедливость должна определять допустимость тех или иных социальных практик, а не социальные практики – определять справедливость.

Наконец, следует обратить внимание на четвертый случай подмены проблемы. Коммунитаристы исходят из аристотелевского тезиса, что "человек по своей природе существо политическое"³, не существует вне общества, 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 не существует вне общества, так и общество не существует без человека; личность и социум

¹ Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М., 1998. С. 204-205.

² Аристотель. Политика. М., 2018. С. 94.

³ Аристотель. Этика. М., 2018. С. 27, 205-206.

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"¹. 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, универсальность либерального проекта не принижает локальные моральные воззрения и ценности, 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.

¹ Там же. С. 212.

ГЛАВА ВТОРАЯ

ПОЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Под политической справедливостью мы понимаем справедливость правовых и иных норм, регулирующих отношения в сфере осуществления публичной 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 (федеративное/унитарное государство) и политического режима (демократия/недемократия).

Традиционно ключевым идеалом в области политической справедливости считается демократия, которая в научной литературе называется «базовой метафорой современности», своеобразным политическим «Символом Веры» модерна¹. Понятие демократии тесно связано понятием народного суверенитета, которое пришло на смену пониманию суверенитета как суверенитета монарха, а также с институтом политических выборов и «правилом большинства». Однако всё же не следует сводить политический идеал модерна к демократии, поскольку параллельно с ней существовали такие идеалы, как человека, правовое государство, верховенство права, права разделение властей и т.д., которые определяли надлежащие формы народного суверенитета и до некоторой степени ограничивали его. Тем не менее, стоит отметить, что многие политические идеалы могут быть объяснены скорее с точки зрения целесообразности (прагматических императивов), а не с точки зрения справедливости. Демократия же имеет особое измерение справедливости, поскольку здесь, помимо прочего, ставится вопрос о внутренней справедливости процедуры формирования органов власти (наделение подвластных равными политическими правами), а не только об эффективности сформированных тем или иным образом органов власти в плане достижения различных целей (будь то справедливость как равенство, индивидуальная свобода, предоставление каких-либо благ населению и т.п.).

Кажется очевидным, что вопрос о том, какая именно форма государства является наилучшей, поставленный *in abstracto*, имеет не много смысла, ведь для каждого места и времени, в зависимости от множества обстоятельств, такая форма будет своей. Так почему же демократия об-

¹ Мартянов В.С. Метаморфозы российского модерна. Екатеринбург, 2007. С. 12, 24.

ладает такой нормативной силой? В первую очередь, потому, что различные мыслители находят в ней некоторую самооценку, связанную с идеями самоуправления и политического равенства (аргумент от внутренней справедливости). Кроме того, как считается, демократии достаточно хорошо зарекомендовали себя при решении социальных проблем (в т.ч. в деле обеспечения справедливости как равенства) на долгосрочном отрезке по сравнению с авторитарными режимами, поэтому при прочих равных приоритет отдается именно демократической форме общественного устройства (аргумент от целесообразности). Однако, как представляется, в конечном счете демократию необходимо рассматривать в контексте принципа сущностного равенства (равной заботы и уважения, равного учета интересов и т.п.). Именно этот принцип, а не демократия, является общим социальным идеалом. Не случайно наиболее убедительная критика демократии ведется как раз с позиций обеспечения сущностного равенства: так, ни одно решение, принятое демократическим путем, не должно санкционировать дискриминацию. И, конечно же, принцип сущностного равенства следует отличать от принципа политического равенства: из первого еще не вытекает второй, ведь теоретически равный учет интересов каждого можно обеспечить и не предоставляя каждому равных политических прав. Уже поэтому демократический идеал относителен. Кроме того, и равный учет интересов, и равные права на участие можно обеспечить не только путем избрания представительных органов, а «правило большинства» далеко не всего ведет к принятию справедливых решений. Таким образом, принцип равной заботы и уважения, или равенства в человеческом достоинстве, выступает важной точкой опоры для критики демократии.

Отметим, что нельзя недооценивать значение иных нормативных систем, не связанных со справедливостью как таковой. Общество имеет множество различных функций и целей, и политическое устройство должно сделать их реализацию возможным. И хотя все функции и цели, с точки зрения справедливости, должны осуществляться в рамках дозволенного принципом равенства, сам по себе этот принцип не предопределяет всей многоплановости возможной нормативной критики политического устройства.

Более подробно взгляды автора настоящей книги на соотношение демократии и справедливости (а также иных идеалов) изложены в другой книге, посвященной нормативным демократическим теориям¹. Данная же глава представляет собой несколько очерков, дополняющих основную труд, и касающихся не демократии, а иных тем.

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 предполагающего 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 обосновывается защитой справедливого правопорядка.

§1. Правовое государство и верховенство права

Ниже рассмотрены три теоретические проблемы, связанные с доктринами правового государства и верховенства права. Первая проблема чисто дескриптивная, и касается соотношения понятий правового государства и верховенства права. Будет отстаиваться точка зрения, что различия между данными понятиями зачастую преувеличиваются, и, во всяком случае, не существенны с нормативной точки зрения. Рассмотрение данного вопроса необходимо для прояснения того, почему далее в качестве нормативных идеалов будут рассматриваться оба указанных понятия (в качестве тождественных и взаимозаменяемых). Вторую проблему представляют современные взгляды на правовое государство и верховенство права как на нормативные идеалы. Здесь будет обсуждаться прочно вошедшее в юридическую литературу разграничение формальных и содержательных трактовок этих идеалов, при этом предпочтение будет отдано формальным. Наконец, третья проблема связана с будущим рассматриваемых нормативных идеалов. При этом наше внимание будет сосредоточено не на практических проблемах их воплоще-

¹ См.: Шавеко Н.А. Современные западные теории демократии. М.: Русайнс, 2025.

ния, а на моральных вызовах, которые бросаются данным идеалам. Делается вывод, что хотя ряд упреков в адрес правового государства и верховенства права несостоятельны, в различных аспектах может быть продемонстрирована относительность указанных политических идеалов.

Правовое государство и верховенство права: сходства и отличия

В последние десятилетия многие мыслители обращаются к вопросу о соотношении доктрин правового государства и верховенства права¹. Несколько докладов на эту тему подготовила Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия)². Общепринятой является точка зрения, согласно которой принципы правового государства и верховенства права не совпадают: «государство с верховенством права не является правовым государством автоматически и наоборот»³. Но в то же время принято говорить о современной конвергенции указанных понятий⁴. В связи с этим возникает вопрос: каковы всё-таки сходства и отличия двух идеалов? И здесь оказывается, что ответ на этот вопрос совсем не очевиден. В первую очередь потому, что «до сих пор не сформулировано общепризнанное определение ни правового государства, ни верховенства права»⁵. Действительно, различные мыслители использовали эти понятия в различных контекстах и смыслах. Но даже если это так, казалось бы, можно выявить типичные смыслы, которые вкладывались в эти понятия, и осуществить тем самым сравнительный анализ самих понятий. В этом контексте обычно говорят о том, что доктрина правового государства зародилась и получила распространение в странах континентальной правовой семьи (прежде всего, Германии), где основным источником права является закон, тогда

¹ См. обзор в.: Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Концепции “rule of law” (“верховенство права”) и “rechtsstaat” (“правовое государство”): сравнительный анализ // Государство и право. 2015. № 5. С. 5-16.

² См., напр. Доклад о верховенстве права, утвержденный Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25-26 марта 2011 года).

³ Шарандин Ю.А., Кравченко Д.В. Верховенство права, Правовое государство и другие международные правовые доктрины: лингвистические аспекты конвергенции и разграничения // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 305.

⁴ См., напр.: Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 32, 109, 261-263 и др.

⁵ Виноградов В.А. Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства. // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 374.

как доктрина верховенства права – в странах англо-саксонской правовой семьи (Великобритания), где основным источником права считается судебный прецедент. Отсюда, в первом случае имеется тенденция понимать право сугубо как продукт государства, тогда как во втором предполагается, что право существует как бы независимо от государственной воли. Соответственно, правовое государство обычно трактуется как идеал государства, ограничивающего самого себя правом, тогда как верховенство права – как идеал, согласно которому государство ограничено внеположным ему правом.

Однако, как представляется, данное разграничение не вполне корректно, и не позволяет увидеть общность данных идеалов. В первую очередь заметим, что неверно противопоставлять доктрины правового государства и верховенства права как исходящие соответственно из позитивистского и юснатуралистского (или иного непозитивистского) правопонимания. В конце концов, и законодательный, и судебский корпус можно рассматривать как части государственной машины, создающей право (и тогда обе доктрины укладываются в рамки позитивизма). Одновременно можно утверждать существование некоего правового идеала, которым должны руководствоваться и законодатели, и судьи (и тогда обе доктрины существуют в рамках естественно-правовой традиции). И при парламентском, и при судебском правотворчестве можно также признавать влияние объективных факторов на правотворца, с которыми последний должен считаться, признавать роль обычая как источника права и т.п. (и тогда обе доктрины приобретут социологическое измерение). Наконец, в узком смысле под государством можно понимать только исполнительную (административную) власть, и тогда и закон, и судебный прецедент будут выступать как внешние ограничители такой власти, и в этом смысле противопоставляться ей.

Различие двух рассматриваемых доктрин скорее в том, что в континентальной правовой семье мы можем отождествить правовые нормы с волей конкретного законодателя, тогда как в англо-саксонской правовой семье право пусть и создается волей судей, являющихся агентами государства, но эта воля рассредоточена между бесчисленным количеством правотворческих субъектов (судей) прошлого и настоящего.

Из сказанного следует, как представляется, что разграничение между доктринами правового государства и верховенства права, вытекающие из различий правовых семей, касаются скорее описания сущего (процесса правотворчества), чем представлений о должном, а все попытки (свойственные, как правило, исследователям из стран англо-сак-

сонской правовой семьи) разграничить эти доктрины по критерию признания или непризнания неотчуждаемых (т.е. не просто дарованных государством, но и объективно существующих) прав человека¹ – некорректны. Неверно, в частности, представлять континентальную традицию как господство позитивизма, а англо-саксонскую – как радикально противопоставляющую право и государство. В действительности противопоставление естественного и позитивного права свойственно как английским, так и континентальным мыслителям Нового Времени. Конечно, свершение буржуазно-демократических революций и появление выдающихся мыслителей, отстаивавших идеалы модерна, происходило в разных странах не одновременно. Однако в сущности речь идет об общеевропейской траектории развития правовой мысли. Соответственно, обе рассматриваемые доктрины изначально отличались скорее описаниями процесса правотворчества, а не сущностными идеалами.

Стоит также заметить, что определенные представления о должном касаются самого процесса правотворчества, то есть дискуссии могут разворачиваться относительно достоинств и недостатков романо-германской и англо-саксонской правовых семей. Отсюда, например, с одной стороны, критика прецедентной системы как непрозрачной, с другой стороны, защита её как более гибкой и предсказуемой². Однако вряд ли подобные споры о надлежащих способах правотворчества относятся непосредственно к доктринам правового государства и верховенства права.

Схожей является и эволюция идеалов правового государства и верховенства права. Так, изначально в Новое Время доминирующее положение заняли политические идеалы свободы и равенства, а также ограничения государственной власти (Локк, Кант и др.). Поэтому, когда в начале XIX века закрепился термин «правовое государство», он использовался в качестве условного обозначения либеральной программы реформ монархического государства³; «смысл и функция принципа *Rechtsstaat* заключались в оберегании и защите индивидуальных свобод

¹ См., напр.: Недзел Н.Е. Верховенство права или Правовое государство: откуда мы пришли и куда мы идем? // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 120, 123, 125; Крайгир М. Верховенство права (и *Rechtsstaat*). // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 472-478.

² Там же. С. 125-126.

³ Напр. в: Mohl R. von. Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. Bd. 2. Tübingen, 1866. См. также: Крайгир М. Указ.соч. С. 484-485.

посредством позитивного права» от произвола монарха¹. Однако после поражения революции 1848 г. значение этого термина было переформулировано, и теперь он обозначал уже не идеал независимости личности, а чисто формальное следование закону, что соотносилось с доминированием в то время позитивистского правопонимания². И лишь опыт национал-социалистического режима, по общему признанию, вновь заставил задуматься о включении в понятие правового государства содержательной компоненты в виде неких объективных фундаментальных прав, закрепленных в конституции³. По некоторым оценкам, особым пикетом к закону, принятому парламентом, отличалось французское понимание правового государства ("Etat de droit"). Это связывается с популярностью во Франции республиканской традиции, идущей от Ж.-Ж. Руссо, который видел в законах (принятых, однако, напрямую, а не через парламент) выражение «общей воли», призванной ограничивать административную власть. Таким образом, не индивидуальные права, а народный суверенитет ставился во главу угла, и через него легитимировалось верховенство позитивного закона⁴. Однако и здесь исследователи отмечают: «Политические превратности первой половины XX века продемонстрировали, что парламентские статуты более не обеспечивали твердокаменную основу для верховенства права в республиканской традиции»⁵, поэтому после Второй мировой войны французские правоведы также вышли за рамки юридического позитивизма. Что касается практики верховенства права, то с конца XVII века, как утверждается, она основывалась на идее фундаментальных прав, но по мере развития юридического позитивизма и статутного нормотворчества верховенство права также стало всё больше ассоциироваться лишь с определенными формальными характеристиками закона⁶, и ситуация изменилась лишь в послевоенные годы⁷. Таким образом, доктрины правового государства (в немецком и французском вариантах) и верховенства

¹ Тидеманн П. Принцип Rechtsstaat в Германии // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 272, 273.

² Stahl F.J. Die Philosophie des Rechts. Buch 4. Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts. Tübingen, Leipzig, 1878.

³ Грот Р. Германский Rechtsstaat в сравнительной перспективе. // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 242-249.

⁴ Тидеманн П. Указ. соч. С. 272-273.

⁵ Грот Р. Указ. соч. С. 251.

⁶ Harden I., Lewis N. The Noble Lie – the British Constitution and the Rule of Law. London 1986. P. 32-33.

⁷ Грот Р. Указ. соч. С. 254.

права прошли схожий путь от узко-формального к широкому (содержательному) пониманию¹. И хотя в этом содержательном идеале континентальная традиция, в отличие от англо-саксонской, сегодня придает ключевое значение понятию человеческого достоинства², данное отличие является скорее терминологическим, поскольку обе доктрины исходят из принципа нормативного индивидуализма и создания возможностей для самореализации личности³.

Формальные и содержательные трактовки правового государства и верховенства права

На сегодняшний день в научной литературе принято различать формальные и содержательные концепции правового государства и верховенства права: первые ограничиваются формальными требованиями к законам, тогда как вторые предписывают этим законам определенное содержание⁴. Ниже мы поочередно рассмотрим оба указанных подхода к определению правового государства и верховенства права, выявим их достоинства и недостатки. Основной тезис будет заключаться в том, что формальные концепции являются более перспективными, чем содержательные, поскольку устраняют множество неопределенностей и позволяют подчеркнуть специфику принципов правового государства и верховенства права.

Формальный подход

В формальных концепциях правового государства и верховенства права отправной точкой для современных дискуссий по-прежнему являются принципы, в свое время названные Л. Фуллером «внутренней моралью права», а именно: право должно быть всеобщим, обнародованным, не имеющим обратной силы, ясным, непротиворечивым, исполнимым, относительно стабильным и строго соблюдаемым правоприменителем⁵. Все эти принципы не предписывают какое-то особое содержание правовых норм, а лишь определяют форму, в которой государство должно выражать свою волю. Конечно, если грубо отождествлять право

¹ Пфортен Д. Основы верховенства права и принципа правового государства (Rechtsstaat) . // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 445.

² Там же. С. 451.

³ Там же. С. 443-444; Виноградов В.А. Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства. . // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 375.

⁴ Крайгир М. Указ.соч. С. 478-479.

⁵ Фуллер Л.Л. Мораль права. М., 2007 . С. 47-116.

с волей суверена, то любая воля последнего по определению будет правом, даже если она не соответствует некоторым формальным принципам. Однако даже в этом случае идеалы правового государства или верховенства права можно понимать как моральные идеалы, внеположные самому праву. Иными словами, право, не соответствующее формальным критериям, всё ещё остается правом, однако при этом не отвечающим неким высоким стандартам.

Фуллер обосновывает необходимость принципов «внутренней морали права» следующим образом: если право не соответствует указанным формальным принципам, то его либо физически почти невозможно, либо попросту бессмысленно (нецелесообразно) соблюдать¹. По его мнению, если правительство не может обеспечить применение законов к гражданам, то и у граждан нет обязанности соблюдать эти законы, ибо нарушается принцип взаимности². Однако, как отмечается в литературе, обеспечение применимости закона – не единственная причина, по которой мы ценим вышеуказанные принципы (их значение не только функциональное, но и моральное)³. С нашей точки зрения, столь узкое обоснование «внутренней морали права» приводит, во-первых, к неверному определению статуса названных принципов (например, вопреки Фуллеру, принцип всеобщности обычно рассматривается скорее как признак права как такового, а не как требование к закону, в свою очередь принцип соблюдаемости правоприменителем относится скорее к бытию закона, чем к его форме), а во-вторых, к неоправданному игнорированию ряда принципов (например, к перечисленным Фуллером принципам неплохо было бы добавить положение, согласно которому право должно создаваться по заранее установленным процедурам).

На наш взгляд, одно из обоснований «внутренней морали права» в контексте доктрин правового государства и верховенства права может состоять в том, что эта «внутренняя мораль» обеспечивает, чтобы действительная воля государства совпадала с его особым образом формально выраженной волей. Так, право есть социальные нормы, исходящие от государства (или иной публичной власти). Соответственно, даже если решения или действия агента государства (органа, чиновника и

¹ Там же. С. 54.

² Это, впрочем, не означает, что при соблюдении формальных требований к государственному волеизъявлению основания для гражданского неповиновения всегда отсутствуют. Проблема гражданского неповиновения не сводится к «внутренней морали права».

³ Marmor A. The Rule of Law and its Limits. // Law and Philosophy. 2004. №23. P. 6-11.

т.п.) не соответствуют формально выраженной воле государства, например закону, они всё ещё могут быть квалифицированы как правомерные действия, совершаемые от имени государства, если соответствуют действительной воле публично-властной структуры в целом. Иными словами, решения или действия представителей власти, не соответствующие закону, всё ещё могут квалифицироваться как правовые, пусть и незаконные, поскольку право – это не закон, а действительная воля государства, которая может не совпадать с той, которая выражена в законе. Однако если действия чиновника/органа выходят за пределы воли публичной власти (например, за пределы воли всех вышестоящих чиновников/органов), тогда эти действия являются правонарушением, даже если формально они соответствуют закону. Таким образом, формально выраженная и действительная воля государства могут не совпадать. Принципы верховенства права и правового государства, в свою очередь, заключаются в требованиях, чтобы таковые совпадали. Согласно этим принципам, государство должно выражать свою волю (*jus*) через закон (*lex*), или по крайней мере в соответствии с законом, а не посредством "телефонного права", "ручного управления" и т.д.

Следует подчеркнуть сугубо относительную ценность тех формальных критериев, которым правовое регулирование должно отвечать как своего рода «внутренней морали». Сказанное, в частности, продемонстрировал А. Мармор¹, который обратил внимание не только на то, что требуемый уровень всеобщности нормативного регулирования зависит от тех проблем, на решение которых такое регулирование направлено (это замечание касается, в нашей трактовке, места и роли права как такового), но и на относительность других критериев. В частности, по его мнению, обратная сила закона допустима с целью исправления ранее допущенных ошибок правового регулирования. В этой связи стоит напомнить, что Конституция России (ст. 54) запрещает обратную силу лишь такого закона, который устанавливает или отягчает ответственность. Но даже и это ограничение не абсолютно. Так, согласно действующему российскому законодательству изменение высшими судебными инстанциями практики применения правовой нормы может служить основанием для пересмотра дела по новым обстоятельствам (ст. 392 ГПК РФ, ст. 350 КАС РФ), что в принципе можно трактовать как придание закону обратной силы. Кроме того, вспоминается знаменитая дискуссия Л.Л. Фуллера и Г.Л.А. Харта, в ходе которой последний допускал придание закону обратной силы для наказания доносчиков в нацистской

¹ Ibid.

Германии как «меньшее из зол»¹. Короче говоря, иногда обратная сила закона может быть оправдана. Но то же самое, вероятно, касается и других критериев. Не рассматривая здесь доводы Мармора относительно каждого из них, отметим, что иногда приводимые им примеры «исключений из правил» кажутся не столь убедительными, а иногда – даже не противоречащими мыслям самого Фуллера². В любом случае, эти доводы показывают, что формальные требования к волеизъявлению суверена, называемые «внутренней моралью права», не являются абсолютно всегда пригодными средствами достижения благих целей.

Формальный подход к определению принципов верховенства права и правового государства позволяет трактовать соответствующие идеалы в контексте идеи ограничения государственной власти, то есть рассматривать их не как характеристику социального идеала вообще, а как характеристику идеала сугубо политического (касающегося осуществления публичной политической власти). Именно такое понимание, как представляется, в большей степени соответствует сущности рассматриваемых понятий. «Во всех своих версиях верховенство права, - как отмечается исследователями, - оказывается связано с отношениями между правом и отправлением власти, в особенности власти публичной»³; что касается правового государства, то данный принцип уже по определению связан с государственной властью. Таким образом, именно вопрос о том, как должна осуществляться государственная власть, является для данных доктрин центральным. Отсюда, верховенство права и правовое государство следует рассматривать в первую оче-

¹ Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали //Правоведение. 2005. № 5. С. 104-136.

² Например, по Мармору, закон не обязательно делать известным или ясным для всех, так как иногда достаточно того, чтобы он был известен и ясен тем, кто непосредственно с ним работает. Но это, вероятно, совпадает с ключевой идеей Фуллера, согласно которой закон должен быть известен тем, на кого он направлен. Или, по Мармору, закон, устанавливающий крайне жесткие требования для осуществления какой-либо деятельности и тем самым фактически ставящий такую деятельность вне закона, является неисполнимым, однако вряд ли этот пример верно отражает критерий исполнимости по Фуллеру, ведь у субъектов права остается возможность не осуществлять такую деятельность, а потому рассматриваемый закон в принципе исполним. Наконец, Мармор полагает, что стремление к ясности закона может обернуться его чрезмерной жесткостью, однако это кажется неверным пониманием фуллеровского критерия ясности, поскольку ясность правовых предписаний может достигаться не только детализацией закона, но и устойчивой судебной практикой; более того, из закона может вполне ясно усматриваться воля законодателя использовать оценочные понятия, тем самым предоставляя простор для усмотрения правоприменителю, и это ещё не делает закон неясным.

³ Крайгир М. Указ.соч. С. 472.

редь как политические идеалы в узком смысле, т.е. как идеалы государственного устройства (поэтому часто их понимают как требование связанности государства правом, хотя по сути указанное требование означает связанность вообще всех субъектов правом, и наоборот – связанность всех правом невозможна без связанности государства правом). Смысл этих идеалов согласно формальному подходу состоит в том, что государство должно осуществлять свою власть посредством закона, при этом закон должен отвечать ряду формальных критериев. И, таким образом, здесь сохраняется фокусировка на вопросах государственной власти.

В свою очередь содержательные трактовки, связывающие принципы правового государства и верховенства права с правами человека, и включающие в содержание указанных принципов требования, касающиеся самых разных сфер общественной жизни (экономики, политики, социальной сферы, культуры и т.д.), как представляется, на данный момент не соответствуют изначальной направленности соответствующих доктрин на определение места и роли государства в обществе и средств осуществления государственной власти. Содержательные трактовки могли соответствовать данной интенции лишь в тот ранний период, когда существовали только права человека "первого поколения", поскольку эти права по существу были направлены на ограждение человеческой личности от чрезмерного вмешательства государства. Однако впоследствии доктрина прав человека эволюционировала, появились новые поколения прав человека, и теперь права человека воспринимаются уже не столько как гарантии против вмешательства государства, сколько как гарантии вмешательства государства там, где это необходимо для обеспечения всестороннего свободного развития личности; в свете появления новых прав человека активно переосмысляются прежние права. Соответственно, доктрина прав человека распространяется на все новые сферы человеческой жизни, и уже не замыкается на вопросе о границах государственной власти. Но если так, то размываются также и идеалы правового государства и верховенства права. Впрочем, как будет показано далее, содержательные трактовки позволяют обратить внимание на то, что соблюдение закона во всех случаях должно обеспечиваться эффективной правоохранительной системой, а значит определенные требования к данной системе должны рассматриваться как неотъемлемая часть обсуждаемых идеалов.

Содержательный подход

Рассмотрим теперь подробно содержательные концепции верховенства права и правового идеала. Здесь дискуссии разворачиваются в

основном относительно понятия и перечня прав человека (а поскольку политические права являются частью таких прав, то дискуссии касаются и демократии). Сегодня принято выделять три поколения прав человека, хотя некоторые признают лишь одного или два, а некоторые – целых четыре таких поколения. Перечень конкретных прав внутри каждого из поколений также является дискуссионным. Наконец, понятие и признаки демократии – это также предмет споров среди теоретиков на протяжении веков. Соответственно, первое, на что мы должны обратить внимание, так это на то, что если понимать принципы правового государства и верховенства права широко, то все перечисленные необъятные спорные вопросы приходится разрешать именно в рамках соответствующих доктрин.

Проблема здесь, как представляется, не в том, что «формально одинаковые правовые структуры приводят к различным результатам в разных странах в зависимости от особенностей менталитета, культуры, правовых обычаев того или иного народа»¹, поскольку ничто не мешает попытаться выработать некие общие для всех народов, основанные на общечеловеческих ценностях, и при этом – что логично – достаточно абстрактные критерии правового государства и верховенства права, а именно в том, что относительно даже абстрактных общечеловеческих идеалов (необходимость выработки которых в глобализированном мире нам представляется очевидной) возникают разумные разногласия.

Речь, впрочем, не только о том, что в науке и в общественных дискуссиях отсутствует согласие относительно понятий прав человека и демократии. Как заметил Й. Раз, содержательные концепции верховенства права смыкают различия между указанным принципом и прочими идеалами, фактически ставя возводя его в ранг «законченной социальной философии», и тем самым лишая его специфичности². Конечно, социальный идеал вряд ли ограничивается правами человека (а потому даже в широкой трактовке принципы правового государства и верховенства права не тождественны социальному идеалу), однако в приведенном замечании Раза есть рациональное зерно. Дело в том, что сами по себе разногласия допустимы, но в данном случае предмет этих разногласий настолько широк, что рассматриваемые принципы оказываются и вовсе не поддающимися внятному определению.

¹ Антонов М.В. Об определении понятия «гравовое государство» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. №3. С. 135.

² Raz J. The Authority of Law. Oxford, 1979. P. 211.

Таким образом, ключевой недостаток содержательных трактовок правового государства и верховенства права заключается в том, что соответствующие идеалы становятся слишком размытыми и неопределенными. Эта неопределенность их содержания, а следовательно и неопределенность соотношения с другими идеалами проявляется как в официальных международных документах, так и в научных работах, что и будет продемонстрировано далее.

Так, многие из международных документов (на уровне ООН, ОБСЕ и ЕС¹) подчеркивают тесную взаимосвязь и взаимообусловленность прав человека, демократии и верховенства права. Другие прямо называют права человека и демократические принципы управления² или (что чаще) только права человека³ составной частью верховенства права. В последнем случае нередко наряду с правами человека одним из элементов верховенства права называется требование справедливости принимаемых законов. В целом же, конкретное соотношение прав человека, демократии и верховенства права остается не проясненным.

Одновременно констатируем, что в подавляющем большинстве международных документов, посвященных верховенству права, помимо требования соблюдения законов (и, отсюда, равенства всех перед законом, борьбы с коррупцией и т.п.) и формальных требований к таким законам (стабильность, обнародование, ясность и т.п.), акцент сделан на вполне определенной сфере, а именно сфере правосудия. Отсюда требования обеспечения каждому доступа к правосудию, независимого, беспристрастного, открытого, компетентного, своевременного суда и т.п.. Иногда требование независимого суда формулируется более широко, как принцип разделения властей⁴. Гораздо меньшее внимание уделяется при этом другим – помимо суда – элементам правоохранительной си-

¹ Декларация совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросу о верховенстве права на национальном и международном уровнях, принятая резолюцией 67/1 Генеральной Ассамблеи от 24 сентября 2012 года, Решение Совета Министров ОБСЕ № 7.08 от 5 декабря 2008 года «Дальнейшее укрепление верховенства права на территории стран ОБСЕ», Резолюция ПАСЕ № 1594 (2007) от 23 ноября 2007 года.

² См., напр., Доклад Генерального секретаря ООН К. Аннана от 23 августа 2004 года S/2004/616 «Господство права и правосудие переходного периода в конфликтных и постконфликтных обществах»

³ См., напр., вышеуказанную Декларацию ГА ООН, а также Доклад о верховенстве права, утвержденный Европейской комиссией за демократию через право на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25-26 марта 2011 года). В обоих документах демократия упоминается, однако в целом, на наш взгляд, сложно интерпретировать эти тексты как утверждение, что демократия является составной частью верховенства права.

⁴ См., напр., вышеназванный Доклад Генсека ООН.

стемы (поскольку они традиционно ассоциируются скорее с полицейским, чем с правовым государством), без которых, однако, также невозможно поддержание режима законности.

Таким образом, хотя принцип верховенства права сегодня в международных документах связывается не только с формальными, но и с содержательными требованиями к закону, эта конкретика не имеет целью сформулировать какой-то завершённый социальный идеал, который бы касался всех основных сфер общественной жизни, а касается в первую очередь требований к процедурам, посредством которых в каждой из этих сфер будет гарантировано соблюдение (в той или иной степени приближенного к идеалу) закона. Причем сам содержательный идеал зачастую связывается не только со справедливостью, но и с экономическим развитием¹. Содержательные аспекты верховенства права, понимаемые узко, а именно как должное правосудие, по сути вытекают из базового требования законности, поскольку без правосудия невозможно обеспечить соблюдение законов (а для того, чтобы закон соблюдался каждым, доступ к правосудию также должен быть у каждого). Но важно подчеркнуть при этом, что сказанное вовсе не означает сведение принципа верховенства права к принципу законности: во-первых, закон ещё должен удовлетворять формальным критериям (по Фуллеру), во-вторых, существует содержательное требование независимого суда, которое сегодня явно не желают принимать такие авторитарные страны, как Китай². Это, в свою очередь, позволяет поставить под сомнение утверждение, что принцип верховенства права (даже в формальной трактовке) сегодня является общепризнанным: зачастую под ним понимают именно законность, игнорируя оба названных аспекта.

Схожие проблемы, касающиеся неясности содержания принципов правового идеала и верховенства права, а также соотношения их с другими идеалами, существуют и в научных дискуссиях. Многие ученые – следуя Гоббсу – считают, что узкие определения верховенства права и правового государства якобы противоречивы (государство, ограниченное самим собой, на самом деле никем не ограничено), забывая о той пользе которую приносит даже формальное ограничение госу-

¹ См. вышеуказанную Декларацию ГА ООН.

² В Китае в рамках т.н. «верховенства закона», или *fǎzhì*, а также в рамках концепции «социалистического правового государства» под предлогом достижения гармонии отрицается разделение властей, сам закон рассматривается как лишь инструмент в руках партии, а не как её укротитель, хотя партия и считается выразителем интересов народа. См.: Moritz R. Xi Jinping thought on the rule of law. New substance in the conflict of systems with China. // SWP Comment. 2021. № 28.

дарственной воли (не говоря уже о том, что государство не является монолитной структурой, а потому одной ветви власти не так просто преодолеть ограничения, наложенные другой ветвью власти). Поэтому достаточно часто авторы прямо называют бесспорными элементами соответствующих принципов не только независимый суд, но и справедливость законов и демократическую легитимность власти¹. Как пишет А.В. Поляков, «под верховенством права... следует понимать установление такого правопорядка, который действует на основе общих норм, обеспечивает основные права человека и их гарантированную судебную защиту, направлен на реализацию в праве идеи справедливости»². Иногда неотъемлемым элементом верховенства права и правового государства называется и принцип разделения властей³. В целом, в научных дискуссиях мы вновь сталкиваемся с проблемой определения четкого соотношения различных принципов и идеалов.

Но к этой проблеме, по-видимому, добавляется и другая. Так, нередко ученые называют в качестве элементов правового государства или верховенства права отдельные характеристики судебного процесса (основания ареста, презумпция невиновности, состязательность сторон, право на защиту и т.п.), неоправданно скатываясь в конкретику и выдавая частное за всеобщее. Конституционалисты из стран континентальной правовой семьи, в свою очередь, в контексте правового государства говорят о необходимости писанной конституции и консти-

¹ Вентер Ф. Верховенство права как глобальная мера конституционализма // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 86-87; Виноградов В.А. Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового государства. // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 376-378.

² Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4(309). С. 20.

³ Пфурдтен Д. Основы верховенства права и принципа правового государства (Rechtsstaat) // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 447-448; все указанные признаки – гарантированность, незабываемость и обеспеченность прав и свобод человека и гражданина, демократический режим, разделение властей и др. – перечислены, напр., в: Марченко М.Н. Правовое государство и гражданское общество (теоретико-правовое исследование). М., 2015. С. 18-25. С. 126-138, при этом разделению властей посвящена целая глава.

туционного надзора, и уделяют особое внимание основаниям, по которым возможно ограничение прав человека¹. Всё это, безусловно, не просто смещает фокус с правового государства на другие идеалы, что приводит к растворению специфики первого, но и способствует тому, что частные (применимые лишь к отдельным сферам или убедительные лишь при определенных условиях) правила выдаются за сущность общего правового идеала.

Общий вывод, который можно сделать на основе приведенного анализа международных документов и научной литературы, состоит в следующем. Содержательные трактовки верховенства права в целом не оправданны. Однако заметим, что они могут быть оправданы с точки зрения антипозитивистских теорий правопонимания, показывающих, что право принципиально не может быть сведено к государственной воле (рассмотрение вопроса об обоснованности подобных теорий – предмет отдельных исследований). Впрочем, и позитивисты, и их противники сходятся на своего рода «минимальной содержательности» принципа верховенства права, выражающейся в независимом суде (правоприменении), правда первые трактуют его с точки зрения внеположных праву ценностей, а вторые – как часть понятия права как такового². Этот "содержательный минимум", в принципе, можно вывести и из международных документов, поскольку в контексте принципа верховенства права процедуре применения права они также уделяют особое внимание. Однако на теоретическом уровне важно абстрагироваться от конкретных институтов, обеспечивающих беспристрастное правоприменение, и не отождествлять идеалы правового государства и верховенства права с указанными институтами. Поэтому какого-то конкретного содержания законов рассматриваемые нормативные идеалы по сути не устанавливают.

Будущее правового государства и верховенства права как политических идеалов

Насколько актуальными являются идеалы правового государства и верховенства права сегодня? В.Д. Зорькин писал: «В ядре общества модерна – почитание права. Превращение права в эффективную светскую религию. То есть своеобразный культ права и основанная на нем

¹ В каждой стране в рамках практики конституционных судов вырабатываются собственные критерии, основанные на текстах национальных конституций. Здесь имеет значение то, позволяет ли сама конституция ограничивать гарантированные ею права посредством принятия отдельных законов, и при каких условиях (но даже если такая возможность существует, стандартным требованием к подобного рода ограничениям является соразмерность; разрабатываются и другие требования к законодательным ограничениям прав).

² См., напр.: Waldron J. The Concept and the Rule of Law. Georgia Law Review. 2008. №43.

непрерывно социально подкрепляемая вера во всемогущество писаного закона и поддерживающих закон институтов. Вера в неподкупность судей, в способность правовой системы обеспечивать действительное равенство всех перед лицом закона»¹. Вместе с тем, в эпоху постмодерна все идеалы модерна подвергаются усиленной атаке.

Один из упреков, с которыми уже давно сталкивается принцип правового государства, связан с тем, что данный принцип якобы способствует чрезмерной зарегулированности всех сфер общественной жизни – и в особенности отношений между государством и гражданами – посредством права² (неприятие к обилию законов высказывали ещё Демокрит и Лао-цзы³). Однако правовое государство вовсе не подразумевает, что правом следует жестко регламентировать мельчайшие подробности социальных взаимодействий. В частности, государство может вообще не вмешиваться в ситуации, где социальное регулирование эффективно и справедливо осуществляется посредством обычаев и других подобных механизмов (определение допустимых для государственного вмешательства сфер остается за рамками формальных трактовок правового государства, в содержательных же трактовках эти сферы зачастую строго ограничиваются). Что касается опасности бюрократизма, то хотя отсутствие четкой регламентации процедур, по которым должны действовать административные органы, а также изобилие оценочных понятий в праве чревато злоупотреблениями и коррупцией, вопрос о детальности и жесткости правовых предписаний и степени усмотрения правоприменителя всегда очень сложен и решается лишь на практике.

Ещё один упрек в адрес верховенства права и правового государства заключается в том, что с помощью указанных принципов, сутью которых является равенство всех перед законом, маскируются социальные неравенства, отражающиеся, в том числе, и на политической сфере. Однако в ответ на этот упрек в литературе замечается, что рассматриваемые принципы (в узкой – формальной – трактовке) и не претендуют на то, чтобы гарантировать справедливое общественное устройство и решить все социальные проблемы⁴.

¹ Зорькин В.Д. Правовая трансформация России: вызовы и перспективы. // Доктрины Правового Государства и Верховенства Права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М., 2013. С. 28.

² Антонов М.В. Указ.соч. С. 137-138.

³ Марченко М.Н. Правовое государство и гражданское общество (теоретико-правовое исследование). М., 2015. С. 18-25.

⁴ Craig P.P. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. // Public Law. 1997.

Таким образом, ряд упреков в адрес рассматриваемых политических идеалов связаны с неверным пониманием данных идеалов, а потому бьют мимо цели. Однако если мы понимаем эти идеалы узко, и не обращаемся непосредственно к содержанию правовых норм, то у ценностей правового государства и верховенства права действительно имеются очевидные моральные ограничения, а именно: нельзя забывать о ситуациях, когда право оказывается настолько несправедливым, что морально более обоснованным будет нарушать, а не соблюдать его. Иными словами, в узких (формальных) трактовках принципы правового государства и верховенства права сталкиваются с проблемой обоснованного несоблюдения закона, без рассмотрения которой невозможно ответить на вопрос о моральной обоснованности указанных принципов. Эта проблема, по всей видимости, не встает, когда верховенство права и правовое государство мы понимаем максимально широко, а именно как торжество определенных содержательных идеалов, ведь при их действительном торжестве отсутствуют как моральные основания для несоблюдения закона, так и сами внеположные праву моральные ценности, с которыми сравнивалась бы ценность права.

Более интересный вопрос связан с будущим самого права как способа социального регулирования с учетом современных реалий. По мнению В.Е. Чиркина суть верховенства права заключается (помимо прочего) в том, что «право закрепляет... основы общественного, государственного строя и правового положения личности», «регулирует... все основные отношения в обществе» и определяет меру, в которой используются иные социальные регуляторы¹. Иными словами, в рамках принципов верховенства права и правового государства праву придается ключевая роль в социальном регулировании. Однако некоторые ученые полагают, что позитивное право в будущем может быть заменено «регулированием на основе данных», осуществляемым с помощью цифровых технологий². Впрочем, как представляется, такой тип регулирования также следует рассматривать как правовое, ибо оно всё ещё основывается на нормативных предписаниях, исходящих от государства; меняются лишь способы правоприменения, становясь более автоматизированными, вследствие чего требуются и новые способы защиты индивидом своих прав. Другое дело, что вместо правового регулирования государство может использовать стратегию создания потребностей, целей

¹ Чиркин В.Е. Верховенство права: современные варианты терминологии // Журнал российского права. 2015. №12 (228). С. 10.

² Рувинский Р.З. Регулирование на основе данных: от верховенства права к публичным программам лояльности // Антиномии. 2023. Т. 23. Вып. 1. С. 123-147.

и ценностей, не связанную с правовыми стимулами (поощрениями и наказаниями), например посредством агитации и пропаганды, экономической и культурной политики, выработки доктрин, проектов, стратегий и «дорожных карт», не прибегая к формулированию конкретных норм поведения, а также прав и обязанностей тех или иных субъектов. Кроме того, государство может делать ставку на «ручное управление», то есть не на общие правила, а на правила, применимые лишь к конкретным ситуациям. Во всех этих случаях государство руководствуется идеей целесообразности и эффективности, но при этом «нередко растворяется ведущая роль законов»¹. Конечно сами по себе указанные способы регуляции, как правило, основываются на законе и не противоречат ему. Однако когда умаляется сама значимость права как нормативного социального регулятора, через снижение уровня правосознания увеличиваются и риски пристрастного правоприменения. Поэтому очень важно, с одной стороны, не абсолютизировать право в ряду инструментов, с помощью которых государство воздействует на общество, но, с другой стороны, сознавать риски, связанные с пренебрежением правом.

Проблема существует и с применимостью идеала верховенства права. Особенно остро она стоит на международном уровне: хотя ООН предпринимает попытки продвижения указанного идеала, всё больше государств отдают приоритет «реальной политике», в нормативном плане противопоставляя верховенству права абсолютизированные трактовки государственного суверенитета. Преследуя, на первый взгляд, благородные цели, например переход от однополярного мира к многополярному, такие государства нередко лишь на словах придерживаются существующих норм международного права, хотя по сути верят в право силы, а не в силу права, и с помощью силы пытаются пересмотреть существующее право (не оспаривая правовой способ регламентации международных отношений как таковой). Это приводит к деградации международного права как такового точно так же, как игнорирование государством собственного права в ущерб текущим государственным интересам ведёт к деградации всей национальной правовой системы.

Таким образом, идеалы правового государства и верховенства права имеют свои ограничения: они ограничены, во-первых, местом самого права в государственном регулировании общественных отношений, во-вторых, необходимостью соотнесения ценности строгого следо-

¹ Тихомиров Ю.А. Новые векторы регулирования — «другое» право? // Журнал российского права. 2016. № 4. С. 8.

вания надлежащим образом оформленной воле государства (т.е. ценности стабильного правопорядка) с иными ценностями, которые государство на практике может игнорировать.

§2. Общественное мнение и справедливость

В современной теории права 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 социальному идеалу, отличному от общественного мнения. Поскольку сам этот идеал состоит из нескольких независимых друг от друга идеалов (справедливости, блага и целесообразности) постольку и «целесообразность», понимаемая в качестве отсылки к абстрактному социальному идеалу, оказывается весьма размытым понятием. Чтобы конкретизировать проблему, мы далее будем говорить о соотношении общественного мнения и конкретно идеала справедливости.

Следует 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 другим¹. 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 принять². 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, социальные опросы показывают понимание людьми таких негативных последствий коррупции, как замедле-

¹ Вятр Е. Социология политических отношений. М., 1979. С. 397-391.

² Фромм Э. Психоанализ и религия. // Сумерки богов. М., 1989. С.183.

ние экономического роста и усиление социального неравенства. С другой стороны, по оценкам международной неправительственной организации Transparency International¹ уровень озабоченности российских граждан проблемами коррупции является одним из самых низких в мире (с 2005 года Россия занимает в соответствующем рейтинге места с 119 по 154, соседствуя с такими странами, как Того, Мавритания или Уганда). 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 ответственности². 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 общою 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»³. 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 равным счетом ничего. Поэтому вопрос о том, что понимать под «общей волей», остается открытым. Другие мыслители полагают, в обществе

¹ 06.03.2023 г. Генпрокуратура России объявила Transparency International «нежелательной организацией».

² 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-vse-uvazhitelnee-otnosyatsya-k-korrupcii.html> (дата обращения 02.02.2020).

³ Руссо Ж.-Ж. Трактаты. М., 1969. С. 170.

публично высказываются самые различные точки зрения, и только «путём их столкновения формируется доминирующее течение общественного мнения, часто называемое попросту общественным мнением»¹. 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 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. В целом, имеет смысл помнить о том, что у одного и того же человека может быть одновременно частное мнение как человека и его мнение как гражданина, однако вряд ли какое-то из них в большей степени претендует на то, чтобы учитываться в понятии «общественного мнения».

Схожий вопрос состоит в том, можно ли отождествлять общественное мнение с мнением большинства членов общества. Здесь возникает сразу две проблемы.

Первая проблема касается иллюзорности понятия «большинства». Так, в научной литературе неоднократно отмечалось, что «большинство» и «меньшинство» зависят от того, какую процедуру выявления мнений мы применяем. Это обстоятельство наглядно демонстрируется, например, дискурсивной дилеммой (парадокс Острогорского)², проблемой сепарабельности³ или парадоксом Кондорсе. Вскрываемые ими особенности общественного выбора показывают, что результат, который одобряет большинство, зависит от того, как именно сформулированы вопросы и в каком порядке они задаются, а также от того, какие именно коалиции (сговоры) избирателей достигнуты на момент голосования. При этом предполагается, что голосующих не вводят в заблужде-

¹ Вятр Е. Указ.соч. М., 1979. С. 396.

² List C., Pettit P. Aggregating Sets of Judgments: Two Impossibility Results Compared. // Synthese. 2004. №140. P. 207-235; Setälä M. Referendums and Democratic Government: Normative Theory and the Analysis of Institutions. London, 1999. P. 14-16.

³ Клима Р.Э., Ходж Дж.К. Математика выборов. М., 2007. С. 175-191.

ние, а их чувствами никто не манипулирует; сама процедура голосования не влияет на подлинные предпочтения индивидов, а ее вариации не искажают суть проблемы. Несмотря на это, результат голосования может оказаться совершенно разным в зависимости от того, разбиваем ли мы проблему на несколько вопросов, в каком порядке задаем эти вопросы, а также от того, известны ли голосующим при очередном голосовании результаты предыдущих голосований, и имеются ли предварительные договоренности (компромиссы) различных групп избирателей на момент голосования. Таким образом, если понимать «общественное мнение» как «мнение большинства», то не существует никакого общественного мнения, которое было бы независимо от применения той или иной процедуры его выявления¹.

Вторая проблема состоит в том, что общество как целое – как единый организм – характеризуется согласованной деятельностью множества индивидов и институтов – своего рода органов – и точно так же, как мнения и решения человека мы ассоциируем с работой его мозга, общественное мнение и воля общества может быть ассоциирована с органами управления указанным обществом – прежде всего, государством. При таком «органистическом подходе» мнение общества в сущности можно отождествить с мнением государства. Понятно, что как человеческий мозг вынужден учитывать те сигналы, которые поступают ему от остального тела, так и государство вынуждено учитывать те сигналы, которые посылают ему подвластные индивиды. Однако как мнение человека мы ассоциируем именно с мозгом, а не руками, ногами или желудком человека, и уж тем более не говорим о «мнении» большинства клеток организма, так и мнение общества следует ассоциировать именно с государственными структурами, а не с «мнением» большинства граждан. Поэтому спрашивать скорее нужно не о том, должно ли государство учитывать общественное мнение (мнение государства и является мнением общества), а о том, должно ли государство учитывать мнение, присущее большинству его граждан. Но поскольку само «большинство» иллюзорно (см. проблему первую), то лучше поставить вопрос более абстрактно: при каких обстоятельствах государство должно прислушиваться к мнению граждан?

Представляется, что под общественным мнением следует понимать широко распространенное в обществе мнение, то есть такую совокупность однородных мнений, которая свойственна значительному числу представителей этого общества. Вместе с тем, данное мнение всё

¹ См.: Riker W. *Liberalism against Populism*. Long Grove, [1982] 1988.

же должно быть достаточно сформированным для того, чтобы имелась возможность его адекватной фиксации. Данная оговорка необходима для того, чтобы избежать большинства ситуаций, при которых в ходе социологических опросов изменение формулировки вопроса без изменения его сути приводит к кардинальному изменению ответов по причине неразвитости общественного мнения¹. Таким образом, общественное мнение – это широко распространенное в обществе и при этом достаточно ясное мнение.

Кроме того, стоит отметить, что вышеприведенное определение общественного мнения не касается сложного вопроса о том, как именно агрегировать различные мнения в одно общее мнение. Однако для наших целей данный вопрос не важен, так как любые способы такой агрегации относительны, но важно лишь то, что имеется потенциальная возможность агрегации различных мнений в однородные группы, и что такая схожесть различных мнений может иметь социально значимые последствия.

Анализ теоретико-правовой литературы показывает, что по вопросу соотношения законов и общественного мнения сложились две противоположные 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»².

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 репрессивных механизмов³. Поэтому правотворчество необходимо осуществлять в соответствии с общей волей народа.

¹ Achen Ch.H., Bartels L.M. Democracy for realists: why elections do not produce responsive government. Princeton, 2016. P. 30-36.

² Карцева И. Общество, лишенное мифов: Изложение содержания доклада В.Э. Шляпентоха в Институте социологии АН СССР // Социол. исследования. 1991. №1. С.157.

³ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006.

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

Прежде всего, не следует забывать, что мнение людей может не правильно отражать их 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)¹. Однако общинные крестьяне крайне негативно относились к тем, кто воспользовался предоставленным правом на выдел². 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»³. 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 случаях, как мы полагаем, имеет место неверное осознание людьми своих

С.780.

¹ 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.

² 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.

³ Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. М., 1994. С.70.

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»¹.

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»². 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. В.Д. Зорькин отмечал, в частности, nepотизм (кумовство) и экстремистское правосознание³. 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. Мы лишь обратим внимание на предложенную в середине XX века Э. Фроммом (1900-1980) концепцию социального характера. Данный автор 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

¹ Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М., 1994. С. 468.

² Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 213.

³ Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Рос. газ. 2010. №5217. С.17.

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 интересам¹. На этом, собственно, и основывается марксистская критика современного общества потребления, поскольку каждый человек в нем пытается пробудить в другом человеке надуманные вожеления, и в итоге взаимный обман становится смыслом жизни². 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, понятые в русле идеи справедливости (равенства), т.е. равного учета интересов каждого. «Ведь в конечном итоге законодательство 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»³. Иными словами,

¹ 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. // Человечество. Государство. Глобализация: Сборник философских статей. Вып. 3. / Под ред. В.В. Парцвания. СПб., Тбилиси, 2005. С.282.

² См. подробнее: Маркс К. Экономическо-философские рукописи 1844 года // К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч. Т.42. М., 1974. С. 128-129.

³ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006.

общественное мнение имеет не нормативное, а фактологическое значение (маркера интересов). 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 (и за чей счет), а какие нет. Но для того, чтобы это сделать, нужно сначала получить представление о данных потребностях и интересах. Именно для этого полезно исследовать общественное мнение, но это не значит, что общественное мнение необходимо ставить во главу угла. 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»¹. 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 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"². 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. Таким образом, именно справедливость, а не общественное мнение, имеет приоритетное значение. Поэтому если в той или иной ситуации законодательство в большей степени, чем общественная мораль, отражает реальные интересы граждан и 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

С.786.

¹ Кибак И.А. Общественное мнение и законотворческая деятельность. // СПС КонсультантПлюс.

² Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 200.

обязаны учитывать какие-либо иные разрозненные сиюминутные мнения¹. 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, либо ввиду отсутствия надлежащей информации голосуют в противоречии со своими интересами или позициями, а во-вторых, что сами избранные представители власти зачастую выражают не общественное мнение, а частные интересы. Распространенность указанных 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»². 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 рез-

¹ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006. С.783.

² Там же. С.786.

кое 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"¹. И хотя данное утверждение спорно, ведь отсутствие борьбы с предрассудками может означать согласие с несправедливостью, доля 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 рациональности². 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»³. А.Б. Венгеров также отмечает, что «причины многих правонарушений коренятся в несоответствии конкретных законов... исторически сложившимся пластам духовной жизни, стереотипам поведения»⁴. 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 сложно найти однозначные ответы. Наиболее распространенной в научной литературе является позиция, согласно которой мнение экспертов должно касаться лишь средств достижения ос-

¹ Руссо Ж.Ж. Трактаты. М., 1969. С. 182.

² См.: Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Рос. газ. 2010. №5217. С.17.

³ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсесянца В.С. М., 2006. С.101.

⁴ Венгеров А.Б. Указ. соч. С.553-554.

новых целей общества, но при этом никто не вправе указывать человеку саму цель, поскольку не существует "экспертов по ценностям"¹. Эта позиция спорна. Но даже если данное мнение ошибочно, и «эксперты по ценностям» существуют, никогда нельзя быть точно уверенным в том, кто именно является экспертом². По крайней мере, отнесение к экспертному сообществу на практике нередко оказывается политизированным вопросом. Отсюда – важность не только постоянных дискуссий в обществе, но и связи этих 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 формулируется таким образом, что она была бы действенна даже в отсутствие народного консенсуса вокруг нее. 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

¹ См., напр.: Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М., 2015. С. 280, 288.

² 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.

убедительным. Кроме того, ссылки на какие-либо моральные основания не должны 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 моралью¹. Отсюда, законодатель может следовать общественной морали, но при этом идти вразрез с общественным мнением. Р. Дворкин пишет: "Законодателя, 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"².

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 устоявшимся представлениям о морально должном. 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 может быть аморальным, но вместе с тем, иногда с его помощью общество получает сигнал о необходимости пересмотра существующей общественной 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

¹ Дворкин Р. Указ.соч. С. 336-342.

² Там же. С. 345.

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

§3. Гражданское неповиновение

Философы издревле обсуждали вопрос о том, может ли быть оправданным осознанное несоблюдение закона, в частности сопротивление законной власти и восстание против нее. Зачастую данные вопросы поднимались 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/или 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. Обоснования и субъективного права на революцию, и субъективного права на гражданское неповиновение представляют собой вызов такой общепризнанной ценности объективного права, как стабильность, и фактически представляют собой рассуждения о том, в каких случаях ценность стабильности начинает уступать место другим ценностям.

Сразу оговоримся, что начиная с Дж. Ролза, как правило, рассматривается лишь ситуация гражданского неповиновения в «почти справедливом государстве», в котором всё же случаются «серьёзные нарушения справедливости»¹. 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, используются общие принципы соразмерности и необходимости. 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: «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»². Аналогичный вывод делается на примере деятельности Махатмы Ганди³. 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, к которому и происходит обращение посредством демонстративного правонарушения. Причем в зависимости от конкретной цели тот или иной уровень насилия вполне может быть оправдан. Таким образом, гражданское неповиновение возможно в государствах разной степени справедливости, может предполагать или не предполагать насилие, но в любом случае предполагает апелляцию к сознанию и совести своих сограждан и/или представителей власти. Более того, в обществе, где предоставлены и должным образом обеспечены политические права, обоснованность гражданского неповиновения как раз менее очевидна⁴.

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 319-320.

² Минович А. Ограничения и несостоятельность концепции гражданского неповиновения по Ролзу // Вестник Череповецкого государственного университета. 2013. №4 (52). С. 45.

³ Апресян Р.Г. Гражданское неповиновение – в политической теории и социальной практике (Джон Ролз и Мохандас Ганди) // Насилие и ненасилие: Философия, политика, этика. М., 2003.

⁴ См., напр.: Raz J. The Authority of Law. 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.

В каких же случаях Дж. Ролз считает гражданское неповиновение допустимым? Ученый 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 соответствующий посыл¹. В итоге гражданское неповиновение, в общих чертах, допустимо, по мнению Ролза, 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 сложнее²), 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)³. При этом Ролз делает оговорку, что возможны иные ограничения на проявление гражданского неповиновения. Для американского ученого гражданское неповиновение в целом оправдано в той мере, в какой оно способствует утверждению принципов справедливости более, чем существующий строй.

Гражданское неповиновение, по мнению Ролза, 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

¹ 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 сообщество.

² Обоснование и подробные формулировки этих принципов базовой структуры общества см. в работе Дж. Ролза «Теория справедливости».

³ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 326-331, 339.

исключена), хотя и представляет собой нарушение закона¹. 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 позицию². 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 принципы необходимости и соразмерности, на правительстве – если оно не предотвращает ситуации, при которых широкомасштабное гражданское неповиновение становится допустимым.

Большинство современных авторов восприняло основные идеи ролзовской теории гражданского неповиновения. Так, О. Хёффе в перечне условий допустимости гражданского неповиновения называет исчерпанность средств демократической оппозиции и готовность понести наказание³, Ю. Хабермас – исчерпанность правовых способов, убедительность сопротивления с точки зрения конституционных принципов и отсутствие насилия («символический» характер неповиновения)⁴, Р. Дворкин – несправедливость оспариваемых законов, соразмерность несправедливости и неповиновения, а также готовность понести наказание⁵. Конечно, более проникательные авторы, следуя непосредственно Ролзу, замечают, что «правовые» средства могут быть неисчерпаемыми в принципе, и важно лишь ясное осознание их неэффективности⁶ (т.н. критерий крайней необходимости), но в целом западные мыслители в рассматриваемом вопросе находятся в рамках одной парадигмы. Эта парадигма, на наш взгляд, предусматривает следующие принципы допустимости гражданского неповиновения (напоминающие принципы справедливой войны, разрабатываемые в рамках т.н. теории справедли-

¹ Там же. С. 336.

² Там же. С. 342.

³ Шавеко Н.А. Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хёффе. // Кантовский сборник. 2018. №1. С. 64.

⁴ Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. М., 2011. С. 239.

⁵ Дворкин Р. Указ.соч. С. 255.

⁶ Suber P. Civil disobedience. // Philosophy of Law: An Encyclopedia. / Ed. Christopher B. Gray. Vol. 1. New York, 1999.

вой войны). Среди таковых: 1) достаточное основание; 2) крайнее средство (необходимость); 3) вероятность успеха; 4) соразмерность; 5) правильное намерение; 6) условно коммуникативный характер¹.

Несколько слов в пояснение данных принципов.

Принцип достаточного основания означает, что гражданское неповиновение должно осуществляться для защиты справедливой цели (т.е. блага, которое действительно достойно защиты).

Принцип крайнего средства предполагает, что 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). Кроме того, как думается, этот принцип должен действовать на протяжении всей акции гражданского неповиновения, заставляя её участников стремиться к минимизации ущерба, причиняемого правопорядку: если уж и прибегать к нелегальным средствам, то выбирать те из них, которые наносят правопорядку меньший вред. Соответственно, более корректным видится обозначать указанный принцип как принцип необходимости.

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 (в т.ч. должное реформирование правопорядка), чем негативных (в т.ч. расшатывание правопорядка, реакцию от государства в виде «закручивания гаек» и т.п.) следствий. Любопытно, что из критерия соразмерности по сути следует утверждение, что чем сильнее власть (чем сложнее заставить её изменить свои решения, и чем больше жертв способно вызвать сопротивление власти), тем менее справедливым будет неповиновение её решениям, а значит тем более справедливыми (в смысле меньшего из зол) будут сами эти решения.

Необходимость и соразмерность вообще есть важнейшие принципы гражданского неповиновения. Именно они отвечают на центральный вопрос: когда именно обязанность противостоять несправедливости перевешивает обязанность соблюдать законы (причем речь в философских дискуссиях идет, как правило, именно об обязанности, а не о праве на гражданское неповиновение). Понятно, что законы, издавае-

¹ См., напр.: Brownlee K., Delmas C. Civil Disobedience // The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Edward N. Zalta (ed.). 2017. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/>

мые нелегитимной (не отвечающей политической справедливости) властью имеют меньше оснований для соблюдения, однако легитимность власти должна рассматриваться лишь как один из множества факторов, влияющих на соразмерность.

Принцип правильного намерения означает, что лицо, прибегнувшее к гражданскому неповиновению, должно стремиться к воплощению правого дела, а также соблюдению в своих действиях принципов соразмерности и крайней необходимости.

Наконец, последний 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 других, попытки «педагогического» влияния на них), 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 критерия¹. В свою очередь публичность не должна пониматься как требование заранее сообщать о своих противоправных действиях, поскольку это может сделать гражданское неповиновение

¹ Капустин Б.Г. Указ. соч. С. 394.

невозможным в принципе, или во всех случаях раскрывать свою личность, поскольку это не всегда требуется для коммуникации¹. Кроме того, требование публичности может допускать не только апеллирование к аргументам, которые поддерживаются адресатом, но и попытку изменить его ценности и «социальные привычки интерпретации»². Таким образом, ненасилие, публичность и готовность понести наказание – это скорее некорректные формулировки того, что можно назвать условно-коммуникативным характером гражданского неповиновения. Но для нас здесь важно, что такая условная коммуникативность – это, пожалуй, лишь критерий, понятийно отграничивающий гражданское неповиновение от других форм протеста (например, от действий, направленных на захват власти, или от тайного уклонения индивида от соблюдения закона, который данный индивид считает несправедливым), но не моральный принцип сам по себе. Если же мы говорим о допустимости сопротивления законной власти в целом (в т.ч. о случаях восстаний, революций и пр.), то здесь условно-коммуникативный характер действия не является отдельным принципом.

Важно также подчеркнуть следующее. Если ненасильственность сама по себе не является моральным принципом, оправдывающим гражданское неповиновение, или даже просто безусловным критерием отграничения гражданского неповиновения от других акций, то моральная обоснованность гражданского неповиновения должна зависеть ещё от одного принципа, а именно принципа различия (дискриминации), который следовало бы выделить по аналогии с таким же принципом в теории справедливой войны. Речь идет о том, что в ходе гражданского неповиновения нельзя причинять вред отдельным своим согражданам, используя их как средство для достижения своих политических целей. В противном случае гражданское неповиновение будет достаточно сложно отличить от терроризма (например, захвата заложников с одновременным выдвижением политических требований). Конечно, без вреда в целом обойтись нельзя. Однако нельзя делать какую-то одну социальную группу «козлом отпущения», возлагая на неё все риски акции гражданского неповиновения, если только сама эта группа не: 1) является виновником несправедливости, ставшей основанием для этой акции; 2) является субъектом, от действий которого в особой степени зависит преодоление несправедливости, ставшей поводом для этой акции; 3) является

¹ Lai T-H. Justifying Uncivil Disobedience. // Oxford Studies in Political Philosophy. 2019. Vol. 5.

² Blaakman M. Civil disobedience in a distorted public sphere. // Krisis. 2012. Iss. 3.

самим организатором и исполнителем этой акции (добровольно принимая на себя все риски). Безусловно, принцип различения применительно к гражданскому неповиновению требует дополнительной разработки, но на данный момент ему, к сожалению, не уделяется достаточного внимания в теории гражданского неповиновения, так как обычно неверно предполагается, что гражданское неповиновение, будучи «ненасильственным», якобы не связано с причинением вреда. На самом же деле гражданское неповиновение практически всегда связано с причинением вреда (например, когда водители грузовиков перекрывают дорогу в ходе забастовки против повышения налогов, причиняется вред участникам дорожного движения).

Таким образом, гражданское неповиновение следует считать справедливым, если оно вызвано несправедливостью и направлено против неё (принцип достаточного основания), осуществляется с намерением исправить эту несправедливость (принцип добрых намерений), является необходимым и соразмерным средством для указанных целей (принципы необходимости и соразмерности), а также не дискриминирует социальные группы, не ответственные за соответствующую несправедливость (принцип различения).

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"¹, т.е. не всегда отсутствие наказания за гражданское неповиновение грозит воцарением всеобщей анархии, напротив, оно может демонстрировать уважительное отношение государства к основным правам². 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

¹ Дворкин Р. Указ. соч. С. 267.

² Там же. С. 282.

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"¹. 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 сформулированный закон, который они считают пусть и полностью соответствующим конституции, но всё же несправедливым, с целью привлечь 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" (который считает, что он лишь следует закону, в отличие от представителей власти, этот закон нарушающих) от описанного нами "эпатажного нарушителя", к которому предъявляются более жесткие требования (поскольку он осознаёт, что нарушает закон, а значит несёт все риски, связанные с виновным нарушением принципов справедливого гражданского неповиновения). В конечном счете, и в том, и в другом случае речь, по сути, идет о том, чтобы учитывать добросовестность и мотивы нарушителя.

¹ 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.

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»¹, а «в праве, в законе выражается высшая целесообразность»². Однако в некоторых случаях это мнение дополняется постулированием такого требования законности, как своевременное обновление законодательства в соответствии с потребностями общества³. При этом принцип законности 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»»⁴.

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 уста-

¹ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006. С.470.

² Элементарные начала общей теории права: учеб. пособие для вузов. / Под общ. ред. В. И. Червонюка. М., 2003. С. 486.

³ Теория государства и права: учебник. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 2004. Электр. изд. С. 405.

⁴ Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006. С.471.

навливают 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?»¹. 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*.

Поясним данный тезис. Проблему сопротивления закону, как представляется, можно концептуализировать следующим образом. Цель системы права (как и любой другой соционормативной системы), по нашему мнению, состоит в *максимальном воплощении справедливости*². Для этого правовая система должна быть одновременно *незыблемой и гибкой*³. Незыблемость означает, что закон един для всех, и у отдельных лиц не должно быть возможности его обойти. Гибкость означает, что этот единый для всех закон должен всё же учитывать различные обстоятельства, поскольку для каждой ситуации справедливым может быть свое решение. В итоге любая правовая норма всегда представляет собой 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. Например, закон может быть слишком гибким, то есть содержать так много исключений из правил и оставлять такой большой простор для судебного усмотрения, что сама идея общей для всех нормы нивелируется. В этом случае закон не обеспечивает должной стабильности, которая является залогом справедливости. Или, напротив, закон может быть слишком невосприимчивым к индивидуальным обстоятельствам, в результате чего общая норма пусть и обеспечивает более или менее справедливое решение конфликтов (пусть даже большинства из них), но всё же порождает и множество несправедливостей при ее применении. Идея, грубо говоря, состоит в том, чтобы

¹ Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М., 2016. С. 617.

² Хотя при этом и не обязательно, подобно, напр., Г. Радбруху, определять право через стремление к справедливости.

³ Ср. с конфликтом стабильности и справедливости по Г. Радбруху.

найти здесь оптимальное соотношение незыблемости и гибкости, то есть установить в законе такое правило, которое, будучи достаточно общим, обеспечит справедливое решение в наибольшем (!) количестве случаев его применения. Другая же проблема состоит в том, что *даже в «неоптимальных» ситуациях (когда закон не воплощает справедливость в максимально возможной мере, т.к. недостаточно или чрезмерно гибок) самовольное нарушение закона во имя высших целей в действительности может лишь увести нас еще дальше от справедливости*, и соответствующие последствия тоже не всегда легко определить. Обычно правоведы решают эту проблему указанием на то, что закон не подлежит исполнению только в случае его крайней, вопиющей несправедливости. Такой критерий, например, применялся при разрешении вопроса о моральной допустимости соблюдения нацистского законодательства¹. Однако вряд ли такое решение следует рассматривать как удовлетворительное. Например, возможна ситуация, при которой допустимо нарушение даже вполне справедливого закона с целью привлечь общественное внимание на другой, несправедливый закон (например, нарушить ПДД, блокировав автодорогу, чтобы привлечь внимание к несправедливому повышению налогов на автовладельцев). Или возможна ситуация, при которой допустимо нарушение несправедливого закона, который нельзя назвать крайне несправедливым, например если при этом отсутствуют действенные легальные способы изменить этот закон, а возможные негативные последствия его нарушения меньше, чем польза от несоблюдения. Правоведы, которые указывают на моральную недопустимость следования только крайне несправедливым законам, упускают из виду все эти возможности.

Сказанное приводит нас к выводу, что в вопросе о соотношении законности и справедливости/целесообразности мы имеем две - пусть и взаимосвязанных - проблемы, а не одну², и решаются они в различных (хотя и учитывающих друг друга) научных дискурсах. В обоих случаях решения данных проблем неоднозначны ввиду сложности расчетов и

¹ См., напр., т.н. «формулу Радбруха».

² 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 (чья?) 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.

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 (могущей 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 порядка¹. Есть рациональное зерно в той позиции, что «допущение отхода от принятых законов и обхода или нарушения их под предлогом целесообразности всегда чревато серьёзной угрозой правовому порядку в целом»². 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*»³. 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»⁴. 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 приходить 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.

¹ Проблемы общей теории государства и права. / Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006. С. 472.

² Грищенко Л.Л., Гладких В.И. О современных принципах правового обеспечения охраны общественного порядка и общественной безопасности // Вестник ГУУ. 2013. №8. С. 134.

³ Алексеев С.С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М., 2010. С. 40.

⁴ Ильин И.А. Путь духовного обновления. // Почему мы верим в Россию: Соч. М., 2007. С. 319.

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»¹.

С.С. Алексеев, опираясь на И.А. Покровского², 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»³. 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»⁴. 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»⁵. 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... невыно-

¹ Алексеев С.С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М., 2010. С. 40.

² Там же. С.18-22.

³ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 61.

⁴ Там же. С. 62.

⁵ Там же. С. 64.

симым 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»¹. Подобно С.С. Алексею, 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-своему и в иных случаях войти в противоречие с общественными требованиями во имя сознания высшей правды»².

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.

Подведем итог. В западной научной литературе обычно выделяются следующие критерии допустимости гражданского неповиновения: 1) правое дело (достаточное основание); 2) крайняя необходимость;

3) вероятность успеха; 4) соразмерность; 5) правильный мотив; 6) условно коммуникативный характер. Однако подробный анализ данных принципов позволяет заключить, что вероятность успеха — это излишний принцип, который покрывается принципом соразмерности. В свою очередь условно коммуникативный характер является признаком гражданского неповиновения (т.е. определяет его как понятие), но не критерием его допустимости. Причем такие признаки гражданского неповиновения, как ненасилие, публичность и готовность принять наказание в действительности являются лишь вариациями (проявлениями) условно коммуникативного характера гражданского неповиновения, причем вовсе не обязательными. Кроме того, западными учеными не учитывается принцип различия, запрещающий дискриминацию

¹ Новгородцев П.И. Право и нравственность. // Правоведение. № 6. 1995. С.109.

² Там же. С. 110.

при распределении неблагоприятных последствий акции гражданского неповиновения. Гражданское неповиновение в целом обосновывается пониманием социальной системы как инструмента стремления к справедливости. По всей видимости, наличие аргументов, оправдывающих гражданское неповиновение, указывает на то, что в действующем законодательстве следует предусматривать возможность освобождения от ответственности за отдельные правонарушения, если в действиях нарушителя усматриваются признаки гражданского неповиновения, отвечающего вышеуказанным критериям. Однако для того, чтобы социальная система действительно способствовала справедливости, она должна быть одновременно незыблемой и гибкой. Поэтому социальная норма всегда суть компромисс между абстрактностью и конкретностью: относительная абстрактность закона есть действенный способ пожертвовать конкретностью как таковой (могущей быть справедливой или несправедливой) с целью обеспечить хотя бы частичную справедливость. Проще говоря, даже самый справедливый закон справедлив лишь для подавляющего большинства, но не для всех случаев его применения. Отсюда, с одной стороны, необходимо, найти оптимальный баланс абстрактности и конкретности (чем ближе закон к оптимуму, тем более он справедлив, т.к. оказывается справедливым в большем числе случаев), с другой стороны, необходимо также определить последствия несоблюдения не соответствующего оптимуму закона (не будут ли такое несоблюдение еще дальше уводить нас от оптимума?). Вопреки распространенному мнению, сказанное вовсе не означает, что нарушение закона допустимо только в случаях явной и крайней несправедливости. Соотношение стабильности и справедливости в действительности гораздо сложнее.

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 морально 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 морально 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 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.¹).

Юридические процедуры, направленные на разрешение споров, подтверждение прав или привлечение к ответственности, в конечном счете, обусловлены необходимостью поддержания правопорядка и недопущения его нарушения в будущем. Таким образом, обоснованность указанных процедур определяется их целью: обоснованными являются такие правила, которые соответствуют конечной цели судебного процесса и/или наказания. Особой разновидностью юридических процедур являются процедуры награждения. С одной стороны, их целью также может являться (и, как правило, является) содействие справедливому правопорядку. С другой стороны, речь тут уже не идёт о разрешении

¹ 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.

спора, подтверждении прав или привлечении к ответственности. В то же время избранные средства зависят от вида самого процесса. Так, например, по мнению Л. Фуллера, «между процедурами, отмеряющими наказания, и теми, что даруют награды, существует огромное различие. Там, где идет речь о наказаниях и лишениях, мы окружаем решение процедурными гарантиями надлежащего процесса, зачастую разработанного весьма скрупулезно, и должны, насколько это возможно, наложить обязательство подотчетности обществу. Там, где даруются награды и почести, мы довольствуемся более неформальными и менее тщательно разработанными методами принятия решений»¹. О причинах такого различия можно спорить, однако здесь мы лишь констатируем, что процессуальная справедливость различается от вида самого процесса.

Поскольку правила юридических процедур обосновываются утилитарно, может сложиться не лишнее оснований впечатление, что большинство правил судебного процесса и назначения наказания могут быть обоснованы вне дискурса о справедливости (вопрос скорее не о том, что справедливо, а о том, какое средство достижения справедливости на практике является наиболее эффективным). Идея справедливости, однако, не просто добавляет к оценке вышеуказанных процедур с точки зрения цели восстановления и защиты правопорядка ту важную оговорку, что сам правопорядок ещё должен быть справедливым или же, по крайней мере, что сопротивление существующему несправедливому правопорядку должно оказаться ещё более несправедливым, чем подчинение ему (хотя уже это обстоятельство возвращает нас к проблеме гражданского неповиновения, и порождает, например, такой вопрос: какими правилами должен руководствоваться судья при рассмотрении дела, если он доподлинно знает, что закон, который он обязан применить, является несправедливым?). Идея справедливости, помимо прочего, налагает ограничения на способы доказывания (например, запрещающая пытки и другие нарушения прав человека при сборе доказательств, совершаемые якобы во имя восстановления и защиты правопорядка, так как предполагается, что даже если этот правопорядок справедлив, цель в этих случаях всё же не оправдывает средства, т.к. для защиты справедливого правопорядка мы прибегаем к ещё большим несправедливостям). Тем самым апелляция к справедливости дополняет доводы, согласно которым соответствующие ограничения на способы доказывания в конечном счете служат конечным целям правосудия (например, апел-

¹ Фуллер Л.Л. Мораль права. М., 2007 . С. 43.

ляция к сущностной аморальности пыток по сути дополняет прагматичный довод, согласно которому пытки – это неэффективный способ сбора доказательств, так как под пытками человек склонен сообщать любую, даже ложную информацию). Кроме того, идея справедливости напоминает, что при назначении наказания мы должны использовать одинаковые критерии для любых преступников. Иными словами, если мы выбрали определенные средства для восстановления и защиты правопорядка, то эти средства должны применяться одинаковым образом к любым правонарушителям. Таким образом, идея справедливости расширяет перспективу, с которой обычно рассматриваются цели наказания или правила судопроизводства. Торжество процессуальной справедливости – это более широкая цель, чем просто восстановление и защита правопорядка (даже если этот правопорядок является справедливым), поскольку сам процесс как вид общественных отношений также должен быть справедливым.

Следует также помнить, что правопорядок служит не только обеспечению равенства. Ибо, восстанавливая правопорядок, мы восстанавливаем не только справедливость в таком узком смысле, но и другие идеалы, защищающие различные блага и цели. Отсюда, нельзя сказать, что справедливость в виде принципа равенства является единственной конечной целью судебного процесса или наказания.

Из фундаментального принципа равенства также сложно вывести конкретные принципы воздающей и процессуальной справедливости и тем более определить их содержание. Большинство правил обосновываются скорее утилитарно (тем, насколько они полезны для восстановления правопорядка). Но принцип равенства, безусловно, способен накладывать жесткие процедурные и иные ограничения в этих сферах. В итоге, юридические процедуры справедливы в той мере, в которой они содействуют восстановлению справедливого порядка, и при этом не допускают еще большей несправедливости при их осуществлении.

§1. Проблема поиска истины в судебном процессе

Вместо введения: о процессуальной справедливости. Дж. Ролз верно утверждал: "Суд есть пример несовершенной процедурной справедливости"¹. Иными словами, судебный процесс есть способ реализации справедливости или ее восстановления (в случае, если имело место правонарушение), причем идеал в виде (материальной) справедливости

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 86.

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"¹. Известные максимы процессуальной справедливости, такие как "следует выслушать все стороны" или "никто не может быть судьей в своем деле", являются лишь выражением идеи беспристрастности². 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.

Стоит признать, что как и у политического процесса (демократии), так и у судебного процесса имеется особая внутренняя (процессуальная) справедливость. Например, тезисы *audiatur et altera pars* (выслушай и другую сторону) и *nemo iudex in propria causa* (никто не может быть судьей в собственном деле) кажутся нам выражением справедливости как таковой (т.е. идеи равного отношения в рамках самого судебного процесса). Тем не менее, такая внутренняя справедливость, в конечном счете, должна быть подчинена внешней (содержательной) справедливости. Самостоятельное значение она может приобрести только если по каким-то причинам мы считаем содержательную справедливость непознаваемой, и тогда единственное, что у нас остаётся – это справедливость процесса (которую, в свою очередь, по каким-то причинам мы считаем известной).

¹ Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 79. Курсив везде наш – Н.Ш.

² 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 судопроизводства¹. 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

¹ 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 (повышенные гарантии для подозреваемых, обвиняемых и подсудимых, но одновременно широкие полномочия следственных органов) 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.

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. 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 фундаментальные вопросы типа: "А что я вообще могу знать и что значит - 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; решение суда основывается не на фактах объективной реальности, а на формально оцененных доказательствах, представленных сторонами¹. Правильность такого положения дел аргументируется обычно как ссылкой на конкретные положения закона, так и утверждением, что истина вообще недостижима, а доступна лишь Богу. Предполагается, что надеяться открыть истину в судебном процессе нельзя, что поиск истины – это "химера" (Е.Б. Мизулина), "блеф" (М.И. Бобров), а все, чего можно достигнуть – это так называемая "судебная достоверность" (её также называют процессуальной, судебной или юридической истиной). Представляется, однако, что в изложенной позиции не учитываются различные аспекты понятия истины. И если мы прольем свет на понятие истины, то доминирующее в отечественной юриспруденции представление о недостижимости истины сразу окажется под сомнением.

С этой целью, однако, нам вряд ли стоит вдаваться в непростые философские споры о понятии истины. Полагаем, что здесь достаточно отсылки к здравому смыслу. Здесь мы, в частности, можем воспользоваться распространенным разграничением истины абсолютной и истины относительной. "Недостижимой и доступной лишь Богу" может считаться лишь *абсолютная истина*. Под абсолютной истиной принято

¹ О доминировании изложенной концепции в науке см., напр.: Шмелев А.Н. «Русская рулетка» правосудия, или К вопросу об установлении объективной (материальной) истины в уголовном процессе // СПС КонсультантПлюс.

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. И в этом смысле истина, с точки зрения здравого смысла, считается достижимой ("химерой" следует признать лишь абсолютную истину). Следовательно, те юристы, которые считают невозможным установление истины в ходе судебного процесса, по сути восстают против здравого смысла (что, вероятно, полезно в области науки, но не очень полезно, когда мы рассуждаем о том, как организовать судебный процесс).

Но чем относительная истина отличается ото лжи? Представляется, что есть одно существенное отличие "бытового" понятия истины и собственно лжи: *истина всегда предполагается объективной*. В отношении абсолютной истины категория объективности не используется, потому что сама собой разумеется: абсолютная истина есть отражение мира таким, каков он есть объективно. Вопрос о том, возможно ли вообще чисто логически «отражение мира таким, каков он есть», мы здесь опускаем, поскольку мы уже отбросили понятие абсолютной истины за непрактичность. Более значимо понятие объективности в отношении относительной истины. Объективность есть качество знания, означающее его независимость от воли и желаний, интересов и предпочтений как самого субъекта познания, так тех отдельных субъектов, в отношении которых данное знание применяется. Можно сказать, что объективность и есть главный признак знания. Ибо если утверждение произвольно, зависит от вкусов, пристрастий или способностей конкретных лиц, то оно не может считаться знанием. В этом смысле «объективная истина» есть плеоназм: любая истина является объективной, а всё, что объективно, то истинно. Сказанное означает, помимо прочего, базовое требование к любому исследователю, претендующему на установление истины: быть беспристрастным (т.е. объективным). Ведь если исследователь не будет беспристрастным, то его вывод, скорее всего, попросту

не будет соответствовать критериям, которые предъявляются к нему извне, т.е. объективно. Конечно, сами навязываемые исследователю критерии истины так же изменчивы. И споры о том, что есть истина, по сути проблематизируют эти критерии. Но для каждого отдельного субъекта эти критерии всё же объективны. Итак, *несмотря на относительность всякого знания, его можно разделить на объективное и необъективное, и второе как раз и будет ложью* (причем ложное знание – это по сути незнание, отсутствие знания). Истина всегда есть нечто объективное, пусть само понятие объективности и нуждается в уточнении.

Итак, истина познаваема, и может быть определена как объективное знание. Но если так, то можно поставить вопрос: следует ли устанавливать истину в ходе судебного процесса?

И здесь, опять же, обращает на себя внимание достаточно распространенная точка зрения, согласно которой в суде устанавливается и должна устанавливаться не «объективная истина», а «формальная истина»¹. Вообще, вышеизложенные рассуждения об объективности относительной истины из школьного курса обществознания были бы излишни, если бы в российском правоведении не было распространено разграничение истины формальной и истины объективной. Но из наших рассуждений уже хорошо видно, что противопоставление формальной и объективной истины попросту некорректно, ведь истина по определению объективна, а всё, что не является объективной истиной – это ложь.

Разрешить спор сторонников принципа формальной истины и сторонников принципа объективной истины можно было бы, попытавшись более точно определить соответствующие понятия. Однако на проверку выясняется, что это не так просто. Что, например, понимается под формальной истиной? Формальность истины в дискуссиях о поиске истины в судебном процессе обычно означает, что мы должны принимать на веру суждения, отвечающие некоторым заранее установленным критериям. Однако и в повседневной практике мы обычно называем истинными суждения, которые отвечают некоторым заранее установленным критериям. Отсюда видно, что сама по себе ссылка на формализм мало

¹ 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.

что проясняет. Возможно, «формализм» следует понимать таким образом, что в суде критерии истины особые, и устанавливаются непосредственно законом. Гипотетический пример: закон может гласить, что факт болезни следует подтверждать только листком нетрудоспособности, и если этого документа нет, то суд должен исходить из того, что человек и не болел. Это понимания формализма уже несколько проясняет ситуацию. Однако вряд ли сторонники принципа объективной истины отрицают любые особые правила доказывания, отличающие судебный процесс от, скажем, научного или обыденного познания. В конце концов, в каждой из сфер человеческой жизни существуют собственные стандарты объективности. В этом смысле обе противостоящие друг другу группы ученых на самом деле хотя бы отчасти «формалисты», то есть признают особые стандарты доказывания, существующие в судебном процессе. В результате, спор тех, кто выступает за «формальную» истину и тех, кто выступает за «объективную» истину не может быть разрешен, так как изначально используются некорректные термины, и при этом невозможно их скорректировать (уточнить их содержание)¹.

Возможно, сторонников «формальной истины» следует понимать как тех, кто считает, что истина в судебном процессе вообще не устанавливается. Действительно, с учетом изложенного определения истины как объективного знания, тенденция противопоставления истины формальной и истины объективной таит в себе опасность того, что под принципом формальной истины будет пониматься принцип отказа от истины вообще. Приходится признать, что учёные нередко путают понятия "относительная истина" и "формальная истина". Однако на самом деле эти понятия могут оказаться диаметрально противоположными. Первое («относительная истина») – это в сущности единственно доступная нам истина, а за вторым («формальная истина») при некоторой трактовке может скрываться ложь.

Но если под принципом формальной истины понимать принцип, согласно которому истина в суде вообще не должна устанавливаться, то этот принцип, очевидно, не обоснован. И тогда следует согласиться с Э.М. Мурадыяном: "Формальная истина ущербна. Акт правосудия, не

¹ 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. 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.

отвечающий истинному положению вещей, действительным обстоятельствам и доказательствам дела, сомнителен"¹, а "отказ от принципа истины равнозначен отказу от правосудия"². Аналогично, анализируя изменения гражданского процессуального законодательства, и утверждая, что нынешняя судебная система находится в бедственном положении, С.Ф. Афанасьев отмечал следующее: "...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"³. И правда, невозможно говорить о справедливости процесса, в котором не выясняются реальные особенности, присущие рассматриваемым в судебном заседании событиям.

Таким образом, само по себе противопоставление формальной истины и истины объективной, заставляющее думать, что устанавливаемая в судебном процессе истина не обязана быть «объективной» (но при этом якобы остается «истиной»), содержит в себе негативную потенцию. Некорректная критика объективной истины с позиций некоей «формальной истины» может вылиться в отрицание истины как таковой, в утверждение принципа отказа от истины и допустимости лжи. А это, в свою очередь, повлечёт поправление справедливости.

В свою очередь отстаиваемая сегодня многими учеными концепция, согласно которой целью судебного процесса является установление «объективной истины», лишена подобных недостатков. Действительно, само выражение «объективная истина», как было показано выше, является плеоназмом. Однако стремление к объективности и установления истины всё же представляется важнейшим условием судопроизводства, и сторонники «объективной истины» напоминают об этом. 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"⁴. Правосудие, как представляется, является той самой областью, где максимальная объективность просто необходима.

¹ Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2004. С. 89.

² Там же. С. 91.

³ Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве. Саратов, 1998. С.4.

⁴ Субъективность// Философия: Энциклопедический словарь / Под редакцией А.А. Ивина. М.: Гардарики. 2004.

Важно, однако, понимать, что принцип «объективной истины» также может быть связан с некоторыми негативными тенденциями. Так, сторонники этого принципа зачастую понимают его в том ключе, что обязанность сбора доказательств в ходе судебного процесса возлагается на судью. Однако это понимание совсем не обязательно верно, даже если верен тезис, что в суде следует искать истину. Дело в том, что если истина должна быть установлена *в ходе судебного процесса*, это не значит, что истину должен искать *только судья*. Так, установление в процессуальном законодательстве принципа состязательности по сути означает согласие законодателя с древней мудростью, что истина рождается в споре: законодатель как раз и создает условия для такого спора. Таким образом, если законодатель не возлагает на судью или других участников судебного процесса обязанности искать истину, это не значит, что истина в суде не должна устанавливаться. Напротив, освобождение судьи от обязанности самостоятельно собирать доказательства, и сведение роли судьи к простой оценке собранных по делу доказательств и правовой квалификации установленных судом на основании этих доказательств фактов может даже способствовать истине: если у каждой из сторон имеется мотивация доказать выгодные именно ей факты, и опровергнуть факты, выгодные другой стороне, то, вероятно, сами стороны сделают работу по сбору доказательств лучше, чем судья. Аналогично, освобождение адвоката от обязанности сотрудничать со следствием в деле установления истины, и сведение работы адвоката к защите интересов доверителя (даже если эта работа будет заключаться в сокрытии неугодных фактов), может лишь способствовать установлению истины, так как уменьшит возможности злоупотреблений для следственных органов. Следовательно, принцип «объективной истины» не обязательно противоречит принципу состязательности. Одно дело – утверждать, что для торжества правосудия должна быть установлена истина, а другое дело – говорить, что судья должен собирать доказательства за стороны. В действительности истина устанавливается совместными действиями всех участников судебного процесса, а также самого судьи. Принцип состязательности не противоречит требованию установления истины (объективных фактов), а представляет собой лишь известный взгляд на способы реализации этого требования.

Итак, сам смысл судебного процесса указывает нам на то, что в ходе этого процесса должна устанавливаться истина, а именно: чтобы разрешить спор в соответствии с законом, необходимо установить фактические обстоятельства дела, а если они установлены неверно, то нельзя считать, что спор разрешен в соответствии с законом. Следует,

однако, рассмотреть ещё несколько практических вопросов, по которым обычно расходятся сторонники «формальной» и «объективной» истин.

Первое. Означает ли тот факт, что справедливое судебное разбирательство предполагает установление истины, необходимость законодательно закрепить понятие истины (или даже принцип установления истины) в процессуальных кодексах? Обычно сторонники «формальной истины» против того, чтобы упоминать истину как цель судопроизводства, тогда как сторонники «объективной истины», наоборот, всячески это приветствуют. Полагаем, что данный вопрос не носит принципиального характера. Ибо важны не столько слова, которые фигурируют в текстах законов, сколько реальный смысл тех или иных норм. Конечно, возложение в той или иной форме на суд или, например, на сторону обвинения в уголовном процессе обязанности искать истину может способствовать правильности судебных решений. И 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 установления истины (который указывал бы на то, что истина не должна приноситься в жертву скорости рассмотрения дела, и что состязательность сторон – не самоцель, а лишь средство установления истины). Но здесь важно, чтобы этот противовес не выхолащивал уже действующие принципы. В любом случае, даже если в законодательстве отсутствует понятие или принцип истины, в нём может содержаться большое количество норм, которые так или иначе обязывают участников процесса правильно и объективно оценивать значимые для дела обстоятельства¹. На самом деле гарантией достаточности и достоверности исследуемых в суде доказательств и объективности собственно их исследования, исключения судебных ошибок служит огромная масса процессуальных норм (правила о недопустимости доказательств, институт отводов, возможность обжалования судебных решений и т.д., вообще практически все процессуальные нормы). Чем больше подобных норм, чем они действеннее,

¹ 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.

тем лучше реализуется социальное назначение процессуального права. При этом совсем не обязательно упоминать слово "истина", главное – чтобы норма либо содержала требование объективности к тем или иным субъектам (в первую очередь, к следователю и судье), либо устанавливала не адресованное конкретным участникам процесса общее правило, которое обеспечивало бы объективность судебного познания, повышало уровень достоверности и полноты доказательственной базы.

Другой вопрос: следует ли на сегодняшний день усилить роль судьи в сборе доказательств по делу (иными словами, стоит ли расширить существующий перечень исключений из принципа состязательности)? Опять же, сторонники «формальной» истины обычно негативно относятся к усилению роли суда, тогда как сторонники «объективной» истины, напротив, считают это необходимым. Вообще, исследователи отмечают, что активность суда в восполнении доказательной базы, как правило, способствует установлению истины и защите "слабой" стороны процесса¹. Однако очевидно, что суд не должен подменять собой стороны (в гражданском или арбитражном процессе, например, должна сохраняться обязанность сторон по доказыванию обстоятельств, на которые они ссылаются - ст. 56 ГПК РФ, ст. 65 АПК РФ). В конечном счете, это может привести к тому, что суд окажется слишком неэффективным и забюрократизированным органом, а стороны будут вести себя в судебном процессе неоправданно пассивно². Таким образом, мы

¹ Смирнов Г. Установить объективную истину. // ЭЖ-Юрист. №25.2012. С. 3.

² В любом случае, 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 российских процессуальных кодексов мы имеем только первое, хотя целесообразно было бы закрепить и второе. Кроме того, 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

должны учитывать негативные тенденции, заложенные в термины «формальная истина» и «объективная истина». С учетом того, что сегодня среди юридического сообщества, включая судейский корпус, крайне распространено представление о том, что суд устанавливает лишь «формальную истину», законодательное расширение роли судей могло бы служить противовесом, подчеркивая тем самым, что судья призван добросовестно, беспристрастно, и в разумном объеме использовать свои познавательные возможности при установлении фактически обстоятельств, ибо это необходимо для отправления правосудия. Но при этом важно не скатиться в противоположную крайность, когда, например, адвокат по уголовным делам обязывается вместе со следователем устанавливать истину, а не защищать интересы доверителя.

Всё это, впрочем, лишь практические вопросы, которые должны быть рассмотрены в рамках общетеоретического положения, согласно которому правосудие предполагает установление истины.

Однако есть ещё один сугубо теоретический вопрос, связанный с соотношением ценности истины и других ценностей, которые затрагиваются в рамках судебного процесса. 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 добивается от подозреваемого или обвиняемого показаний с помощью пыток. Вполне вероятно, что целью обвинителя при этом является установление истины, и он добросовестно стремится к этой благой по сути цели. В то же время не исключено, что пытаемый вовсе непричастен к преступлению, и пытка не обоснована¹. Более того, даже если и причастен, возникает вопрос: допустимо ли так унижать человеческое достоинство? По мнению Ч. Беккариа, пытки являются неэффективным средством доказывания из-за большой вероятности лжи со стороны подозреваемого (в том числе,

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 собиранию доказательств по собственной инициативе. Суд первой инстанции, таким образом, должен либо истребовать необходимые сведения сам, либо разъяснить стороне, на которую возложено бремя доказывания, необходимость истребования конкретных сведений в конкретном месте их нахождения, в противном случае, как мы это предлагаем, суд апелляционной инстанции получает возможность перейти к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции.

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М., 1995. С. 121.

когда невиновный, чтобы прекратить страдания, признает себя виновным)¹. Однако современные философы делают акцент на недопустимости отношения к человеку как к средству. Телесное наказание, установленное судом, строго определено и представляет собой последствия совершенного преступления. Но пытка, проводимая до суда, имеет совершенно другую природу: во-первых, вина лица, подвергающегося пытке, еще не доказана, во-вторых, обвинитель обладает практически полным господством над ним². Поэтому все попытки через отсылку к эффективности оценить допустимость пыток, применяемых в ходе расследования уголовный дел, бьют мимо цели, так как эффективность здесь вряд ли имеет определяющее значение.

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 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

¹ Там же. С. 125-126.

² Luban D. Torture, Power, and Law Cambridge, 2014. P. 74-108

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 поиска¹.

Мы сказали о допустимости доказательств и о фактах, не подлежащих доказыванию. Но изменения, произошедшие в нашем процессуальном законодательстве в 1990-е 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 несправедливости².

¹ 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.

² Оправданным в этом смысле представляется, например, институт заочного производства в гражданском процессе (гл. 22 ГПК РФ). А вот гл. 40 УПК РФ, посвящённая порядку принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением, вызывает больше вопросов. 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 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»¹. Названные ограничения указывают лишь, что цель достижения истины должна оправдывать затрачиваемые 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 (в т.ч. 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»². 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, судебная достоверность и т.п. термины не вполне корректны. В процессуальном законодательстве необходимо по возможности закреплять нормы, содействующие установлению истины по результатам судебного 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.

¹ Гараева М.Ф. Истины объективная и формальная: конкуренция категорий в законе и в науке гражданского процессуального права // СПС КонсультантПлюс.

² Подольный Н.А. Методологическое и идеологическое значение проблемы истины в уголовном процессе // СПС КонсультантПлюс.

§2. Теория справедливого наказания: между Кантом и утилитаристами

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 и т.п.), 4) исправление виновного, 5) заглаживание вреда. Высказывается точка зрения, что наказание должно преследовать все указанные цели¹. На наш взгляд, вторую, третью и четвертую из названных целей можно свести в одну и обозначить как цель превенции (общей или частной), поскольку устрашение и исправление, в конечном счете, направлены именно на предотвращение новых преступлений. И тогда возможные цели наказания можно представить в виде триады: возмездие, превенция, восстановление. Далее, несложно заметить, что первая из названных целей наказания имеет своей целью причинение страданий преступнику, вне зависимости от того, какую пользу от этого получают государство, общество или потерпевший (при этом причинение страданий само по себе рассматривается как свершение справедливости), тогда как остальные цели носят в той или иной степени утилитарный характер: наказания, с этой последней точки зрения, необходимо для предотвращения правонарушений и нейтрализации последствий совершенных правонарушений, но не являются ценностью самой по себе. 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). Ниже будет продемонстрирована ошибочность первых и обоснованность вторых. Обе позиции с логической неизбежностью предполагают принцип *nulla poena sine lege* – нет наказания без закона², ведь чтобы квалифицировать что-либо как правонарушение, должна существовать правовая норма, которая и нарушается.

¹ Шамсудинов И.У. Теории наказания в доктрине уголовного права и дискуссия о его целях; альтернативы уголовному наказанию // Молодой ученый. 2016. №13. С. 604-607.

² В некоторых случаях этот закон (правовая норма) может быть ретроспективным, то есть иметь обратную силу, хотя общепризнанным и закрепленным в законодательстве множества стран является запрет обратной силы закона, ухудшающего положение индивида.

Теория возмездия И. Канта. Первым шагом в разработке теории справедливого наказания является опровержение теории наказания как кары. Одним из самых известных представителей данной является И. Кант, поэтому мы рассмотрим данную проблематику через призму взглядов указанного мыслителя. Широко известно утверждение Канта, что даже если бы общество перестало существовать (все жители какого-либо острова вдруг разьедутся кто куда), убийца должен быть наказан, так как за преступлением неотвратимо должно следовать наказание, потому что дело тут не в пользе наказания для общества или кого бы то ни было еще¹. 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 в УК РФ обстоятельств, исключающих преступность деяния, освобождающих от уголовной ответственности или от наказания, а также выделение особо актов амнистии и помилования, 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)². Притом, что взгляды Бентама представляются нам не во всем верными, уже они бросают тень на теорию Канта и принцип неотвратимости наказания.

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...*"³. На первый взгляд, приведенная позиция выглядит убедительно: если ни один человек не должен быть лишь средством для другого, то как мы можем заставлять преступника страдать ради блага других? Однако здесь, как представляется, происходит подмена понятий. Стоит, в частности, поставить такой вопрос: разве

По поводу того, в каких именно случаях допустима обратная сила закона, существуют различные точки зрения.

¹ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 372.

² Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 222.

³ Кант И. Метафизика нравов. С. 370.

люди в целом не должны служить объективно обоснованному моральному идеалу, и не являются ли они в этом смысле "средствами" достижения такового? Мораль требует от нас не относиться к другим людям исключительно как к средствам для удовлетворения наших желаний, но одновременно она требует от каждого человека быть твердо приверженным этой морали, в том числе поступаясь собственными желаниями. И если справедливость требует от нас некоторых жертв, то довольно глупо на этом самом основании считать такие жертвы несправедливыми. Кроме того, правомерен и другой вопрос: действительно ли преступник, подвергающийся наказанию, может рассматриваться как "средство" достижения некоторого идеального правопорядка, и не правильнее ли считать средством само наказание (и правоохранительную систему в целом), а преступника определить как своего рода "объект" приложения коллективных усилий, который должен не столько пострадать ради блага других, сколько измениться и/или быть изолированным от других ради всеобщего блага? Наказание, безусловно, сопряжено со страданиями, однако вовсе не в них заключается его смысл, и если достижение социально значимых целей возможно без причинения кому-либо страданий, то эту возможность следует использовать. Некорректное же восприятие сущности наказания как страдания создает ложное представление о преступнике как о жертве правового принуждения. Наконец, заметим, что судя про процитированному отрывку 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. Поэтому Кант вовсе не обосновал ретрибутивный взгляд на наказание.

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)¹. Такой подход, несмотря на свою абсурдность, нередко имел место в истории, в частности при применении мер коллективной ответственности (круговая порука в Древней Руси², в частности ответственность общины за преступ-

¹ Höffe O. Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. Frankfurt a.M., 1993. S. 217, 227.

² См. подр.: Dewey H. W., Kleimola A. M. Russian Collective Consciousness: The Kievan

ление своего члена по Русской правде; наказание родственников преступника по системе "пятерок" и "десяток" и истребление всего рода государственного преступника в Древнем Китае¹ и пр.), а порой используются и в современных развитых странах, правда уже в гражданско-правовой, а не уголовной ответственности². В подавляющем большинстве случаев коллективная ответственность хоть и может оказаться эффективной в целях поддержания порядка (через устрашение), но вряд ли справедлива, так как при этом наказываются невинные лица, вообще не совершавшие никакого правонарушения.

Исключением можно назвать случай, когда обстоятельства таковы, что все члены коллектива виновны в равной мере. Но тогда и ответственность должна ложиться на всех в равной мере (а не только на каждого десятого, как при децимации). Не говоря уже о том, что при таких обстоятельствах следует говорить скорее об индивидуальной ответственности всех членов коллектива, а не о коллективной ответственности (ответственности коллектива) как таковой. Другой случай – когда все члены коллектива несут заранее установленную обязанность по недопущению определенных правонарушений. По всей видимости, в древности коллективная ответственность практиковалась во многом потому, что некоторый коллектив считался единым субъектом, несущим определенные обязанности, а значит и ответственность должны нести все члены коллектива как нарушители этой обязанности (впрочем, здесь также вызывает вопросы практика наказания только отдельных членов коллектива, а не всех сразу). Однако, как представляется, справедливость подразумевает здесь, что коллектив как целое (а значит, и каждый причастный к нему) несет ответственность только в том случае, если ответственность не может быть индивидуализирована, то есть невозможно установить конкретное виновное лицо. В противном случае либо членство в таком коллективе должно быть абсолютно добровольным, либо у каждого члена коллектива должно быть право вето на все действия и решения коллектива. Иначе возникнет ситуация, когда мы вменяем человеку то, против чего он выступает, то есть вновь привлекаем к ответственности невинного. Именно из приведенных соображений исходит законодательство в области коллективной (бригадной) ответственности в трудовом праве (ст. 245 Трудового кодекса РФ) и солидарной ответственности в гражданском праве (ст. 322 Гражданского кодекса РФ): в

Roots. // The Slavonic and East European Review. 1984. Vol. 62. №2.

¹ Напр.: Сыма Цянь. Исторические записки. Т. VII. М., 1996. С. 88, 94.

² Богданов Д.Е. Влияние принципа справедливости на эволюцию учения о причинности в деликтной ответственности // Адвокат. 2012. №7. С. 5-15.

обоих случаях общее правило состоит в том, что коллективная ответственность наступает лишь если её невозможно разделить между конкретными индивидами, в частности когда невозможно разграничить вину нескольких членов коллектива¹.

Так или иначе, идея Канта, состоит в том, что основанием юридической ответственности должно служить противоправное деяние, а не простая польза. И эта идея в целом верна, позволяя критиковать некоторые древние практики коллективной ответственности. Но всё-таки данная идея не тождественна идее воздаяния. Так, по нашему мнению, именно конкретное деяние вменяемого лица, имеющее признаки противоправности, служит неперенным основанием (*condition sine qua non*) юридической ответственности (*nulla poena sine crimine* – нет наказания без преступления). Но по большому счету, это даже не требование справедливости, а лишь объективный признак, который позволяет отличить наказание, являющееся обязанностью претерпеть некоторые неблагоприятные последствия, от других обязанностей, налагаемых правом порядком на тех или иных субъектов права. Наказание – это по определению последствие правонарушения. Правонарушение же имеет объективную сторону (то есть конкретные деяния) и объект (общественные отношения, на которые это деяние посягает). И если нет правонарушения, то нельзя говорить и о наказании. Например, человек имеет обязанность платить налоги и несет воинскую повинность. Он может расценивать эти обязанности как неблагоприятные для себя. Но поскольку обстоятельства, влекущие возникновение данных обязанностей, законодателем не расцениваются как общественно вредные, мы не можем говорить о том, что данные обязанности являются формой ответственности. Тем более не могут рассматриваться как форма ответственности те обязанности, которые субъекты права возлагают на себя добровольно (посредством заключения договоров и т.п. действий). Лишь в тех случаях, когда обязанность претерпеть неблагоприятные последствия является следствием деяния, которое законодателем расценивается как принципиально нежелательное (словом, как правонарушение), можно говорить о последующих неблагоприятных последствиях как о наказании (иными словами, должен присутствовать «объект», то есть общественные отношения, которым причиняется вред или для которых создается опас-

¹ Правда, могут возникать спорные случаи, поскольку существуют исключения из общего запрета принудительного труда и принудительных договоров. Совместная ответственность в этих исключительных случаях может быть, в сущности, навязанной, что, на первый взгляд, явно несправедливо.

ность). Итак, если на лицо, не совершившее никакого деяния («объективной стороны»), которое расценивалось бы действующим правом порядком как неправильное (наличие «объекта»), возлагается некоторая обязанность, связанная с неблагоприятными последствиями, то эту обязанность попросту нельзя рассматривать как форму юридической ответственности (наказания). Следовательно, утверждения Канта можно рассматривать лишь как попытку уловить сам смысл понятия наказания. Вместе с тем, очевидно, что тезис "нет наказания без преступления" не тождественен тезису "нет преступления без наказания" (*nullum crimen sine poena*), а ведь именно на втором настаивает Кант. Понимание общественно вредного или опасного деяния как основания для наказания не означает, что наказание есть по своей сути и цели возмездие за данное противоправное деяние.

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»)"¹. 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, взгляды которого Хёффе защищает), а идет гораздо дальше него, утверждая безусловное "*nullum crimen sine poena*", и потому должна быть отвергнута.

Но если цель наказания не в возмездии, то в чем? На самом деле сам Кант практически дал ответ на этот вопрос. Обосновывая возможность наказания как такового, философ пишет: "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, сообразной 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"². По сути, в этом отрывке, оправдывающем существование наказания, подспудно содержится цель, с позиций которой такое оправдание осуществляется, а именно: наказание понимается лишь как средство, препятствующее нарушению справедливости, а не как самоцель (возмездие).

¹ Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 119.

² Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 286.

Современное российское уголовное законодательство по своему духу, если упрощать, исходит из цели (общей и частной) превенции. Поэтому оно и не содержит принципа неотвратимости наказания. Напротив, если есть возможность достичь целей превенции или возмещения вреда не привлекая к ответственности лицо, совершившее противоправное деяние, то нет причин не воспользоваться данной возможностью. Одновременно, если мы понимаем цель наказания как превенцию, то любое наказание, которое причиняет страдания, не являющиеся необходимыми с точки зрения цели превенции, по сути само представляет собой правонарушение. Отсюда – принцип экономии средств уголовно-правовой репрессии, не допускающий назначение наказаний более суровых, чем это действительно необходимо¹.

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 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"², 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 legalis*). Как писал Ч. Беккариа, милосердию не находится места только "в совершенном законодательстве, где наказания умеренны, а суд праведен и скор"³.

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

¹ Заметим также, что слишком строгое наказание, установленное законом, не просто негуманно и нарушает права личности, но и может подталкивать судей выносить оправдательные приговоры, даже если виновность подсудимого установлена, что чревато кризисом всей системы правосудия.

² Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 375-376.

³ Беккариа Ч. Указ. соч. С. 243.

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"¹. В обоснование своей позиции Гроций ссылаясь на Платона и Сенеку, которые писали, что наказание налагается не в качестве кары за преступление, а в пример на будущее (для исправления преступника, устрашения людей, предотвращения преступлений и пр.). Если говорить о развитии идеи возмездия 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 государственной 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"². 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"³. Мыслитель утверждал, что наказание преследует тройную пользу: преступника, потерпевшего и общества, что связано с целями исправления, устрашения и предупреждения⁴. 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)⁵.

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994. С. 454.

² Слюзберг 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.

³ Гроций Г. Указ.соч. С. 455.

⁴ Там же. С. 457.

⁵ 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. Указ.соч. С. 109-110.

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. Ибо этот закон вытекает из предшествующего, предписывающего прощение при наличии гарантий в отношении будущего. Кроме того, месть, от которой нельзя ожидать, что она послужит предостерегающим 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"¹.

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"². 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*

¹ Гоббс Т. Указ.соч. С. 118.

² Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 371.

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 целью наказания должно быть лишь восстановление справедливого порядка как такового), 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. Соответственно, общие принципы справедливости (равно как и категорический императив Канта) ещё не свидетельствуют в пользу справедливости талиона.

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, 186, 19), и 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 имела (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 ухищ-

рениям, чтобы обосновать применение здесь смертной казни по принципу талиона¹. 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 полно².

Кант признает, что принципа талиона нельзя придерживаться буквально³. 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"⁴. Этот вывод может показаться убедительным, если обратить внимание на взгляды Канта на справедливое наказание за оскорбление словом. Но 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 страдания⁵. Такой подход гораздо ближе к современным представлениям о справедливости наказания, которые требуют соответствие наказания общественной опасности преступления (ст. 6 УК РФ). Однако он, в сущности, размывает само понятие талиона (можно также интерпретировать это так: ретрибутивная тео-

¹ Там же. С. 372.

² 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 особенно циничное деяние, которое по случайности причинило лишь незначительный вред). Богданов Д.Е. Триединая сущность справедливости в сфере деликтной ответственности // Журнал российского права. 2013. №7. С. 57.

³ Кант И. Метафизика нравов. С. 371.

⁴ Суденко В.Е. Справедливость и наказание по И. Канту. // Вестник ассоциации вузов туризма и сервиса. 2010. №3. С. 45.

⁵ Кант И. Метафизика нравов. С. 372.

рия наказания не обязательно означает буквальное следование талиону¹). К тому же, как будет сказано далее, строгая корреляция между общественной опасностью преступления и суровостью наказания не вполне соответствует правильно понимаемым целям наказания, поскольку наказание должно ориентироваться на будущее, а не на прошлое. Поэтому даже в скорректированном значении талион вряд ли может быть оправдан.

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 совести². Если же мы понимаем талион просто как соответствие суровости наказания тяжести преступления, то этот подход также может оказаться сомнительным, если понимать наказание не как возмездие, а утилитарно.

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. Отвергая принцип талиона, мы должны предложить ему альтернативу.

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 внешних признаках двух преступлений соответствующие преступники вовсе не обязательно понесут одинаковое наказание, ведь среди подлежащих учету обстоятельств - личность преступника, которая всегда уникальна. В итоге, стремление к моральному равенству парадоксальным образом оправдывает неравное наказание. Но в любом случае, в первую очередь должны учитываться те факторы, которые наиболее значимы с точки зрения целей наказания. Так, Ф. Лист в свое время сетовал на бесполезность выделения таких квалифицирующих признаков краж, как взлом, влезание,

¹ Корсаков К.В. Парадигмальный фон дискурса об абсолютном и утилитарном в уголовном наказании // Антиномии. 2014. №1. С. 120.

² Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. СПб., 1889. С. 17.

кража в ночное время, кража с помощью подобранных ключей, и призвал освободить внимание для более значимых вопросов¹. Иными словами, учет тех или иных факторов должен объективно выводиться из целей наказания. Речь не только о количестве, но и о качестве таких факторов. В свою очередь принцип талиона в первоначальном значении подразумевает учет при назначении наказания только объективной стороны преступления (деяния и его последствий), что не может считаться справедливым.

На второй вопрос мы считаем верным следующий ответ: *наказание (как воздающая справедливость) должно быть таким, чтобы оптимально содействовать защите справедливого правопорядка (соответствующего общим принципам справедливости и частным принципам для конкретных сфер справедливости)*. Это достигается через достижение целей устрашения преступника и других лиц (потенциальных преступников), предупреждения совершения новых преступлений путем изоляции преступника от общества, а также исправления виновного. Иными словами, речь о чисто утилитарных целях, ради которых существует наказание (также отдельно следует выделить цель восстановления вреда, причиненного потерпевшему, однако с формально-юридической точки зрения имущественная ответственность не охватывается понятием наказания). Нет нужды доказывать, что буквальное следование принципу "око за око", тесно связанному с пониманием наказания как кары, едва ли является адекватным правовым средством для достижения вышеуказанных утилитаристских целей наказания: с изменением цели меняются и средства.

Если мы обратимся к действующему законодательству, то в целом увидим в нем подтверждение заявленных тезисов².

Так, цели наказания в уголовном законодательстве описываются с утилитарной точки зрения, и достаточно сложно усмотреть в них отсылку к теории наказания как возмездия (ст. 43 УК РФ). Через исправление осужденного, устрашение субъектов права и предупреждение со-

¹ Лист Ф. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление. М., 2004. С. 58-59.

² В качестве целей наказания в ст. 43 УК РФ названы: 1) восстановление социальной справедливости, 2) исправление осужденного (ст. 9 Уголовно-исполнительного кодекса РФ), 3) предупреждение совершения новых преступлений (общая и частная превенция). Таким образом, 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).

вершения новых преступлений действующий уголовный закон достигает своего основного предназначения: восстановления социальной справедливости. Но интересно при этом, что законодательство в области административных правонарушений, также умалчивая о возмездии как цели наказания, в качестве таких целей провозглашает только на общую и частную превенцию (ст. 3.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях), умалчивая о цели исправления.

Действительно, и в литературе 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"¹. По нашему мнению, правовые механизмы могут содействовать исправлению осужденного лишь в ограниченном объеме, но это обстоятельство еще не является основанием для отказа от данной цели, о которой всегда надо помнить. В сущности, основная проблема нынешней пенитенциарной системы состоит как раз в том, что она игнорирует цель исправления. Так, изоляция преступника в местах лишения свободы позволяет уберечь общество от рецидива со стороны этого преступника, но только на время: рано или поздно преступник вновь окажется на свободе, и сможет совершать новые преступления. Следовательно, основной смысл лишения свободы должен состоять именно в исправлении, а не в изоляции (которая нужна лишь для того, чтобы создать условия для исправления). Простое пребывание в тюрьме, по общему признанию, делает человека только хуже, закрепляя порочные образцы поведения и потворствуя несамостоятельности индивида.

В любом случае ещё раз подчеркнем, что 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.

Другое подтверждение того, что действующее законодательство в целом соответствует заявленным тезисам, состоит в том, что оно стремится учесть максимально возможное количество факторов при назначении наказания. Так, 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

¹ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 105-106.

раскрываются, их трактовка учеными - дискуссионна¹, а Верховным судом РФ - изменчива². 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 критериями³. Перечень обстоятельств, смягчающих наказание (ст. 61 УК РФ), также является открытым. 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.

Ограничения на утилитаризм. Вышеприведенные суждения не означают, что мы должны полностью отказаться от идей Канта в области теории справедливого наказания (равно как и то, что существующая система правосудия хотя бы в теории полностью соответствует принципам справедливого наказания). Но и "золотая середина" между Кантом и утилитаристами должна иметь четкое содержание, а не просто приминять 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 соглашались с Кантом в том, что наказание невозможно без нарушающего справедливость деяния, которое и является его основанием.

В-третьих, мы считаем во многом верным кантовское нравственное учение, из которого, как полагаем, можно вывести принцип равноценности лиц, позволяющий пролить свет на то, что вообще считать справедливым порядком. В частности, деонтологический кантовский подход позволяет увидеть несправедливость утилитаристского представления, согласно которому допустимо наказание невиновных, если это будет содействовать общей пользе.

¹ См., напр.: Воронин В.Н. Индивидуализация наказания с учетом характера и степени общественной опасности // Журнал российского права. 2016. №11. С. 113 - 122.

² 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".

³ 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.

Следует также обратить внимание на соотношение утилитарных целей наказания друг с другом, то есть на их иерархию. Ранее было сказано, что одной из целей наказания является устрашение потенциальных преступников (общая превенция). Однако Х. Зер верно заметил в отношении современных практик наказания: "Мы причиняем страдания, не утруждая себя вопросом, насколько нравственно заставлять страдать одного человека ради потенциального устрашения другого"¹. Действительно, несмотря на то, что преступник заслужил наказание, было бы аморальным использовать его страдания как средство устрашения других. По всей видимости, на первый план должны быть поставлены цели исправления преступника и возмещения причиненного преступлением вреда, и преступник не должен страдать больше, чем необходимо для достижения указанных целей. И лишь в качестве косвенного последствия наказания преступника можно рассматривать устрашение других (потенциальных) преступников. В противном случае налицо отношение к преступнику как к средству. В этом уточнении – также заслуга кантовской философии. В свою очередь современные уголовные кодексы, ставя суровость наказания в зависимость от причиненного преступлением вреда, тем самым, вероятно, излишне превозносят цель общей превенции.

Последующие кантианские и неокантианские учения о справедливости бросили решительный вызов утилитаризму. Было указано, что любое утилитаристское учение сталкивается с одной и той же проблемой: крайняя неясность того, в чем же заключается "общее 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 (скажем, максимизирует среднюю индивидуальную полезность), то остается нерешенным вопрос, как полученные счастье и удовольствие должны быть распределены между членами общества. В этом – красугольный вопрос справедливости, на который утилитаризм ответить не может².

¹ Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. М., 2002. С. 36.

² 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

Если же утилитаристское видение справедливости как максимизации «общего блага» (будь то максимизация средней индивидуальной полезности, «наибольшего счастья наибольшего количества лиц» или в иные вариации) не убедительно, то не убедительно и то, что мы имеем право осуждать невинного ради этого «общего блага».

Мы, конечно, могли бы рассматривать наказания невинных ради «общей пользы» не как наказания, а просто как публичные (т.е. существующие в интересах всего общества) обязанности, но это не меняет сути, потому что моральная обоснованность таких публичных обязанностей всё равно сомнительна.

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

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. Но само по себе определение справедливого правопорядка не может основываться на утилитаризме.

Утилитаризму, к тому же, свойственны некоторые практические сложности. Например, не вполне понятно, как именно производить расчет удовольствий и страданий. Конечно, сама по себе сложность расчетов при сравнении удовольствий и страданий 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 целом¹. Однако всё же обратить внимание на указанную проблему в контексте теории справедливого наказания не будет лишним. Так, например, один из современников И. Канта – итальянский мыслитель маркиз Чезаре Беккариа – в утилитаристском духе предложил 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

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.

¹ Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М. 2010. С. 38-40.

1810 г.)¹. Сама по себе иерархия преступлений по их общественной опасности, предложенная Беккариа, вызывает вопросы². Однако в нашем контексте важно другое. Беккариа увидел, что утилитаризм заставляет нас каким-то образом формализовать тот вред, который причиняется каждым из преступлений, и предложил собственный вариант такой формализации. Но фактически он формализовал не столько страдания и удовольствия, сколько те ценности, которых он придерживался и которые разделялись некоторой частью его общества. Процесс формализации ценностей также не простой, но он, по крайней мере, выглядит более реалистичным, чем расчет удовольствий и страданий каждого члена общества. И в любом случае работа с ценностями, а не с удовольствиями и страданиями, уже выводит нас за пределы утилитаристской этики.

Надо также сказать, что Ч.Беккариа пришел к неверному выводу, что наказание должно зависеть исключительно от причиненного преступлением вреда, а не от намерений и злого умысла преступника³, хотя даже утилитаристы могли бы согласиться с тем, что учет личности преступника необходим для его лучшего исправления, то есть приносит пользу обществу (равно как и существование формальных и усеченных составов преступлений, наказаний за приготовление и покушение на преступление, где причинение конкретного вреда не требуется для привлечения преступника к ответственности). Беккариа малоубедителен, когда пытается увязать различия в личности преступника с размером причиненного вреда⁴. Вероятно, в большей степени идее утилитаризма соответствует ориентация на пользу наказания, а не на вред преступле-

¹ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 91-95.

² Так, анализ правовых памятников Древнего мира (напр., 3М, 3Х), 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 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 человечества; иными словами, личность ценится не меньше, чем общество.

³ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 88-91.

⁴ 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.

ния. Действительно, даже если мы мыслим исключительно в логике удовольствий и страданий, важно не то, какие страдания причиняет конкретное преступление, а то, как максимизировать удовольствие. Максимизация удовольствий же достигается предотвращением преступлений. В свою очередь предотвращает преступление такое наказание, которое отбивает у потенциальных преступников желание совершать преступления. Следовательно, наказание должно соотноситься не столько с тяжестью преступления, сколько с силой искушения преступника.

Так, например, по мнению И. Бентама, наказание должно быть таким, чтобы страдание от него превращало удовольствие от преступления в ничто¹, 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 цели². Таким образом, наказание по Бентаму не должно быть слишком мягким или слишком строгим. 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 лица³. В свою очередь Г. Гроций отмечал, что "одна и та же пеня неимущего обременит, богатого же не обременит"⁴. 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"⁵. Правда главной целью наказания данный мыслитель видел уже устрашение⁶, незаслуженно принизив другие цели, в связи с чем крайне мало уделив внимание учету личности преступника.

Прогрессивным представляется акцент, сделанный И. Бентамом на необходимости максимально гибкого уголовного законодательства:

¹ Бентам И. Указ.соч. С. 17-18.

² Там же. С. 230-242.

³ Там же. С. 221-222.

⁴ Гроций Г. Указ.соч. С. 477.

⁵ Фейербах П. Уголовное право. СПб., 1810-1827. С. 14.

⁶ Там же. С. 16.

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"¹. Сам Бентам выделяет 32 обстоятельства, влияющих на чувствительность². 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, по Бентаму, не должен быть настолько сложным, чтобы это повлияло на его эффективность³.

Всего Бентам выделяет 11 требований к наказанию⁴, 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 характеристика (идейная связанность с конкретным преступлением) наказания.

Следует отметить, что суровость наказания Бентам определял теми же четырьмя критериями, что и удовольствие: интенсивностью, длительностью, несомненностью и близостью. Причем поскольку несомненность и близость наказания для преступника менее очевидны, чем несомненность и близость прибыли от преступления, постольку их сле-

¹ Бентам И. Указ.соч. С. 17-18, 84.

² Там же. С. 60.

³ Там же. С. 239.

⁴ Там же. С. 243-258.

дует компенсировать увеличением интенсивности и длительности наказания¹ (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"²). 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 четырех 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 утилитаристов Ч. Беккариа и И. Бентама таков: *при назначении наказания следует учитывать скорее пользу от наказания, чем вред от преступления*. Эта истина кажется очевидной, но она до сих пор не в полной мере усвоена современными системами правосудия. Как пишет Х. Зер, "правосудие больше занято прошлым и не уделяет достаточного внимания будущему"³. Вред от преступления, конечно, также должен быть учтен, но лишь для того, чтобы определить размеры компенсации, или как косвенный (!) показатель "закоренелости" преступника и того времени, которое потребуется на его исправление.

Общий же вывод состоит в том, что как во взглядах Канта, так и во взглядах утилитаристов имеется рациональное зерно, поэтому теория справедливого наказания может в той или иной мере учитывать и те, и другие.

Неокантианство. Надо сказать, что в первой половине XX века на ошибки теории наказания И. Канта стали указывать, в том числе, и правоведы-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. Но одновременно неокантианцы показали принципиальные ограничения теории утилитаризма. В результате, в их трудах мы находим весьма убедительный синтез Канта

¹ Там же. С. 236.

² Беккариа Ч. Указ.соч. С. 137-138.

³ Зер Х. Указ.соч. С. 34.

и утилитаризма. Сам идеал общественного устройства теперь строится на деонтологической этике, но когда мы говорим о наказаниях, то здесь первоочередными оказываются соображения пользы, т.е. мы анализируем, насколько то или иное наказание эффективно для восстановления общественного идеала.

По мнению Г.Радбруха, например, "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 наказаний и кончаться смертной казнью или начинаться с денежного штрафа и кончаться пожизненным заключением. Ответ на эти вопросы, не решенные теорией справедливости, можно получить, опираясь лишь на... целесообразность"¹.

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, - отмечает Радбрух, - является продуктом двух факторов: характера и ситуации, индивидуальности и среды»². Но для ранжирования целей наказания нам достаточно учитывать лишь характеристики индивидуальности, так как именно на неё направлено воздействие наказания. Франц фон Лист в свое время поделил преступников на прирожденных, привычных и случайных, а целями наказания называл соответственно этим категориям: обезвреживание, исправление и устрашение; Радбрух, заимствовав эту классификацию Листа, предложил следующие цели наказаний в зависимости от типа преступника:

для *"случайных" преступников, то есть преступников «под влиянием минуты»*, которых преступниками сделало стечение исключительных внешних обстоятельств, целью наказание будет *устрашение*, служащее напоминанием о необходимости правильного поведения;

для *преступников "привычных"*, то есть идущих на преступление не в силу стечения обстоятельств, а в силу самих качеств своей личности, цель наказания — это:

¹ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 180.

² Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 56.

- для "невменяемых и излечимых" – *лечение*, а для "невменяемых и неизлечимых" – *помещение в изолированный "сумасшедший дом"* (отметим, что в отношении невменяемых не вполне корректно говорить о наказании, и уж тем более относить их к "закоренелым" преступникам)¹;

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

- для "вменяемых взрослых неисправимых лиц" – *обезвреживание и изоляция*, т.е., в понимании Ф. Листа, – пожизненное заключение (хотя, как видится, здесь уместна также цель устрашения, тем тюрьма и отличается по своим условиям от сумасшедшего дома и от других учреждений для принудительного содержания; к тому же надо иметь в виду, что даже неисправимый преступник может не совершать в будущем преступлений исключительно из страха наказания, поэтому лишение свободы не обязательно должно быть пожизненным);

- для вменяемых несовершеннолетних – *воспитание* (хотя, опять же, по нашему мнению воспитание некорректно отождествлять с наказанием, к тому же отличия воспитания от исправления применительно к преступникам нуждаются в дополнительном уточнении)².

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, наказание применяется не во всех случаях, когда оно полезно, а только по отношению к вменяемым лицам, совершившим противоправное деяние (в этом состоит его основание). "Мы можем, пожалуй, сказать, - писал Н.Д. Сергиевский, - что основание наказания лежит в факте совершения преступления – наказание налагается *quia res-catum est*; но результат наказания, общий и независящий от специальных

¹ 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.

² Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 57.

целей, есть то, что создается духовная сила, противодействующая нарушениям закона и тем сдерживающая по возможности возрастание преступлений"¹.

Более того, правонарушитель не должен использоваться как средство для назидания других, поскольку это будет противоречить фундаментальному принципу равенства. Следовательно, среди утилитарных целей наказания главными оказываются специальная превенция (устрашение самого преступника, чтобы он не совершал новых преступлений), а также изоляция, исправление и возмещение вреда, но не общая превенция, которая, в свою очередь, может рассматриваться или как побочное следствие реализации иных целей наказания, или как самостоятельная цель, но достигаемая не за счет излишних страданий преступника, а иными средствами (например, путем придания судебному процессу публичности).

Утилитарно понимаемое наказание должно быть обращено в будущее, а не прошлое. Отсюда, при назначении наказания следует учитывать скорее пользу от него, чем вред от преступления.

Как запрет использования наказания преступника в назидание другим, так и устремленность целей наказания в будущее показывают, что строгая корреляция между причиненным вредом и понесенным наказанием, свойственная современным системам права, как минимум не является обязательной. Таким образом, указанная корреляция обусловлена, вероятно, следующими причинами: во-первых, превознесением цели общей превенции в нарушение прав преступника, во-вторых, сохранением остатков карательного подхода к наказанию, когда наказание понимается как отмщение, либо неверным пониманием тех средств, которые эффективнее всего способствуют реализации истинных целей наказания.

Кроме того, обращенность наказания в будущее означает, что сама по себе изоляция преступника в местах лишения свободы не имеет никакого смысла, если при этом не будут достигаться цели специальной превенции и исправления. Современные пенитенциарные системы страдают тем недостатком, что практически не уделяют внимания исправлению осужденных. В этом смысле современная пенитенциарная система представляет собой извращение изначального смысла такого вида наказания, как лишение свободы, поскольку изначально изоляция рассматривалась как средство для создания наилучших условий для рефлексии и покаяния². Парадокс в том, что места лишения свободы называются

¹ Сергиевский Н.Д. Указ.соч. С. 111.

² Корсаков К.В. Религиозный подход к преступлению и наказанию: от принципа талиона

"исправительными учреждениями", и тем самым в их названии подчеркивается ключевая цель наказания - исправление. Лишь если исправление и устрашение невозможны, изоляция (в виде пожизненного заключения) может приобрести самостоятельное значение. Помимо этого, современные государства, как правило, уделяют гораздо меньшее внимание возмещению материального и морального ущерба, причиненного преступлением: даже если в ходе уголовного процесса будет рассмотрен и удовлетворен соответствующий гражданский иск потерпевшего, неисполнение осужденным постановления суда является обычным делом. Зачастую у осужденного попросту нет возможности выплатить потерпевшему огромные суммы в счет возмещения вреда, ведь находясь в тюрьме, он не может нормально зарабатывать. Однако эта ситуация, как представляется, не снимает с государства задачи восстановления справедливости, поэтому насущным требованием является разработка специальных программ помощи жертвам преступления. Эти программы, помимо прочего, должны включать и психологическую помощь.

Все эти недостатки современных систем правосудия подмечены в концепции "восстановительного правосудия" Х. Зера. Данный автор обращает внимание на то, что причина преступления зачастую лежит в чувстве неуверенности, никчемности и слабости преступника, который желает преодолеть указанные чувства и самоутвердиться с помощью насилия. При этом с целью приглушения своей совести преступник может находить многочисленные оправдания своему поведению ("остальные не лучше", "меня вынудили обстоятельства", "жертва сама виновата" и т.п.). Соответственно, для предотвращения новых преступлений, по мысли рассматриваемого автора, необходимо, во-первых, осознание преступником того вреда, который он причинил своими действиями, и сопутствующее этому осознанию искреннее раскаяние, а во-вторых, комплекс мер, направленный на восстановление у преступника чувства самостоятельности и власти над собственной жизнью. Между тем, в подавляющем большинстве развитых стран "правовая система рассчитана... на подавление преступников всей мощью государства и усугубление их неуверенности"¹. Более того, акт насилия, продолжает Зер, порождает аналогичные чувства у жертвы преступления, поскольку обнажает факт её незащищенности от подобных актов в будущем. Этому способствует также феномен "вторичной виктимизации", когда сотрудники правоохранительных органов, а также родственники, друзья и знакомые жертвы прямо или косвенно усматривают вину самой жертвы в

и кровной мести к доктрине покаяния // Антиномии. 2015. №3. С. 153.

¹ Зер Х. Указ.соч. С. 26.

преступлении. Соответственно, смысл юридической ответственности преступника состоит не только в том, чтобы возместить жертве причиненный имущественный ущерб, но и в том, чтобы вернуть ей состояние психологической уверенности. Приведенные соображения являются основанием для реформирования современных систем правосудия.

Наказание (как воздающая справедливость) должно быть таким, чтобы оптимально содействовать защите справедливого правопорядка, то есть имеет утилитарное значение. Целями наказания являются предотвращение правонарушений в будущем (что достигается, в том числе, посредством устрашения, изоляции и исправления) и устранение последствий совершенных правонарушений. Наказание недопустимо там, где оно не способствует достижению своих целей, поэтому неотвратимость наказания должна пониматься не как безусловная логическая, а как условная практическая необходимость. Отсюда, принцип талиона, являясь лишь первобытным интуитивным выражением идеи равенства, не может рассматриваться как эталон наказания, ведь он просто игнорирует указанную цель наказания, выражая скорее цель отмщения, и рассматривая наказание как безусловную логическую необходимость. Кроме того, 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 наказание обстоятельств является открытым). Конкретные формы наказания ранжируются в зависимости от характеристик субъекта, к которому оно применяется (например, в зависимости от того, исправим или неисправим преступник). В то же время принцип талиона предполагает учет только объективных характеристик преступления, игнорируя субъективные факторы.

Вообще, очень часто справедливость понимают как воздаяние каждому по заслугам. В некотором смысле это утверждение верно, но не в смысле справедливости наказания. Скорее, принцип воздаяния по «заслугам» применим к ситуациям распределения созданных коллективом благ, когда участие в создании таких благ не является добровольным (а в современных условиях нельзя говорить, что люди добровольно принимают на себя власть государства). В подобных случаях каждый должен получить такую долю коллективных благ, которая соответствует его добросовестным усилиям по их созданию. Так, первоначальное объединение людей в общество по своей сути предполагает наделение их некоторым набором взаимных прав и обязанностей, а также создание правоохранительной системы, обеспечивающей соблюдение

этих прав и обязанностей. Поскольку каждому предоставляются равные права, постольку каждый должен внести равный вклад в поддержание правопорядка (например, одинаковая для всех ставка подоходного налога означала бы, что каждый жертвует равной долей своих «заслуг», независимо от их фактической величины, что справедливо). Это соответствует принципу «каждому по заслугам» (т.е. каждому - по его вкладу). В дальнейшем исходя из того же принципа допустимо уже наделение одних людей большими, а других – меньшими правами, а также перераспределение созданных в обществе материальных благ посредством различных механизмов с учетом того, что каждый *de facto* получает разную выгоду от объединения в общество, и эта разница далеко не всегда обусловлена реальными заслугами, т.е. добросовестными усилиями (а значит необходимо каким-то образом выравнивать получаемые членами общества преимущества). В этом смысле равенство как равный учет интересов как раз и означает, что мы должны позаботиться о том, чтобы добросовестные усилия индивида были вознаграждены наряду (пропорционально) с добросовестными усилиями других индивидов за счет «общего пирога», даже если по итогу некоторые из этих усилий не увенчались успехом (не привели к увеличению «общего пирога»). Но когда мы пытаемся примерить тот же принцип «каждому по заслугам» на сферу наказания, то получаются несуразности типа принципа талиона или иных попыток сделать наказание в той или иной степени эквивалентным преступлению. Проблема в том, что нельзя вообще говорить о том, что преступник «заслужил» какое-то наказание, ведь последнее определяется объективными потребностями правопорядка, а не действиями преступника.

§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 моральных доводах "за" или "против" смертной казни, не связанных с финансовыми и т.п. 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 и 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 имеет весьма косвенное отношение к вопросам справедливости, ведь то, что дешевле или прибыльнее, не обязательно справедливее, и наоборот.

Есть, однако, ряд аргументов, которые в большей 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 преступлений¹), поэтому соответствующие аргументы не могут быть основными. Но по крайней мере мы можем констатировать, что лучшая эффективность смертной казни как вида наказания спорна (по сравнению с пожизненным заключением и т.п. видами).

- 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,

¹ 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.

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 побеги 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 невиновных; 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 казни¹.

Таким образом, имеются 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, а также 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

¹ Квашис В.Е. Смертная казнь. Мировые тенденции, проблемы и перспективы. М., 2008. С. 553-648.

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.

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 жизни¹. 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 тенденция к

¹ 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".

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", что подтверждается исключением России из Совета Европы и о прекращении действия в отношении неё соответствующих международных договоров, 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 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)¹, а также на Киево-Печерский патерик (в котором в действительности нет упоминания смертной казни как действительного исторического факта²) неубедительны и не имеют отношения к спору. Логические рассуждения о том, почему древние источники молчат о смертной казни³ 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"⁴. Таким образом, цер-

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ Повесть временных лет. // БЛДР. Т. 1. С. 170.

ковники считали смертную казнь справедливой (как минимум, в качестве наказания за умышленное убийство)¹. 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 практику². 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 внимания 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"³, 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 князей⁴. Методом исключения мы приходим к выводу, что отсутствие смертной казни, осуществляемой княжеской властью по своему

¹ 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. 1997. №4.

² 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 предистории русской культуры. М., 2002. С. 217-218.

³ См. об этом: Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб., 1910. С. 591-592.

⁴ Чебаненко С.Б. Основные черты вечевого правосудия в Древней Руси. // ROSSICA

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)¹ 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 как специальный институт². 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 плохи³.

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 гос-

ANTIQUA. 2013 (2). С. 64-104.

¹ Сегреевич В.И. Указ.соч. С. 592-594.

² 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.

³ Соловьев В.С. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. // Соловьев В.С. Собр.соч. Т. 8. СПб., 1914. С. 576-578, 582.

ударство 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 жизни¹. 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"². 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"³.

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 преступник 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 плаху⁴. 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)⁵. Этот аргумент, по нашему мнению, также нивелируется рассуждениями Руссо, который указал, что не всякое подвержение своей жизни опасности сле-

¹ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 168.

² Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 1998. С. 225.

³ Монтескье Ш.Л. О духе законов. М., 1999. С. 211.

⁴ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 186.

⁵ Беккариа Ч. Указ.соч. С. 168, 196-201.

дует 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"¹.

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)². Д.С. Милль также считал, что закоренелых преступников вряд ли остановит угроза смертной казни, хотя на публику она производит впечатление³. 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 Бентам, напротив, в книге "Введение в основания нравственности и законодательства" (1789) писал о смертной казни как о наиболее действенном, однако же неумеренном наказании⁴. Век спустя В.С. Соловьев на конкретных данных исторической статистики убедительно показал, что никакой особой действенности у угрозы смертельным наказанием нет⁵.

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"⁶. 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 путями⁷. С учетом того, что цели наказания, возможно, всегда будут успешно достигнуты

¹ Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 1998. С. 224.

² Беккариа Ч. Указ.соч. С. 169-174.

³ Милль Дж.Ст. Речь в защиту смертной казни. // Этическая мысль. Выпуск 9. М., 2009.

⁴ Бентам И. Указ.соч. С. 252, 255-257.

⁵ Соловьев В.С. Указ.соч. С. 579-581.

⁶ Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 1998. С. 225.

⁷ Гроций Г. Указ.соч. С. 466.

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 представительства¹. 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"², - пишет Монтескье. "Если же он убил, то он должен умереть"³, - постулирует Кант. При этом Монтескье добавлял, что иногда и преступления против собственности могут быть настолько тяжкими, что заслуживают смертной казни, а Кант утверждал 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 талиона⁴.

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 договора⁵. 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

¹ Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 1998. С. 171.

² Монтескье Ш.Л. Указ.соч. С. 168.

³ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 372.

⁴ 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.

⁵ Кант И. Метафизика нравов. СПб., 2004. С. 373-374.

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 безопасность, 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 положения", 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 убийство¹). 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"². В свою очередь О. Хёффе указывает, что право на жизнь является неотъемлемым, поскольку любой равноценный

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 221.

² Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 187-188.

обмен благами ("общественный договор") возможен лишь после того, как люди признают друг за другом правосубъектность, предполагающую, в том числе, тело и жизнь¹. 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 другого 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"². 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

¹ Хёффе. О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1994. С. 241-247.

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

блага преступника, здесь же оно полностью игнорируется. Чрезвычайно важно, что эти рассуждения мыслитель совершенно последовательно применяет и к пожизненному заключению¹. (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. 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.² 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) с точки зрения справедливости не удаются. Безусловная ценность человеческой жизни, например, не вытекает непосредственно из базового принципа справедливости – равенства. В конечном счете, мы должны принимать

¹ Там же. С. 587.

² Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 148.

во внимание восстановление справедливого правопорядка как цель наказания. 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. Так, можем назвать несколько базовых аргументов против смертной казни, но они всегда будут относительными. Таковы аргументы, касающиеся 1) спорной эффективности смертной казни с точки зрения общей превенции, 2) невозможности пересмотра и отмены приговоров, 3) опасности чрезмерного усиления власти и роли государства, 4) принципа экономии средств уголовно-правовой репрессии (всегда, когда для торжества этой цели возможны менее суровые наказания, мы должны прибегать к ним, и в этой связи, как представляется, современный уровень развития человечества показывает как раз то, что у смертной казни остается все меньше шансов на оправдание).

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 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. Чем же тогда может быть сегодня актуально обращение к данной теме? На наш взгляд, о телесных наказаниях полезно задуматься хотя бы для того, чтобы прояснить те ценности, которые стоят за массовым неприятием данных наказаний. Таким прояснением ценностей мы и займемся ниже.

Сегодня множество научных исследований посвящено обоснованию тезиса о неэффективности телесных наказаний детей. Общественность же чаще апеллирует к неправильности физического насилия как такового. Конечно, оба тезиса – о неэффективности и негуманности – в условиях свободы мнений имеют и своих критиков. Заметим, что аргументы против телесных наказаний в принципе совпадают с аргументами против смертной казни. Так, о неэффективности говорят и в отношении смертной казни, и в отношении телесных наказаний. Кроме того, имеется некоторое сходство между принципом гуманности, направленным

на избежание физических страданий, и принципом высшей ценности человеческой жизни, исключаящим смертную казнь. Существует также еще и третий тезис, также совпадающий для смертной казни и телесных наказаний – это тезис о несправедливости. Дело в том, что как приговоры к смертной казни, так и приговоры к телесным наказаниям не могут быть пересмотрены после исполнения наказания, а кроме того, не всегда соответствуют принципу экономии средств уголовно-правовой репрессии.

Поскольку доводы против телесных наказаний и против смертной казни схожи, нас не должно удивлять, что отмена и телесных наказаний, и смертной казни происходила повсеместно в одно и то же время, а именно на протяжении XIX-XX вв., причем во многом на фоне стремления ограничить государственные полномочия и утвердить идеал правового государства. Но что более интересно, появление телесных наказаний и смертной казни также происходит одновременно и по одинаковым причинам. Рассмотрим подробнее данный тезис на примере отечественной истории.

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 мечом 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 наказания может быть заменено компенсацией морального вреда – "взяти гривна кунь за соромь"¹). Как справедливо указывается в научной литературе, в подобных случаях "речь еще не идет о настоящем уголовном наказании"². 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 "безъ княжа слова"³ (не означает ли это, что по княжескому слову мучения все же могли иметь место?)⁴. Так или иначе, если телесные наказания и существовали в Киевской Руси, чего утверждать мы достоверно не можем, то они были еще

¹ Русская правда (Пространная редакция). // БЛДР. Т. 4. С. 506, 508.

² Размахов К.Е. Телесные наказания в Российском государстве допетровского периода // Труды Академии управления МВД России. 2018. №4 (48). С. 185.

³ Русская правда (Краткая редакция). // БЛДР. Т. 4. С. 494. Русская правда (Пространная редакция). // БЛДР. Т. 4. С. 508.

⁴ Евреиннов Н. История телесных наказаний в России. Белгород, 1994. С. 18-19.

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 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 борьбы¹. 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 мстостью, 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 мстостью, 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 мо-

¹ Размахов К.Е. Болезненные телесные наказания в российском уголовном праве // Вестник Московского университета МВД России. 2015. №9. С. 23.

нарха. 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 самодержцы сами стремились создать "регулярное государство", 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 превенции¹, 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"²). 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)³. И все же, чтобы телесные наказания были не только

¹ 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.

² Монтескье Ш. Указ. соч. С 80.

³ Бентам И. Указ.соч. С. 255-256.

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 воздействовать 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".¹ 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

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

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: безболезненное 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 равенстве, его соотношении со свободой и братством, 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 властей, несоответствие принципу экономии средств уголовно-правовой репрессии, а также неэффективность соответствующего вида наказания (сложно назвать справедливым наказание, которое не достигает своей цели). Однако аргумент о негуманности стоит явно особняком, не имея прямого отношения к общим идеалам свободы, равенства и братства, являясь своего рода «частной» ценностью, применимой исключительно к телесным и т.п. наказаниям.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ

ЭТНОКУЛЬТУРНАЯ И МЕЖДУНАРОДНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

В данной главе мы рассмотрим два смежных вида справедливости.

Этническое, культурное, языковое и религиозное многообразие в условиях современного динамичного и глобализирующегося мира актуализирует поиск морально обоснованных принципов национальной, миграционной, религиозной, языковой политики, а также принципы урегулирования разногласий, возникающих на этнической, культурной, языковой, религиозной и т.п. почве. Имеется в виду достаточно широкая сфера социального регулирования, которая связана с урегулированием взаимоотношений не только с участием этносов (в т.ч. национальных меньшинств и коренных народов), но и между любыми социальными группами, выделенными на основе культурных (в т.ч. религиозных) признаков. Идеал морально должного социального регулирования в указанной сфере мы предлагаем обозначить термином этнокультурная справедливость.

Конечно, общества предыдущих эпох также включали в себя лиц различных ценностей, традиций, верований и убеждений, а также происхождения, однако господствующая культура (носителем которой мог являться тот или иной этнос) могла их преследовать, подавлять, заставлять маргинализироваться или ассимилироваться. Современное понимание идеала равенства всех людей предполагает отказ от такой политики. С учетом изложенного, требуется формулирование основных принципов справедливого урегулирования межкультурных и межэтнических взаимодействий. Как правило, в академической литературе в контексте этнических, культурных, религиозных и т.п. 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 в значительной части не выработанной.

Принцип равной заботы и уважения в области этнокультурной справедливости проявляется в том, что любая общность и любая культура находят свое оправдание лишь через призму индивидуальных интересов: равны не культуры, а индивиды. Конечно, нормативный анализ межкультурных взаимодействий не исчерпывается имплементацией принципа равенства. Так, например, сам по себе принцип равенства не может оправдать идеи нациестроительства. Последнее необходимо для успешного функционирования общества, а общество создается для бескрайнего множества целей. Соответственно, нациестроительство защищает все эти цели и оправдывается ими. Одновременно справедливость – это лишь условие, при котором могут преследоваться данные цели. В итоге, справедливость лишь накладывает ограничения на политику нациестроительства, не допуская дискриминацию, но не предопределяет саму эту политику. Космополитизм также может рассматриваться как идея, способствующая не только установлению глобальной справедливости, но и решению множества других глобальных проблем. Поэтому и здесь доводы «за» и «против» учитывают не только критерий справедливости. Точно так же и мультикультурализм сам по себе не выводится из равенства. Ценность культурного разнообразия, защита исторического культурного наследия – это то, что лежит вне предмета справедливости. Справедливость только указывает границы мультикультурализма.

Международная справедливость на данном этапе исторического развития касается в основном принципов справедливых взаимоотношений между государствами. При этом по аналогии с этнокультурной справедливостью ценность государств видится производной от ценности их граждан. Сегодня международный правопорядок, казалось бы, исходит из идеи суверенного 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. И 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. Именно соблюдение прав человека (которые имплицитно содержат принцип равенства и, по сути, определяются им) является главным критерием при определении права нации на самоопределение или права сторонних государств на гуманитарную интервенцию. Таким образом, принцип равенства оказывает существенное влияние на

представления о приемлемом глобальном порядке. Вместе с тем, нельзя упускать из виду то, что нынешние основные принципы международного права, претендующие на статус принципов международной справедливости, в целом призваны обеспечивать мир и безопасность, то есть условия для реализации самых разных целей, а не только справедливости. Поэтому, опять же, справедливость – не единственный критерий, с помощью которого оцениваются данные принципы. Есть также основания полагать, что существующий миропорядок основан на некоторой всеобъемлющей доктрине (преамбула Устава ООН содержит указание не только на ценности, отождествляемые со справедливостью, но и на «содействие социальному прогрессу и улучшению условий жизни при большей свободе»). Это как раз показывает, что справедливость может сочетаться с другими идеалами, если последние ей не противоречат.

§1. Этнокультурная справедливость

Вопросы, относящиеся к предмету этнокультурной справедливости, обсуждаются, как правило, в контексте двух конкурирующих концепций: мультикультурализма и "плавильного котла". Первая настаивает на поддержке и развитии культурного многообразия, вторая – на полном его уничтожении и унификации. Мы постараемся показать, что в своих крайних проявлениях обе концепции должны быть отброшены. Вместе с тем, названные два варианта не исчерпывают многообразие возможной этнокультурной политики. Так, например, мультикультурализм следует отличать от консерватизма, который также поддерживает традиционные ценности локальных сообществ, но зачастую не допускает инакомыслия внутри последних. Другими альтернативными мультикультурализму ответами на вызовы культурного разнообразия являются изоляционизм (защита от носителей других культур) и апартеид (маргинализация носителей других культур). Данные варианты этнокультурной политики также имеют очевидные нормативные изъяны. Кроме того, должны быть отброшены и представления о «нейтральном государстве», вообще никак не вмешивающемся в культурное многообразие. Короче говоря, мы должны найти «золотую середину» между всеми названными подходами. Но актуальность рассматриваемой тематики придают также процессы глобализации, которые ставят под вопрос будущее отдельных государств и ценности гражданства, открывая дорогу идеалам космополитизма. Мы постараемся показать, что правильно понятая космополитическая идентичность не отрицает 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) национальная коллективная идентичность не должна понижаться 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, а 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 (отсюда – отказ от идеи "плавильного котла"),

(б) этнические группы не должны иметь преимущества перед группами, образованными по иным критериям;

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 «мягкого» 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. Национальное государство воспринимается как одно из множества различных форм государств (империя,

город-государство, консоциативное государство, феодальное государство и др.), получившее наибольшее распространение на определенном историческом этапе. 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 класса¹; при этом значение имела не национальная, а совершенно иные виды идентичности (профессиональная, сословная, религиозная, общинная, семейная и др.). Более того: "Сведение нескольких употребительных диалектов в единый письменный язык является современным и творческим достижением"²; «В начале XIX века в Европе было очень мало стран, где бы все говорили на одном языке, а в конце – уже почти во всех странах был единый национальный язык»³.

С буржуазно-демократическими революциями и техническим прогрессом предоставление массам права на участие в политической жизни страны и возложение на них всеобщей воинской повинности или связанного с военными расходами налогового бремени, равно как и развитие инфраструктуры, увеличение торговых связей (формирование общегосударственных рынков), снятие препятствий для смены вида профессиональной деятельности, повышение уровня социальной мобильности и коммуникации, развитие книгопечатания (на национальных языках) 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"⁴. Но верно и другое: эффективность демократических институтов (в т.ч. всеобщего избирательного права) зависит от национальной солидарности (которая, напр., пре-

¹ 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.

² Бройи Дж. Подходы к исследованию национализма. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 206, 208.

³ Валлерстайн И. Миросистемный анализ: введение. М., 2006. С. 159.

⁴ Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб., 1998. С. 332.

пятствует абсентеизму). Этот аспект подчеркивает, в частности, Ю. Хабермас, согласно которому демократическое самоопределение требует преобразования народа в нацию, т.е. некоторой культурной интеграции, формирования новой коллективной идентичности¹. Оба аспекта лаконично соединяет М. Уолцер: "Самоуправление имеет тенденцию производить относительно однородные сообщества и вполне успешно только в рамках таких сообществ"². 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. По мнению П. Кеннеди, частые войны в XVI-XVII вв. сформировали у европейцев национальное сознание, по крайней мере в плане негативного отношения к другим государствам³. Необходимость воевать позволила монархам сосредоточить власть в своих руках и объединить разрозненные элементы в пределах подконтрольных им территорий. Она же способствовала формированию современного единой экономической системы, контролируемой государством (банки, подоходные налоги, отсутствие искусственных барьеров внутри государства, социальное страхование, борьба с коррупцией и рэкетом и т.д.) и всеобщему образованию. В свою очередь Ч. Тилли показал, что в Новое Время 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 национального чувства, следовательно, тесно связано с образом внешнего врага⁴. Таким образом, война и нация также шли рука об руку.

Конструирование мифа о древней и естественной нации стало в Новое Время целенаправленной государственной политикой, призванной изжить феодальные пережитки, преодолеть социальную дезориентацию населения, осуществлять эффективный контроль за рынками и защиту от внешних угроз. Во многом это было связано с реформацией, подорвавшей идею божественной легитимации королевской власти, и потребовавшей новых способов легитимации власти, и с отчуждающим

¹ Хабермас Ю. Постнациональная констелляция и будущее демократии. // Логос. №4-5 (39) 2003. С. 110.

² Walzer M. Pluralism: a political perspective. // Harvard encyclopedia of American ethnic groups. Cambridge, 1980. P. 782. Автор показывает это на примере США.

³ Кеннеди П. Взлеты и падения великих держав: экономические изменения и военные конфликты в формировании мировых центров власти с 1500 по 2000 г. Екатеринбург, 2020. С. 123.

⁴ Тилли Ч. Борьба и демократия в Европе, 1650-2000 гг. М., 2010.

эффектом разрушающей традиционные связи модернизации¹. "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"². 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.

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) массы людей должны были научиться элементарной грамоте через систему унифицированного школьного образования³. 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

¹ 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.

² Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. М., 2002. С. 14-15.

³ 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.

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"¹.

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. Хабермас². Это связано не только с развитием информационных технологий и других средств коммуникации, благодаря которому люди из разных уголков мира узнают друг о друге больше и получают возможность влиять друг на друга, но и с обусловленными экономическими и политическими факторами миграционными потоками, приводящими к тому, что в одной стране оказываются люди совершенно разных мировоззренческих, культурных и ценностных ориентаций. Очевидно, что национальное государство сегодня вынуждено открываться глобализационным и мультикультурным процессам, и уже не может пониматься в этническом ключе. 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"³. Во многих государствах народ уже не чувствует, что он является субъектом, определяющим свое настоящее и будущее. Отсюда – сепаратистские тенденции и локальные межэтнические конфликты. В результате уже не так просто обеспечить культурное единство населения, не прибегая к нарушению прав человека (навязыванию единого «образа

¹ Пономарев А.М. Право в системе национальных ценностей. Екатеринбург-Ижевск, 2009. С. 79.

² 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.

³ Там же. С. 377.

жизни», идеологии, религии и т.п.). Помимо прочего, глобальные проблемы ставят на повестку дня вопрос о формировании новой, космополитической идентичности. В связи со всеми этими факторами встал вопрос о будущем "мифа о нации".

Это правда, что единая национальная культура в большей степени способствует поддержанию стабильного правопорядка, ведь, например, в так называемых консоциативных, или многосоставных обществах (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"¹. 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"². Френсис Фукуяма указывает, что сильная национальная идентичность способствует физической безопасности, качеству управления, экономическому развитию, расширению круга доверия, эффективной социальной защите, и легитимности власти. К этому можно добавить, что национальная идентичность позволяет вообще обосновать существование государственных границ (пусть исторически случайных, но всё же четко отделяющих одно общество от другого). Короче говоря, формирование общей национальной идентичности может рассматриваться как ответ на поставленную коммунитаристами проблему поддержания солидарности.

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 обычаями³. Действительно ли в таком случае она способна быть сплачивающим 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

¹ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 41.

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

³ 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.

одинаково стремятся спасти своих детей из горящих домов"¹. 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 спланивающим фактором, всегда требуется образ врага, угроза войны или необходимость борьбы за светлое будущее².

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 конституционным патриотизмом. Однако многие полагают, что конституционный патриотизм в сравнении с национализмом является слишком тонкой нитью для скрепления сложных обществ"³. Так, по мнению С. Хантингтона, "политические принципы – слишком хлипкое основание, чтобы на нем строить прочное общество"⁴. В целом, такого рода конституционный (политический) патриотизм подвергается сегодня серьезной критике⁵. Сам Хабермас убежден в эффективности т.н. делиберативной демократии, создающей условия возникновения солидарности в духе конституционного патриотизма⁶. Иными словами, верность конституции, по Хабермасу, должна гарантироваться тем фактом, что граждане в рамках данной конституции совместно вырабатывают общие этические идеалы. Но если так, то проект немецкого мыслителя не сильно далеко ушел от коммуитаристского. Нельзя не отметить, что конституционное либеральное государство, по Хабермасу, хотя и не требует какой-либо религиозной или иной традиции для своей легитимации, и способно черпать чувство гражданственности из своих собственных фондов (социализации граждан в рамках общей политической культуры), но всё же не противостоит «дополитическим источникам» (культуре и этическим воззрениям граждан) и должно

¹ Балакришнан Г. Национальное воображение. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 273.

² Подр. об этом см. там же в разделе "Вооруженная нация".

³ 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.

⁴ Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. М., 2017. С. 549.

⁵ См., напр.: Гранин Ю.Д. Проекты грядущего мирового порядка: между "национальным" и "космополитическим". // Вестник российской академии наук. 2012. Т. 82. № 9. С. 807–813.

⁶ Хабермас Ю. Постнациональная констелляция и будущее демократии. // Логос. №4-5 (39) 2003. С. 121.

быть укоренено в них¹. Соответственно, мы вновь возвращаемся к вопросу о том, достаточно ли, чтобы общая политическая идентичность была укоренена в идее нации, или для этого требуется нечто большее.

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 дискриминацией 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*"². 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)³. Более того, если в том или ином регионе госу-

¹ Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. М., 2011. С. 100-102; Он же. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 222-223.

² 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.

³ 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 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.

дарства большинство или просто значительную часть населения составляют представители другого этноса, нормы международного 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"¹). 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 марке-

Следовательно, при таких обстоятельствах, как мы полагаем, принцип самоопределения и равноправия народов считается соблюденным (ср. с правом на восстание 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 предreshает 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. М. Игнатьев, в частности, утверждает, что следует говорить о праве на коллективное самоопределение, а не о праве этнических групп на самоопределение. Коллективное самоопределение – это способ защиты прав человека, т.е. способ самообороны той или иной группы от насилия и угнетения, и именно этой целью и должен определяться объем данного права. См. Игнатьев М. Указ.соч. С. 47.

¹ 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 допускается 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. N 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.

ров, и имеют отношения к русским не большее, чем к чеченцам, марийцам или татарам. Главная их характеристика – стандартизированность, и эта характеристика обусловлена целью создания общенациональной культуры или, по крайней мере, связана с нею общими факторами.

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"¹. Одновременно по данным ВЦИОМ на 2014 год лозунг "Россия для русских" в целом терял популярность². Таким образом, в публичной плоскости национального государства актуальна именно гражданская, а не этническая идентичность.

Следует согласиться с О. Хёффе, утверждающим, что справедливость предписывает понимание нации, в первую очередь, как *civitas*, граждан, а не *gens*, потомков общих предков, поэтому гражданская нация должна иметь приоритет над нацией происхождения³. Следовательно, 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"⁴. 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

¹ Дробизева Л.М. Идентичность и этнические установки русских в своей и иноэтнической среде // Социологические исследования. 2010. № 12. С. 50-52.

² Россия – общий дом для разных народов. URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=781>

³ Шавеко Н.А. Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хёффе. // Кантовский сборник. 2018. №1. С. 70-71.

⁴ Пономарев А.М. Указ. соч. С. 81.

четко отделена от политической культуры, которую, как следует ожидать, примут все"¹. Ч. Тейлор, отталкиваясь от схожей посылки, правильный путь видит, с одной стороны, в постоянной готовности демократических обществ переосмыслить свою политическую идентичность (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)², 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"³. В некотором смысле это преувеличение, ведь, как мы отметили раньше, титульный этнос имеет преимущество разве что в механизмах сохранения собственного языка (и то в местах компактного проживания этнических меньшинств им должно быть гарантировано взаимодействие с органами власти на своем языке). Но в этнически окрашенных вопросах титульная нация всё же имеет возможность навязывать свою волю остальным. Представляется в этой связи, что именно вовлечение меньшинств в общеполитический дискурс и интеграция их в общую «публичную» культуру, которая будет отлична от «частной» культуры большинства, сможет служить противовесом против радикальных националистических и религиозных течений в современной политике. Всегда должна сохраняться возможность заявить несогласие с общей идентичностью и поставить вопрос о её пересмотре.

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 при-

¹ 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.

² Тэйлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. М., 2002. С. 29, 31, 36.

³ Там же. С. 31.

нудительной ассимиляции до принудительного переселения и этнических чисток; одним из вариантов такой дискриминации является политика навязывания единого образа жизни и одновременного радикального отвержения других образов жизни. Отсюда - сомнительность политики "плавильного котла", которая скорее не вовлекает в политический дискурс, а уничтожает существующие внутри государства миноритарные культуры. Ошибочность такой политики связана не только с нарушением прав человека (в случаях, когда человеку запрещают практиковать собственную культуру или создают препятствия для таких практик) и конфликтогенностью, но и с практическими трудностями. Как пишет Ч. Кукатас, "ассимиляция - процесс двусторонний: новоприбывшие не только ассимилируются, но и сами оказывают воздействие на повседневную жизнь и менталитет принимающего общества"¹. Таким образом, мы должны вовлекать в политический дискурс как можно больше культур (естественно, за исключением тех, которые настаивают на прекращении самого политического дискурса, и отвергают справедливость, в связи с чем маркируются как экстремистские).

Нельзя не согласиться с тем, что "национальное самосознание не является категорией, которая свободно поддается моделированию «сверху»"². 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). Основной 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"³. 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

¹ Кукатас Ч. Теоретические основы мультикультурализма. // URL: http://polit.ru/article/2007/05/27/multiculturalism/#_ftnref4

² Филиппова Е.И. Нации, государства, культуры. // Культурная сложность современных наций / отв. ред. В. А. Тишков, Е. И. Филиппова. М., 2016. С. 32.

³ Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction.// Dissent. Spring, 1991. P. 301.

включен в общественную жизнь¹. 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"². 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 сферой, между модусами денег и власти³. Но в то же время мыслитель признает, что у общественности есть и третья опасность: ее собственная спонтанность и нестабильность.

Из сказанного следует ошибочность не только политики «плавильного котла», но и политики навязывания авторитарной властью каких-либо «традиционных ценностей» (независимо от того, свойственны ли они титульному этносу), без создания реальных механизмов критического обсуждения гражданами этих ценностей. И хотя государственная пропаганда, идеологизированная политики памяти, централизованное продвижение неких «традиционных ценностей», «духовно-нравственных скреп» и т.п. иногда могут обеспечить некоторое единство, такое единство зачастую оказывается слишком поверхностным и обманчивым, ведь оно не основано на осмысленном консенсусе. К тому же, указанные концепты («традиционные ценности», «скрепы», «цивилизационные константы») сегодня, наряду с этнической или религиозной идентичностью, используются недобросовестными политиками для создания образа врага, манипуляции массами и разжигания конфликтов. Конфликты возникают и тогда, когда начинаются притеснения лиц, не согласных с «традиционными ценностями». Все эти сопутствующие злоупотребления скорее уводят нас от справедливости, чем приближают к ней.

В целом, порой (а именно, до тех пор, пока «плавильный котел» действительно способен переплавить все различия, а государственная пропаганда способна внушить людям те или иные ценности, даже если изначально они их не разделяли) такие политические стратегии, как «плавильный котел» и «пропаганда традиционных ценностей» могут

¹ Ibid. P. 302-303.

² Ibid. P. 300.

³ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 126, 134.

обеспечить известное единство. И всё же существует риск конфликтности и создания ещё более сильного раскола в обществе, не говоря уже о ситуациях, когда носители «неправильных» культур и ценностей подвергаются преследованиям (это прямая несправедливость). Поэтому «плави́льный котел» и «традиционные ценности» могут быть оправданы лишь в определенных случаях, как наиболее оптимальные стратегии обеспечения единства, поддерживающего функционирование общества, и то лишь если при этом не используются дискриминационные практики. При этом речь, конечно, идет не о том, что продвигаемые культурно-нравственные устои ценны сами по себе, а лишь о том, что они выступают средством обеспечения необходимого единства общества (иными словами, здесь преимущественно действует логика «ограничения свобод лишь в той мере, в которой это необходимо ради самих свобод»).

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 целом¹. Несмотря на кажущуюся 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. Ф. Фукуяма верно отмечает, что поддержка всё более узких групповых идентичностей в конечном счете «угрожает возможности общения и коллективных действий», и заключает: «Эта дорога в конечном счете приведет к краху и развалу государства»². Одновременно некоторые формы национализма впадают в другую крайность, превознося культуру титульной нации, объявляя все остальные культуры «недружественными» и эксплуатируя «образ врага». В итоге, мы должны заниматься не столько поддержкой выделяемых по всё новым признакам меньшинств или, наоборот, ценностей большинства, сколько пытаться выработать прочные социальные узы, а делать это нужно с вовлечением всех граждан (всех меньшинств), но ориентируясь на сходства, а не на отличия.

¹ См. подр.: Мартыанов В. Строительство политической нации и этнонационализм. // Логос. №2. 2006.

² Фукуяма Ф. Идентичность: стремление к признанию и политика неприятия. М., 2019. С. 205.

Таким образом, обеспечение единого политико-культурного пространства является важной задачей. Однако, во-первых, национальную культуру не следует путать с культурой титульного этноса, во-вторых, национальная культура создается 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 им¹. 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.

Итак, в известный период истории многим государствам в целях обеспечения единства подвластного населения потребовалась политика целенаправленного нациестроительства. Мы, однако, сказали, что современная общегражданская культура («гражданская нация»), 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"², 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. Сказанное демонстрирует, что идея «нации», возможно, не будет обладать достаточными сплачивающими свойствами, если будет сводиться к уважению общих политических институтов или к некоторым формальным признакам (язык, территория, общие проблемы и условия жизни и т.п.). На повестку дня выходит более «сильная» концепция нации, связанная с некоторыми общими представлениями о достойно прожитой жизни или хотя бы с общими рамками для таких представлений у отдельных индивидов (альтернативой которым остается лишь популистское апеллиро-

¹ Kymlicka W., Banting K. Immigration, Multiculturalism, and the Welfare State. // *Ethics & International Affairs*. 2006. № 20 (03). P. 293.

² Фишман Л.Г. Происхождение демократии ("Бог" из военной машины). Екатеринбург, 2011. С. 8.

вание к «образу врага», будь то внешний враг в виде какого-то государства или террористической организации, или внутренний враг в виде различного рода меньшинств со своими особыми способами жизни).

Каковы могут быть отличительные черты общегражданской культуры и в чем состоит их привлекательность (например, при сравнении российской культуры с французской или немецкой)? При ответе на указанный вопрос следует отметить, что 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-организационная, связанная с настоящим (собственные социальные связи и тип хозяйствования, а также пространство политического); 3) идея нации, связанная с будущим и целеполаганием¹. Как видно, спланированными факторами общенациональной культуры могут быть далеко не только и даже не столько исторические и этнические элементы. В конечном счете, важно то, какие способы экономического взаимодействия и какие цели на будущее совместно определяют сограждане, а не то, какова их история или этнические признаки. Не случайно коммунитаристы отвергают либеральный национализм, и настаивают на поддержке государством некоторой единой «концепции блага» (которая также может рассматриваться как характеристика нации). Представляется, что коммунитаризм в большей степени, чем национализм, соответствует гражданскому, а не этническому пониманию нации, и в этом состоит его преимущество (этнические признаки не только конфликтогенны, но и весьма ограничены).

Коммунитаристы критикуют либералов, помимо прочего, за то, что последние не учитывают важность укорененных представлений о справедливости в этических представлениях сообщества; кроме того, по мнению коммунитаристов, либеральный порядок порождает порочных граждан². Однако и сами коммунитаристы, по-видимому, понимают, что какой бы ни была необходимая обществу единая «концепция блага», она должна отвечать идее равного отношения к индивидам (в этом, по сути, заключается базовая идея справедливости), а потому готовы мириться с пороками граждан в той мере, в которой этого требует данная идея.

¹ Пономарев А.М. Указ. соч. С. 87-88.

² Именно на этих тезисах Р. Рорти в первую очередь предлагал сосредоточиться коммунитаристам в спорах с либералами, оставив в стороне дискуссию о "правильной" концепции личности. См.: Rorty R. The Priority of Democracy to Philosophy. // Robert B. Talisse, Scott F. Aikin (eds.). The Pragmatism Reader: From Peirce Through the Present. Princeton, 2011. P. 381-402.

Кроме того, коммунитаристы понимают, что на общенациональном уровне прочный консенсус относительно такой концепции достичь гораздо сложнее, чем на локальных уровнях. Поэтому, по всей видимости, даже в лучшем случае можно говорить лишь о весьма «тонких» концепциях блага, действующих на общенациональном уровне. Одновременно, критикуя слабость «конституционного патриотизма», нельзя забывать, что основное значение для формирования общей идентичности имеет не столько конституция в значении основ социально-политического устройства, сколько опыт принятия коллективных решений в рамках данной конституции, ведь именно совместный опыт, образующийся в результате функционирования конкретной социально-политической системы, создает у людей ощущение общей судьбы. Ценность ответственного политического участия в этой связи становится определяющей, причем особенно она подчеркивается в современной республиканской теории, имеющей тесные связи с коммунитаризмом. Политическое участие ценно не просто потому, что выработанные совместно (в рамках демократического процесса) общие ценности являются более прочными по сравнению с теми, которые навязываются государством, но и потому, что даже если никакие общие ценности не выработаны, совместное политическое действие имеет сплачивающий эффект, постоянно воспроизводя гражданскую нацию.

Мультикультурализм. Выяснив потребность в создании общенациональной (гражданской, политической) культуры, мы должны ответить на вопрос о том, какими правами в ее рамках будут наделены этнокультурные группы. Отвергнутая нами выше идея "плавильного котла" состоит в том, что общая культура формируется путем смешения (по сути, уничтожения) этносов. Противоположная ей идея мультикультурализма отстаивает необходимость поддержки и развития этнического разнообразия. Рассмотрим подробнее ее ценностные основания.

Мультикультурализм как государственная политика известен с глубокой древности (например, империя Ахеменидов), и сегодня его придерживается целый ряд стран (например, Канада и Австралия). Наиболее известными политическими теоретиками, придерживающимися мультикультурных взглядов, можно назвать У. Кимлику и Б. Пареха. По нашему мнению, мультикультурализм, по крайней мере в его наиболее последовательных («жестких») формах, можно кратко обозначить как теоретический взгляд, согласно которому, во-первых, с культурным разнообразием не следует бороться, во-вторых, такое разнообразие следует не просто защищать, но также и стимулировать, обеспечивая развитие существующих и появление новых культур.

Защитники мультикультурализма аргументируют свою позицию, как правило, ссылками на толерантность, равноправие культур, самоценность культурного многообразия. Вместе с тем, с каждым из этих доводов возникают проблемы.

1. Для начала обратим внимание на относительность ценности толерантности. Очевидно, что любая толерантность имеет свои границы. Например, мы не должны относиться толерантно к экстремистским воззрениям и практикам. В контексте мультикультурализма проблема, в частности, состоит в том, что сами по себе границы толерантности означают наличие некоей общей политической (гражданской) культуры, которая неизбежно «навязывается» этническим и иным сообществам и преобразует их собственные культуры. Вот почему доведенная до абсурда толерантность расценивается некоторыми учеными как размывающая сложившиеся устои и идентичности, и тем самым угрожающая социальной стабильности¹. Надо сказать, что сами мультикультуралисты зачастую не абсолютизируют толерантность и признают значимость общей культуры, однако полагают, что нациестроительство должно сводиться к институциональной и языковой интеграции². В этом случае, казалось бы, дебаты между мультикультуралистами и их противниками строятся лишь вокруг эмпирических данных, а не ценностей. Однако нормативные проблемы вновь возникают, если мы задаемся вопросом о том, каковы допустимые цели защиты общей культуры. Обычно здесь указывается на необходимость обеспечения стабильности правопорядка и эффективности управления, однако встречаются отсылки к другим ценностям, таким как свобода, мораль и нравственность. Таким образом, споры об эмпирических последствиях той или иной политики не отменяют споров о ценностях, также накладывающих ограничения на толерантное отношение к тем или иным культурам. Так, например, оспаривание прав религиозных меньшинств на негуманный забой скота или на увечие гениталий детей осуществляется вовсе не через апелляцию к общенациональному культурному единству.

2. Прояснения требует и тезис о ценности культурного разнообразия. Так, вряд ли можно согласиться с мнением (Иосеф Раз, Уилл Кимлика), что само существование различных культур необходимо для осмысленного и свободного выбора³, и на этом шатком основании нести

¹ Русских Л.В. Мультикультурализм: интеграция или раскол? // Вестник ЮУрГУ. Серия: Социально-гуманитарные науки. 2013. №1. С. 174.

² Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М., 2010. С. 458.

³ См. полемику в: Кимлика У. Современная политическая философия. М., 2010. С. 429; Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 25-26; Raz J. Multiculturalism: a liberal perspective //

общегосударственные траты на поддержание культур этнических 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 единой культурной группы"¹. Личность при этом не лишена возможности знакомства с другими культурами, которые не окружали ее с самого детства. Соответственно, культурное разнообразие хотя и имеет некоторую ценность, но эту ценность не следует преувеличивать. По всей видимости, следует рассматривать культурное разнообразие как своего рода эволюционное преимущество, способное помочь обществу в поиске путей преодоления различных кризисов. Но если само культурное разнообразие становится источником кризиса, мы имеем обратный эффект.

На наш взгляд, особенно проблематично тезис о самоценности культурного разнообразия выглядит в свете того, что сами носители определенных культур не всегда заинтересованы в сохранении своих культурных особенностей. Действительно, 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 "достаточной потребностью" (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 ру-

Dissent. Winter, 1994. P. 67-79.

¹ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 25-26.

дидент, свойственный скорее низшему классу, пожилым сельским жителям¹. 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 поведение².

Ярким примером здесь могут служить восточно-финские народы, весьма склонные к ассимиляции. До столкновения с русскими в конце XII века многие из них ещё не знали социальной иерархии, военной и политической организации³. 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 народов⁴. 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"⁵. Целый ряд исследователей отмечают, что этнический нигилизм (отрицание ценности своего собственного этноса и его культуры) – настоящий бич восточно-финских народов⁶.

¹ 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.

² Воронков В. Мультикультурализм и деконструкция этнических границ. // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. М., 2002. С. 43.

³ Калинин И.К. Восточно-финские народы в процессе модернизации. М.: Наука, 2000. С. 57.

⁴ Там же. С. 61-62, 64, 72-73, 76, 104-107, 109.

⁵ Там же. С. 87.

⁶ Там же. С. 101, 115-118.

Следует также отметить исследовательские данные, согласно которым многие носители малых языков специально отказываются обучать им своих детей с целью повышения социальной мобильности последних¹. Это связано с тем, что при всем уважении к ним, региональные языки не смогут получить столь же престижного статуса, как общегосударственный язык-медиатор, либо язык международного общения².

Целый ряд исследователей отмечает, что конфликты на этнической почве возникают лишь при обострении классовых противоречий или на фоне экономических и социальных кризисов³. 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 массах⁴. В этих случаях этничность является лишь "камуфляжем" политической борьбы элит. «В условиях упадка идеологий и разрушения наций-государств, - пишет В.С. Мартянов, - этнос и все его производные понятия становятся эффективным конструктивистским мифом, предназначенным для достижения политических, а отнюдь не собственно «этнических» целей»⁵. По мнению данного автора, именно искусственная актуализация, а вовсе не игнорирование этничности, становится причиной конфликтов.

¹ Вахтин Н.Б. Условия языкового сдвига: к описанию современной языковой ситуации на Крайнем Севере. // Вестник молодых ученых. Серия: Филологические науки. 2001. №1. С. 11–16.

² Наумов Ф.В. Модели языковой политики в мультикультурализме // Вестн. Том. гос. ун-та. Культурология и искусствоведение. 2016. №1 (21). С. 26.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Мартянов В.С. Справедливы ли этнонациональные деконструкции современных наций? // Антиномии. 2005. №6. С. 246.

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.)¹. "Этнос с точки зрения конструктивизма - не 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"². Доминирование конструктивистской парадигмы сегодня делает общепризнанным тезис, согласно которому "отношение к этнической идентичности как к само собой разумеющейся естественной данности представляет собой социальный миф"³. В последнее время ученые вообще склонны воспринимать нацию не просто как специально сконструированную, но всё же реальную группу, а как подвижную «семанτικο-метафорическую категорию», коллективно разделяемый образ, которому не соответствует «реально существующая общность»⁴. 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 отстаивается как наиболее продуктивным⁵. 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.

¹ Семенов Ю.В. Православие и язычество в этническом самосознании восточно-финских народов. Дореформенный период (историко-философский аспект). Ижевск-Екатеринбург, 2008. С. 18-20.

² Дробижева Л.М. Этничность в современном обществе. Этнополитика и социальные практики в Российской Федерации. // Мир России. 2001. №2. С. 170.

³ Яркеев А.В. Этническая идентичность в дискурсе социального мифа. Ижевск, 2009. С. 4.

⁴ Тишков В.А. Нация // Большая российская энциклопедия. Том 22. М., 2013. С. 211-213.

⁵ 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.

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 этническому или иному подобному принципу. Обеспечивая эффективную деятельность правоохранительных органов, оно исключит социальную напряженность, связанную со склонностью отдельных представителей этнических меньшинств добиваться своих целей неправовыми 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"?"¹. По мнению некоторых исследователей, не менее обоснованным, чем 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.

¹ Воронков В. Указ. соч. С. 46.

Впрочем, здесь нельзя ударяться и в другую крайность. Так, 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 нейтрализм. 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 возможным рассматривать «мягкий» мультикультурализм в несколько ином 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 особого 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 традиций"¹. С нашей точки зрения, такое «нейтральное отношение» оправдано не всегда. Вообще, в целом, власть должна быть отзывчивой к потребностям социума (если таковые потребности действительно имеются), а не игнорировать их. В любом случае, даже если вместо развития миноритарных культур государство предложит адекватные программы интеграции, это не тождественно пусканию процесса интеграции на самотек под лозунгами «нейтральности».

3. Следует обратить особое внимание на тезис мультикультуралистов о необходимости обеспечения равноправия культур. Как представляется, это весьма слабый тезис. На самом деле решающим доводом против 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

¹ Кукатас Ч. Указ.соч.

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 национализму¹. 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 права². Таким образом, ценность любых групп должна обосновываться для и через индивидов, а не самих по себе. Но это означает, что нет никакой равноценности групп, есть только равноценность индивидов. Точно так же нет никакой равноценности культур, есть только равноценность их носителей.

Мы не оспариваем, в отличие от противников категории «коллективных прав», тот факт, что этносы и им подобные культурные общности могут рассматриваться в качестве субъектов права. По крайней мере, этому нет никаких формальных препятствий, ведь уже сейчас субъектами права являются такие неформальные объединения, как нации, борющиеся за независимость (международное право), общественные движения или народ (конституционное право) и т.д. 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

¹ Walzer M. Pluralism: a political perspective. // Harvard encyclopedia of American ethnic groups. Cambridge, 1980. P. 784, 787.

² Luban D. Group Rights, Group Intentions, and the Value of Groups. // Journal of Genocide Research. 2018. Vol. 20. P. 434-440.

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»¹. На смену этническим культурам давно пришли национальные, этнос и нация – понятия разных исторических эпох². Негативные последствия индустриализации несут все люди, и каждому – и жителю мегаполиса, и оленеводу Крайнего Севера – приходится подстраиваться под новые реалии.

Одновременно следует учесть, что 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 индивидов³. 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. Уолцер⁴, отмечая, что и помощь со стороны групп их членам в трудных жизненных ситуациях тоже может оказаться весьма слабой⁵. 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.

¹ Геллнер Э. Нации и национализм. М., 1991. С. 95.

² Мартянов В.С. Справедливы ли этнонациональные деконструкции современных наций? // Антиномии. 2005. №6. С. 247-248.

³ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 32; Кимлика У. Современная политическая философия. М., 2010. С. 300-301.

⁴ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 104.

⁵ Там же. С. 118-119.

Одним из продуктивных способов мыслить права групп в этом ключе состоит в том, чтобы концентрироваться не на культурных, а на структурных различиях. Так, например, К. Джунг обращает внимание на то, что культурная идентичность может конструироваться как реакция на некоторые структурные (в т.ч. исторически обусловленные) несправедливости. Отсюда, защищая интересы членов той или иной группы, мы не столько поддерживаем их самобытную культуру, сколько признаем тот факт, что сама по себе актуализация групповой идентичности появилась ввиду структурного неравенства между индивидами, поставившего в невыгодное положение образующих данную группу лиц, и пытаемся устранить данное неравенство: нормативный статус требований групп должен устанавливаться в рамках структурной несправедливости, а не культурных различий¹.

Итак, рассмотрев обоснованность концепции мультикультурализма как решения проблемы справедливого урегулирования конфликтов, вызванных культурным, этническим и религиозным многообразием, мы обнаружили, что: 1) толерантность неизбежно имеет свои пределы, устанавливаемые единой для всех культурой, 2) ценность культурного многообразия (в частности, его значимость для личностного роста) не следует преувеличивать, при этом ее нужно соотносить с другими ценностями; 3) равноправными следует считать не культуры, а их носителей, и поскольку права групп производны от прав индивидов, невозможно постулировать неотчуждаемое право каждой культуры на сохранение и развитие.

Отсюда, мы должны искать другие моральные основания поддержания и развития культурного многообразия. Особо остро этот вопрос стоит в связи с тем, что независимо от формы поддержки этнических, религиозных и иных 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 obligation работодателей предоставлять во время рабочего дня своим работникам время для совершения молитв), либо о финансовых потерях, кото-

¹ Jung C. Critical liberalism. // Political Representation. / Ed. by I. Shapiro, S. C. Stokes, E. Jean Wood, A. S. Kirshner. Cambridge, 2009. P. 140-151.

рые вынуждено нести государство, возникают обоснованные контрдоводы экономического характера, связанные с тем, что никто не хочет спонсировать дорогостоящие практики других лиц. Таким образом, одна из проблем мультикультурализма состоит в том, что поддержка культурного разнообразия требует финансовых затрат, а потому всегда происходит за счет пренебрежения какими-то другими целями. 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"¹. Предпринимаемые попытки доказать, что поддержка малочисленных народов не наносит вред политике всеобщего благосостояния, малоубедительны, поскольку соответствующие авторы ссылаются 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 спорна²; при этом очевидно другое: поддержка культурного разнообразия требует расходов бюджета, которые могли бы быть направлены на более значимые цели. Вот почему Ч. Кукатас предлагает различать «жесткий» и «мягкий» мультикультурализм. «Жесткий» утверждает, что "к разнообразию следует не просто относиться толерантно – его нужно укреплять, поощрять и поддерживать", в том числе "финансовыми средствами (при необходимости)"³. «Мягкий» же требует лишь некоторой толерантности по отношению к различным культурам. Как представляется, в идеологии "жесткого" мультикультурализма зачастую "стремление к самобытности оборачивается требованием неоправданных привилегий"⁴. Далее, однако, мы предложим свое собственное понимание «мягкого» варианта мультикультурализма, критериями которого будет выступать не грубый отказ от финансовой поддержки сохранения и развития культур, а руководство определенным, весьма узким набором оснований для осуществления поддержки культур (в том числе финансовой).

¹ Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 52.

² Kymlicka W., Banting K. Op.cit. P. 290-292.

³ Кукатас Ч. Указ.соч.

⁴ Мартыянов В.С. Об условиях возникновения теории справедливости в российской политике. // Полис. №4 (94). 2006. С. 67.

Итак, мы пришли к выводу, что мы должны найти иные моральные основания поддержки культурного разнообразия вместо отсылок к толерантности, равенству культур и самооценности культурного разнообразия. И действительно, существующие международные нормативно-правовые акты¹, а также внутригосударственные нормативно-правовые акты Российской Федерации², направлены не только на сохранение, но и, со всей очевидностью, на создание условий для развития и укрепления этнокультурной самобытности. Сказанное, впрочем, не означает, что данная самобытность должна поощряться именно в рамках мультикультуралистской политики. Ниже мы рассмотрим, как может быть обоснована такая политика на теоретическом уровне, и какое место соответствующие обоснования оставляют собственно мультикультурализму.

1. 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 культуры³. Изменение же бюджетной системы должно соотноситься с целью обеспечения политической стабильности государства. Несмотря на то, что двумя Международными пактами 1966 г. установлено право всех народов свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами, обеспечивая тем самым свое культурное

¹ 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.

² 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).

³ Сагитова Л. Указ.соч. С. 101.

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.

2. 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 народов¹. 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 общую 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 возможностей², но совершенно очевидно, что такое равенство следует обеспечивать не только по этническому признаку, но и

¹ 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).

² 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/31DOC(2008)001

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 избежать 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 власти¹. Конечно, поддержка региональных и локальных особенностей, связанных с преследуемыми концепциями блага, вполне допустима в той мере, в какой это не вредит или даже содействует общенациональной политической стабильности. Но вопрос в том, какова собственная ценность некоторой региональной/локальной сплоченности в рамках уже установленной общенациональной сплоченности, и не подрывает ли первая вторую?

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 культур²: 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 этико-культурной аккультурации³. 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

¹ Холики А., Рахимов Н.Т. Межэтнические отношения в Средней Азии: история и тенденции. // Вестник ТГУПБП. 2013. №3 (55). С. 192.

² 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 гражданства коренным народам (например, русские в Эстонии).

³ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 243.

действительности является политическая стабильность. В этом контексте становится очень популярным понятие интеграции (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 глобализация¹.

3. Помимо вышеизложенного, поддержка в той или иной форме культурной самобытности² 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

¹ 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 явления никак не связаны с миграцией и исходят даже не от коренных российских этносов.

² 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).

аргументом в пользу сохранения этнического многообразия выступает ценность этнических культур как живых исторических памятников. Однако, как верно заметил Ю. Хабермас, принцип консервации невозможно в полной мере перенести на культуру, так как сохранение определенных форм жизни зависит от того, насколько убеждены сами их носители в необходимости сохранения и воспроизводства этих форм¹, в противном случае от культуры останутся лишь памятники.

4. 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 ВТО².) Естественно, все причинно-следственные связи должны проследиваться достаточно четко³. Это, в свою очередь, поднимает вопрос о сроках давности: если они существуют в праве, то, вероятно, у них есть некоторое моральное или прагматическое обоснование, которое следует принимать во внимание, что может стать основанием для отказа в восстановлении «исторической справедливости». В итоге, значение имеет не столько прошлое,

¹ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб., 2008. С. 359.

² Pogge T. World Poverty and Human Rights. // *Ethics & International Affairs*. 2005. Vol. 19. Iss. 1. P. 1-7; Freedom from poverty as a human right. Who owes what to the very poor? / Ed. by T. Pogge. New York, 2007. P. 21, 31.

³ 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.

сколько настоящее. Следует обращать внимание на то, получает ли человек долю социальных благ, соответствующую его добросовестным усилиям (моральным заслугам), и если нет, то пытаться исправить эту ситуацию путём перераспределения прав и обязанностей, а также материальных благ. Вопросы «исторической справедливости» в этом случае отходят на второй план (хотя конечно, в теории точно так же, как наследник отвечает по долгам наследодателя за счет наследственной массы, так и те, кто унаследовал необоснованные преимущества, должны возместить ущерб тем, кто унаследовал соответствующее право требования). 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 приблизительна, 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 перерастать в поблажки при обучении, влияющие на его качество). В-четвертых, позитивная дискриминация не должна нарушать основные права и свободы человека и гражданина¹ (не нарушать некий базовый набор прав, который в данном конкретном обществе мыслится как принадлежащий каждому).

Таким образом, сохранение и развитие культурного многообразия всё же стоит обеспечивать по следующим основаниям (значимость этих оснований всегда условна): 1) относительная ценность культурного многообразия как такового; 2) роль защиты миноритарных и коренных народов, иммигрантов и иных сообществ с уникальной культурой и собственными интересами в обеспечении политической и социальной стабильности государств, мира и безопасности; 3) сохранение исторического и культурного наследия; 4) исправление исторических несправедливостей. Политика, учитывающая указанные основания, и является здоровым вариантом «мягкого» мультикультурализма. Иными словами, "мягкий мультикультурализм" не должен пониматься как безразличие к культурам этнических меньшинств и их естественной ассимиляции. В

¹ См., напр.: Шапиро И. Указ. соч. С. 182. Автор рассматривает этот аспект на примере розловских принципов справедливости с учетом приоритета первого принципа перед вторым.

конечном счете, он оставляет место для их финансовой и иной поддержки по тем или иным причинам. В любом случае отвергаются тезисы о равной ценности культур (в пользу тезиса о равной ценности их носителей) и о самоценности культурного разнообразия (в пользу тезиса об инструментальной ценности такового). По сути, изложенная позиция означает, что мультикультурализм как политика, направленная на сохранение и развитие культурного многообразия, оправдана лишь при определенных обстоятельствах. Соответственно, данная позиция сама по себе не отвергает альтернативных подходов к урегулированию этнокультурных разногласий (и даже предполагает, что они возможны).

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.

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 спланивающим 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". 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)¹. О. Хёффе называет неперенными добродетелями конституционной (просвещенной либеральной) демократии правосознание, чувство справедливости и чувство общности². Таким образом, общегражданская культура заключается в поддержке таких добродетелей, которые способствуют стабильно существующему, своевременно изменяющемуся и справедливому правопорядку. Развитие такой культуры обуславливается тем, что требуется известная лояльность граждан к государству и высокий уровень доверия и привязанности между гражданами для того, чтобы политические институты вообще функционировали. Меры в области культуры могут помочь 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. Кроме того, культуры можно и нужно критиковать, так как существуют авторитарные, нетерпимые, дискриминирующие культуры, нарушающие права человека.

Во-вторых, полная нейтральность государства является уничтожающей себя стратегией даже с точки зрения либерализма. Так, Г. Маркузе активно выступал против лжелейтральности: толерантности по отношению к радикальному злу, к систематическому обольщению равно детей и взрослых с помощью рекламы и пропаганды, бессильной и потворствующей толерантности в отношении расточительности и неприкрытого коммерческого жульничества³. По его мнению, терпимость

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. 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.

² Höffte O. Kritik der Freiheit. Der Grundproblem der Moderne. München, 2015. S. 275, 294.

³ Маркузе Г. Указ.соч. С. 101.

в этих случаях противна свободе, так как исключает саму возможность свободного самоопределения, а значит, искажается смысл терпимости¹. В свою очередь М. Сэндел замечает: "В мире, где все хорошее можно купить или продать, наличие или отсутствие денег устанавливают и различия в правах"². 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 свободе³. 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. Поскольку ограничения необходимы для поддержания либеральных ценностей, то есть чисто инструментально, постольку оно не противоречит либерализму.

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"⁴. Таким образом, современные государства в целях обеспечения известной стабильности формируют общенациональную идентичность, отражающую доминирующие концепции блага и культурные ценности. Речь здесь идёт уже не столько о политике, связанной с приверженностью граждан общим политическим институтам и идеалу справедливости, сколько о политике, связанной с приверженностью граждан иным – культурным – ценностям, что также необходимо и в контексте справедливости, и для создания в рамках коллектива различных благ.

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

¹ Там же. С. 104.

² Сэндел М. Что нельзя купить за деньги? Моральные ограничения свободного рынка. М., 2018. С. 15.

³ Зайцева Т.И. В защиту русского либерализма. // Полис. №1 (91). 2006. С. 175.

⁴ Тейлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. М., 2002. С. 11.

поддержания существующих систем групповых солидарностей, или от разрушения их и замены другими"¹. 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"². 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 любые призывы в этом направлении обречены на политическое поражение.

Таким образом, хотя некоторая общая культурная 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 природе³; из этого следует, что они должны допускать плюрализм внутри и открытость вовне: только тогда будет польза от каждой из них. Вот почему сегодня нацистроительство означает не столько подогревание националистических чувств, ведущее к трайбализму, а как раз противоположное – формирование культуры совместного бытия, атмосферы взаимного доверия и уважения. Отсылки к общему историческому прошлому, общей крови, религии или даже языку здесь не только не обязательны, но могут оказаться даже не уместными. Мы полагаем также, что навязывание государством определенных, пусть даже и «правильных», ценностей может приводить к «атомизации» индивидов и «массовизации» общества, поэтому в целях поддержания единства и сплоченности следует избрать не тактику навязывания обществу ценностей (как бы извне), а тактику поддержания выработанных им самим (изнутри) ценностей; лишь в крайних случаях верно обратное.

¹ Шапиро И. Указ.соч. С. 240.

² Там же. С. 240-241.

³ Канарш Г.Ю. Философские теории мультикультурализма // Знание. Понимание. Умение. 2011. №2. С. 36.

В-четвертых, государство в принципе не может самоустраниться от ценностных вопросов, например в дискуссиях о допустимости однополых браков и абортов не может быть нейтральных позиций¹, 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 нравственности², 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 основаниям, 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) не посягающие на основные права и свободы (принципы свободы и равенства). В этом случае цель такой политики будет уже не в том, чтобы создать условия для внутренней или внешней свободы индивидов, поддержания «гражданской религии» или «сплоченности» нации, а именно в том, чтобы защитить некие культурные практики сами по себе, если таковые не противоречат справедливости и не ущемляют 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 привязанности³.) Несмотря на то,

¹ См., напр.: Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 294-304.

² 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*. Vol. 60. №1. P. 47-69.

³ Аристотель. Политика. М., 2018. С. 40-43.

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 последних лишь разрушает тонкие узы сообществ¹. Другой коммунитарист – 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 индивидов². 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 упадком³. 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 недоверия⁴. 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 групп 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"⁵. 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.

¹ Etzioni A. *The Third Way to a Good Society*. London, 2000. P. 15-40.

² Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 107-108.

³ Хантингтон С. Указ. соч. С. 544-545; Уолцер М. О терпимости. М., 2000. С. 120-122.

⁴ Walzer M. *The idea of civil society: a path to social reconstruction*.// *Dissent*. Spring, 1991. P. 293, 304.

⁵ Актон Лорд. Принцип национального самоопределения. // *Нации и национализм* / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М., 2002. С. 45.

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 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 из них могут создавать (п. 4-5) или прямо создают (п., 6-7) 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 космополитизму¹. Впрочем, нельзя не заметить, что указанные нами выше доводы против "нейтрального государства" включают также и отсылки к универсальным ценностям (п.5). На глобальном уровне эти ценности, помимо прочего, могут быть связаны с заботой об окружающей среде и сохранении ресурсов, с обеспечением международного мира и безопасности и т.д., что представляет собой общий интерес для всех жителей планеты. Следовательно, некоторый вид "мягкого" космополитизма вполне может быть допустим.

М. Нуссбаум, раскрывая историю философию космополитизма, пишет: "Стоики 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, земля-

¹ Нуссбаум М. Патриотизм и космополитизм. // Логос. 2006. №2.

ков, 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 благом¹. 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 жизни²; 2) локальные этнические и иные групповые ценности могут стать инструментом реализации ценностей универсальных (борьбы с неравенством и угнетением)³; 3) космополитизм не должен восприниматься как альтернатива патриотизму, так как они могут и должны сосуществовать⁴; 4) несправедливости могут быть извращением как идеи патриотизма, так и идеи космополитизма⁵. 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 идентич-

¹ Нуссбаум М. Ответ критикам. // Логос. 2006. №2.

² Патнэм Х. Должны ли мы выбирать между патриотизмом и универсальным разумом? // Логос. 2006. №2.

³ Валлерстайн И. Ни патриотизм, ни космополитизм. // Логос. 2006. №2.

⁴ Тэйлор Ч. Почему демократия нуждается в патриотизме. // Логос. 2006. №2.

⁵ Уолцер М. Сферы привязанности. // Логос. 2006. №2.

ность 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. Но сама по себе она не противоречит справедливости, а в современных условиях (по крайней мере, в умеренной форме) очевидно является необходимой во имя торжества глобальной справедливости.

В заключение следует сказать о том, что выше были рассмотрены вопросы формирования космополитической культуры, национальной культуры, а также обращения с культурными различиями внутри национальных государств, однако ответы на данные вопросы сами по себе не определяют моральную обоснованность той или иной политики в области миграции, самоопределения наций, гражданства и государственных границ даже в теории, так как культура не является здесь единственно значимым фактором. Например, право на самоопределение возникает не только лишь в силу наличия обособленной идентичности на определенной территории, но и в силу грубой и массовой дискриминации носителей этой идентичности большинством, а также в силу множества других морально значимых факторов; вопросы миграции также связаны с необходимостью сохранения не только идентичности тех или иных субъектов, но и стабильной экономической и политической системы принимающей страны; формирование космополитической идентичности и конкретные её формы зависят от избранных мировым сообществом стратегий преодоления глобальных проблем и т.д.

§2. Принципы международной справедливости: Кант, Ролз и Устав ООН

Вопрос о том, каковы принципы справедливого общественного устройства, занимал и занимает многих мыслителей. Однако аналогичный вопрос можно поставить и на глобальном уровне. В этом случае он мог бы составлять предмет своего рода «теории международной справедливости» (как раздела теории справедливости в целом) и выглядеть так: каковы принципы справедливого международного устройства?

В рамках данного параграфа нами будет проанализировано три источника, от которых можно отталкиваться в дальнейших нормативных исследованиях этого вопроса, и которые на сегодняшний день являются, пожалуй, наиболее известными. Эти источники следующие: 1) трактат "О вечном мире" (1795) И. Канта, 2) лекция «Право народов»

Дж. Ролза (1993); 3) Устав ООН (1945), а также связанные с ними другие правовые документы (Декларация о принципах международного права 1970 г., Хельсинский заключительный акт СБСЕ 1975 г.), которые также содержат основные принципы международного права (далее - ОПМП).

Таким образом, идея заключается в том, чтобы, с одной стороны, взять существующие ОПМП в качестве кандидатов на роль принципов международной справедливости (в этом случае мы предполагаем нормативную обоснованность данных принципов и, соответственно, заложенного Уставом ООН международного правопорядка), а с другой стороны, рассмотреть две философские системы, которые также предлагают свои принципы международного устройства, за авторством соответственно Канта (1795) и Дж. Ролза (1993), сопоставить их с ОПМП и тем самым проблематизировать нормативную обоснованность последних.

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

Несколько предварительных замечаний. 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. В свою очередь Устав ООН и современное международное право в целом закрепляют основные принципы международного правопорядка (претендующие в том числе и на моральную значимость), при этом предполагается, что для прекращения войн требуется ограничение суверенитета (в том смысле, что независимость государства во внешних делах и его верховенство во внутренних делах ограничивается ОПМП, включая 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"¹. Но решения, связанные с вмешательством в политику суверенных государств, по мнению Хабермаса, должны приниматься не какой-либо сверхдержавой единолично, а коллективно, по результатам всесторонних обсуждений². Ролз, в свою очередь, уже имел перед собой определенный опыт реализации ОПМП, и попытался обосновать их через конструкцию обсуждения в "исходном положении", т.е. некоторой гипотетической ситуации за «занавесом неведения». Иными словами, принципиальное отличие подхода Ролза состоит в том, что он рассматривает свои принципы как принятые не в конкретных исторических условиях, а в абстрактном мыслительном эксперименте. Понятно, однако, что в этом мыслительном эксперименте должен учитываться весь накопленный человеческий опыт, но в «обезличенной» форме.

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 ОПМП, имела совершенно тот же посыл. И статьи договора о "вечном мире", и ОПМП сформулированы абстрактно, но исходят из конкретных исторических условий.

В результате Кант приходит к следующим статьям³.

Во-первых, это шесть "предварительных статей", которые должны быть исполнены для того, чтобы был установлен мир, и появилась возможность договариваться об обеспечении «вечного» характера этого мира:

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 должны со временем полностью исчезнуть.

¹ Хабермас Ю. Спор о прошлом и будущем международного права. Переход от национального к постнациональному контексту. // Вопросы философии. №3. 2004. С. 14, 17.

² Там же. С. 18.

³ Кант И. К вечному миру. // Кант И. Соч. в 8 т. Т. 7. М., 1994. С. 6-26.

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, отравителей, нарушение условий капитуляции, подстрекательство к измене 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.

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 государственного суверенитета (впрочем, по мнению некоторых исследователей, аналоги в Уставе ООН у нее отсутствуют, а гл. 12 Устава ООН даже противоречит ей¹), в то время как равенство государств (всё же, сегодня мы имеем принцип, объединяющий вместе суверенитет и равенство государств!) нигде философом не выражено, а только предполагается как само собой разумеющееся.

В свою очередь самоопределение народов у Канта невозможно вне идеи государства, поэтому оно есть лишь предпосылка договора о вечном мире, а не само его требование² (как и впоследствии у Ролза). И Кант и Ролз ставили вопрос о том, к каким принципам должны прийти уже самоопределившиеся народы, поэтому сам по себе вопрос самоопределения остался у них почти не рассмотренным. Некоторые места в трактате Канта позволяют заключить, что право на самоопределение он отвергает. Философ, в частности, указывает, что если вдруг государство распалось на две части (фактически речь идет о том, что внутри государства самоопределился какой-то новый народ), то другие государства

¹ Monazahian D. Vergleich der UNO-Charta mit Immanuel Kant's "Zum ewigen Frieden" und John Rawls "Das Recht der Völker". Hamburg, 2008. S. 66

² 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.

имеют право вмешаться, чтобы восстановить статус-кво¹. Но и современное международное право также исходит из того, что право на самоопределение народов не должно трактоваться как нарушающее принцип территориальной целостности (см. Декларацию о принципах международного права 1970 г.). Поэтому корректнее говорить, что Кант практически не касался вопроса о праве народов на самоопределение, а не что он это право отрицал.

Предв. ст. 5 у Канта тождественна принципу невмешательства во внутренние дела государств, хотя философ, как мы указали ранее, допускал вмешательство во внутренние дела другого государства с целью предотвратить нарушение его территориальной целостности². Современное международное право не допускает подобного вмешательства³. При этом Кант, по всей видимости, отвергнул бы современное понятие "гуманитарных интервенций"⁴, поскольку исходил из доктрины абсолютного, а не относительного суверенитета. Таким образом, основания для исключений из принципа невмешательства у Канта совсем не те, что предусматривает нынешний международный правопорядок.

Обе названные статьи (т.е. предв.ст.ст. 2, 5), как представляется, логически предполагают территориальную целостность и нерушимость границ, хотя эти принципы также Кантом не названы.

Следует отметить также ряд частично совпадающих принципов.

Так, 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

¹ Кант И. К вечному миру. // Соч. в 8 т. Т. 7. М., 1994. С. 10.

² Речь идет о следующем пассаже у Канта относительно принципа невмешательства: «Сюда, правда, нельзя отнести тот случай, когда государство вследствие внутренних неурядиц распалось на две части, каждая из которых представляет собой отдельное государство, претендующее на полную самостоятельность; если одному из них будет оказана помощь посторонним государством, то это нельзя рассматривать как вмешательство в политическое устройство другого (иначе возникла бы анархия). Но до тех пор пока этот внутренний спор не решен, вмешательство посторонних держав означает нарушение прав независимого народа, борющегося лишь со своей внутренней болезнью».

³ Толстых В.Л. Три идеи самоопределения в международном праве. // Евразийский юридический журнал. №9 (76). 2014. С. 70-72.

⁴ Йорг А., Хазе К. Указ.соч. С. 47, 49.

уже высказывал идею, что республики склонны объединяться в федерацию ради общей безопасности¹). Впрочем, уже во времена Канта надежды на миролюбивость республик таяли на глазах. Так или иначе, требование республики, с одной стороны, более строгое, чем современные ОПМП, допускающие различные формы правления, если они защищают права человека, с другой стороны, это требование не учитывало еще социально-экономических и культурных 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)².

В свою очередь 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. Здесь надо сказать, что Кант и Ролз в рубрике ОПМП говорят о правилах ведения войны, то есть о международном гуманитарном праве, в то время как Устав ООН не возводит такие правила в статус основных принципов. Но если сегодня принципы *jus ad bellum* имеют статус ОПМП, то почему такой же статус не могут получить принципы *jus in bello*? Так или иначе, отметим, что в целом кантовская 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, уважение прав человека, обязанность международного сотрудничества и обязанность соблюдения договоров у Канта фактически не представлены. Его статьи представляют собой скорее

¹ Монтескье Ш.-Л. Указ.соч. С. 116-117.

² Исследователи также находят связь оконч. ст. 3 со ст. 55 Устава ООН. Monazahian D. Op. cit.. S. 68.

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 этики¹).

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 оружия массового поражения.

Предв. ст. 1 сходна с принципом мирного разрешения споров.

В целом же следует признать, что такие ОПМП, как неприменение силы и 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 ОПМП. Высказываются предположения, что с учетом современных реалий первую из этих статей Кант изложил бы иначе, а от второй бы отказался как от бесполезной².

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 меж-

¹ Кант И. Основы метафизики нравственности. СПб., 2007. С. 84-86, 90-92.

² Краузе И. Кант и его время: трактат «к вечному миру» на фоне французской революции и последующих войн // Кантовский сборник. 2013. №1. С. 43.

дународного права (международное сотрудничество, соблюдение договоров, неприменение силы и угрозы силой, мирное разрешение споров) 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. В целом, принцип уважения прав человека у Канта не фигурирует.

Одновременно некоторые требования кантовского "вечного мира" (отказ от постоянных армий, установление республиканской формы правления, и ограничения на государственные долги) более строгие, чем современное международное право¹.

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"².

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 свобод³.

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,

¹ Более строгой, чем ОПМП, является и предв. ст. 6, но она содержится в идее международного гуманитарного права, представленного в иных международных правовых нормах.

² Ролз Дж. Право народов (лекция). // Вопросы философии. №9. 2010. С. 79, 98.

³ Там же. С. 84.

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 групп¹.

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 подобно)"². 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

¹ Там же. С. 79, 89.

² Там же. С. 89-90, 93. Ролз, например, допускает привилегированное положение в обществе одной из религий, но не допускает преследование других религий.

они представляют"¹. Они, тем не менее, знают, что они являются либеральными или иерархическими (весьма спорная, на наш взгляд, предположка).

В результате, по мнению Ролза, данные представители придут к следующему (не исчерпывающему) перечню принципов²:

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.

Следует отметить, что 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. Погге³). Однако для целей нашего исследования мы предположим, что в условиях описанного Ролзом «исходного положения» стороны выбрали бы именно такие принципы, которые указал Ролз.

Сопоставляя данные принципы с ОПМП, 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 "завесе неведения", а в конкретных исторических обстоятельствах, и более того – в связи с этими обстоятельствами.

В-третьих, ОПМП, по всей видимости, вытекают из определенной всеобъемлющей доктрины, поскольку в Уставе ООН подчеркивается,

¹ Там же. С. 85.

² Там же. С. 86.

³ Pogge T. An Egalitarian Law of Peoples. // Philosophy and Public Affairs. 1994. Vol. 23. №3. P. 195-224.

например, достоинство и ценность человеческой личности, а также необходимость содействовать экономическому и социальному прогрессу народов и улучшению условий жизни при большей свободе. Отсюда, хотя ОПМП и распространяются на большее количество субъектов, но конкретным умозрением и фактической волей этих субъектов уже не связаны.

Проводя более конкретный анализ, легко установить, что несмотря на то, что сформулированных Ролзом принципов всего семь, фактически их формулировки включают практически все ОПМП (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 основных принципа международного права: 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 понятия¹). Но в целом мы видим здесь практически полное сходство идей.

В свою очередь, четыре других основных принципа международного права 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 вытекают 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 воплощен, в частности, в ст. 51 Устава ООН в виде права на индивидуальную и коллективную самооборону).

¹ Потапова О.В. "Право народов" Джона Ролза и концепция справедливости в международных отношениях. // Вопросы философии. №9. 2010. С. 75.

Однако другие ОПМП, 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 сотрудничество является только по отношению к "обремененным обществам" (т.е. обществам которые в силу различных причин - исторических, экономических и социальных - не могут достичь уровня стабильных правопорядков) которым Ролз предлагает оказывать всяческую ненасильственную поддержку (не обязательно финансовую) 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)¹, 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 институты нарушают права человека для определенных меньшинств, живущих среди его граждан" (в исключительных случаях Ролз оправдывает гуманитарную интервенцию)².

¹ Monazahian D. Op. cit.. S. 72.

² Ролз Дж. Право народов (лекция). // Вопросы философии. №9. 2010. С. 86.

Существует также особенность, связанная с тем, что в свои семь принципов Ролз смог уместить один, который не содержится даже в десяти основных принципах международного права. 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 ООН¹).

Выводы. Вышеприведенный анализ показывает, что представления о справедливых принципах международного взаимодействия весьма схожи для эпохи Просвещения и для сегодняшнего дня. Вместе с тем, он вскрывает возможность различных перспектив. В первую очередь, принципы международного порядка будут отличаться в зависимости от того, ставим мы вопрос только о прекращении войн (Кант) или о справедливых взаимоотношениях в целом (Ролз). Кроме того, эти принципы будут зависеть от того, как мы определяем субъектов соответствующих отношений и обстоятельства, применительно к которым формулируются принципы. Например, будут эти принципы распространяться только на самоопределившиеся нации или также предусматривать условия права на самоопределение, будут они касаться только государств, минимально уважающих права человека, или также «государств-изгоев», будет мирное сосуществование рассматриваться как цель, ради которой формулируются данные принципы, или как условие, определяющее предмет регулирования, охватываемый этими принципами, и, наконец, будут принципы применяться в основном к государствам или же допускать формирование надгосударственных институтов (действительно, создание в будущем "мировой республики" или иного политического объединения, необходимость в котором вызвана глобальными потребностями и проблемами, может изменить и саму постановку проблемы). Все это показывает, что споры возможны не только относительно содержания тех или иных принципов, но и относительно предмета регулирования. С нашей точки зрения, вопросы справедливости касаются самых различных ситуаций, поэтому теория международной справедливости не должна быть ограничена ни проблемой прекращения войн, ни субъектным составом (например, только либеральными и иерархическими обществами, или только самоопределившимися нациями, или только государствами).

В заключение отметим, что, как представляется, одним из методов выработки принципов международной справедливости может стать

¹ Monazahian D. Op. cit.. Ibid.

ролзовская идея "исходного положения". Поскольку Ролза часто упрекали в том, что "исходное положение" у него вторично по отношению к методу "рефлексивного равновесия" (уравновешивания своих и чужих моральных интуиций в ходе размышлений и дискуссий)¹, постольку и этот метод также может считаться базой для выработки принципов международного права. Вместе с тем, мы не должны забывать, что за государствами-нациями всегда стоят люди, а потому равноправие государств-наций обуславливается равной ценностью индивидов. Вот почему, как мы полагаем, сторонами в «исходном положении», пытающимися с помощью рефлексии найти равновесие между принципами международной справедливости и своими моральными интуициями, должны мыслиться индивиды как таковые, а не представители государств-наций. Это, в свою очередь, может открыть перспективу, которая выходит за пределы как идеи вечного мира Канта, так и права народов Ролза, и одновременно позволяет критически осмыслить ОПМП.

¹ 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.

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 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 enim silent leges*). Помимо вышеуказанных двух частей теории справедливой войны, многие ученые поднимают ряд проблем, которые можно отнести к *jus post bellum* (право после войны).

В данной главе не будут излагаться основные принципы теории справедливой войны, выработанные в каждой из её частей, предприниматься попытки их критиковать и переформулировать, не будут предлагаться собственные принципы справедливой войны. Всё это сделано автором настоящей монографии в другой работе – «Принципы справедливой войны»¹. Там же доказывается необоснованность деления теории справедливой войны на *jus ad bellum* и *jus in bello*, равно как и выделения в её рамках особого раздела *jus post bellum*. Содержание данной главы – это скорее дополнение к вышеуказанной работе: рассмотрение теории справедливой войны в актуальных на сегодняшний день контекстах.

С точки зрения общего идеала справедливости теория справедливой войны, по нашему мнению, имеет своей главной целью восстановление, или точнее, установление 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, к чему мы уже стремились до возникновения нарушения. Но здесь важно иметь в виду, что война не должна отождествляться с наказанием, ведь прекращение длящегося преступления – это не то же самое, что

¹ См.: Шавеко Н.А. Принципы справедливой войны. М.: Инфра-М, 2024.

наказание преступника, а лишь условие для него. Поэтому в части аналогий с внутригосударственным законодательством более правильной представляется аналогия, проводимая между войной и институтом необходимой обороны, мерами уголовно-процессуального принуждения или государственного принуждения в целом. Вопросы юридической ответственности возникают только на стадии *post bellum*, сама же война является способом пресечь преступление, а не привлечь преступника к ответственности.

Кроме того, важно понимать, что посредством справедливой войны защищается не только справедливость как таковая, но и вообще любое благо, принадлежащее субъекту на справедливых основаниях: защита справедливости осуществляется именно посредством защиты этих конкретных благ.

§1. Принципы справедливой войны в различных философских традициях

Начиная с 1970-х гг. XX века – в первую очередь благодаря выходу книги М. Уолцера "Справедливые и несправедливые войны" (1977)¹ – на Западе произошло своего рода второе рождение теории справедливой войны: количество академических работ по данной теме увеличилось на много порядков. В России, однако, этой теории до сих пор практически не уделяется внимания (не считая двух монографических исследований А.Д. Куманькова²). Одновременно ряд причин политического характера актуализируют для нас изучение незападных традиций философствования о справедливых и несправедливых войнах. И действительно, всесторонний анализ истории учений в области военной этики подразумевает учет как западных, так и не западных традиций. И поскольку ни одна из них в отечественной науке должным образом не исследована, представляется необходимым уделить внимание каждой из них.

Исходя из вышеизложенного, настоящий параграф будет посвящен сравнительному анализу западной и иных традиций в философии справедливой войны. Мы рассмотрим каждую из них по порядку, акцентируя внимание сначала на сходствах, а далее – на различиях. Будет доказываться, что – по крайней мере, на сегодняшний момент – незападные традиции, как правило, не вступают в кардинальное противоречие

¹ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006.

² Куманьков А.Д. Современные классики теории справедливой войны: М. Уолцер, Н. Фоушин, Б. Оренд, Дж. Макмахан. СПб., 2019; Куманьков А.Д. Война в XXI веке. М, 2020

с западной (речь может идти разве что о различной расстановке акцентов), что, однако, не означает возможность закрывать глаза на существующие различия и не придавать им никакого значения.

Предварительно же отметим, что в XX веке через основные принципы международного права и концепцию прав человека была сделана попытка универсализировать дискурс справедливой войны. Однако сегодня, когда Организация Объединенных Наций переживает тяжелый кризис, когда происходит перестройка международного порядка, когда войны вспыхивают в различных частях земного шара, набирают популярность попытки – на наш взгляд совершенно безответственные – отвергнуть концепцию прав человека как «западный конструкт», а также решать геополитические задачи без учета мнения международного сообщества и с нарушением международных правовых документов. В этой ситуации создаются условия для возрождения каждым государством собственных традиций философствования (или тех, которые эти государства считают «своими» в рамках продвижения национального мифа). В этой связи, как представляется, особую актуальность приобретает именно сравнительный анализ различных традиций, который и будет осуществлен ниже.

Теория справедливой войны

Под теорией справедливой войны понимается не какая-то единая система взглядов, а лишь традиция философствования о справедливых и несправедливых войнах. Единственный признак, объединяющих мыслителей, которые принадлежат к указанной традиции, состоит в убеждении, что войны бывают справедливые и несправедливые. При этом данная традиция, безусловно, является западной. Некоторые видят её истоки в творчестве Аристотеля, другие – у Цицерона. Но по-настоящему цельная теория была разработана уже христианскими мыслителями, такими как святой Августин и Фома Аквинский. Если говорить о Новом Времени, то наиболее известным автором является Гуго Гроций, в XVII веке написавший знаменитый фундаментальный трактат «О войне и мире».

Впоследствии на какое-то время теория справедливой войны утратила популярность, поскольку более популярным стало восприятие войн через концепцию «реальной политики», а не с точки зрения моральных идеалов. Но ужасы двух мировых войн вновь привели к возрождению давней традиции.

Из сказанного видно, что теория справедливой войны – это не просто западная, но и во многом христианская традиция (пусть и обмирщенная к настоящему времени). Действительно, такие официальные

документы, как Катехизис Католической Церкви или Компендиум социальной доктрины Католической Церкви, раскрывая позицию Католической Церкви по вопросам войны и мира, по сути воспроизводят основные наработки теории справедливой войны, считая эту теорию частью своей собственной католической традиции. Более того, Основы социальной концепции Русской Православной Церкви также содержат не критичные отсылки к западной теории справедливой войны¹.

В рамках рассматриваемой теории на протяжении веков был выработан ряд принципов, соблюдение которых позволяет говорить о том, что война начата справедливо и ведется допустимыми средствами. Понятно, что у каждого мыслителя перечень этих принципов свой, но, на наш взгляд, можно выделить ряд ключевых принципов, характеризующих эту традицию в целом, а именно:

1. Принцип правого дела (справедливой причины): войну можно начинать и продолжать только если есть надлежащая причина. В настоящее время на Западе дискуссии о надлежащей причине войны вращаются вокруг понятий самообороны, гуманитарных интервенций и защиты прав человека.

2. Принцип соразмерности: ожидаемые выгоды от войны или конкретной военной операции должны перевешивать возможный ущерб от нее. Нередко называется также принцип вероятности успеха, однако

¹ В последние годы на волне «цивилизационной» риторики и отрицания западных ценностей предпринимаются попытки сформулировать особенности военной этики в странах православной культуры. В этом отношении следует отметить, что придание ключевого значения религии, безусловно, позволяет выявить особую – православную – традицию военной этики, в которой формально признаются выработанные в рамках общей христианской традиции принципы справедливой войны, однако совершенно иначе расставляются акценты. Так, война оправдывается уже не столько секулярными ценностями, сколько отсылками к Божьему промыслу, призывами к служению Богу, защиты «истинной» православной веры и т.п. Особенность православной традиции можно увидеть в том, что в ней война – будучи источником и варварства, и героизма – рассматривается как феномен, способный преобразовать человеческие души и проверять крепость приверженности тем или иным ценностям, то есть воспринимается как испытание, выпавшее на долю народов и отдельных людей. Таким образом, акцент делается не на правилах, а на добродетелях, причем именно в контексте загробной жизни. Другое дело, что распространенность соответствующих этических позиций напрямую зависит от укорененности религиозного мировоззрения среди граждан России и других стран, в чем могут возникнуть сомнения. Что касается правил, то здесь, например, отмечается такая особенность концепции «христоловливового воинства», как «акцент на ключевой роли государя и государства в нравственном выборе на войне, который делает православный воин. Верность государю практически равноценна верности Богу. Поэтому выполнение приказа на войне, даже требующего совершения греховного акта причинения насилия или смерти, является допустимым, так как такова воля государя, наместника Бога на Земле». См.: Этика войны в странах православной культуры. СПб.: Владимир Даль, 2022. С. 75.

его моральная ценность, по всей видимости, вполне выражена через принцип соразмерности и другие принципы.

3. Принцип крайнего средства (необходимости): применение вооруженных сил допустимо только в том случае, если достижение правого дела невооруженными средствами явно невозможно.

4. Принцип легитимности: только легитимная власть вправе развязывать и вести войну (впрочем, в такой формулировке мы склонны ставить данный принцип под сомнение).

5. Принцип дискриминации (различения): допустимыми целями в ходе войны могут быть только военные объекты, а не мирное население и не мирная инфраструктура противника.

6. Принцип добрых намерений: применение вооруженных сил должно иметь в своей основе добрые намерения.

Еврейская традиция

Как для христианской, так и для еврейской традиции свойственна ценность мира, и целью любой войны считается мир. Причем как у христиан подчеркивается, что мир есть плод правды и любви, так и ивритское слово «шалом» не сводится к значению «отсутствия войны», а означает мир как гармоничное развитие, совершенство и процветание.

Точно так же, как в западной традиции, еврейская традиция рассматривает войну как крайнее средство, и требует минимизировать насилие и жестокость при борьбе со злом¹.

Понятно, что есть и отличия, однако в последнее время они преодолеваются.

Например, в западной традиции долгое время справедливым считалось начинать войну с целью распространения христианской религии, о чем свидетельствуют средневековые крестовые походы. В свою очередь еврейской традиции такая цель войны, как распространение веры, по всей видимости, вообще никогда не была свойственна. Однако поскольку сегодня западная культура является светской, и религиозные войны ушли в прошлое, то мы наблюдаем сближение традиций.

Кроме того, в еврейской традиции вообще нельзя говорить о четкой кристаллизации идеи защиты гражданского населения². Однако сегодняшняя Армия обороны Израиля признает доктрину «чистоты оружия», которая запрещает применять оружие против мирного населения

¹ Broyde M.J. Fighting the war and the peace: battlefield ethics, peace talks, treaties and pacifism in the Jewish tradition. // War and its discontents: pacifism and quietism in the Abrahamic traditions. Ed. by Burns J.P. Washington D.C., 1996.

² Walzer M. War and peace in Jewish tradition. // The ethics of war and peace. Religious and secular perspectives. / Ed. by Nardin T. Princeton, 1996. P. 95-114.

и военнопленных. Поэтому мы вновь видим сближение традиций. Другое дело, что на практике доктрина «чистоты оружия» может нарушаться израильскими властями.

Еврейская философия справедливой войны, надо сказать, не вполне сформирована, поскольку долгое время у евреев не было собственной государственности. Но чем она – наряду с другими традициями – может сослужить пользу Западу, так это своим вниманием к воинским добродетелям. К сожалению, на Западе довольно редко дискуссии о том, какими моральными качествами должны обладать политики и военные. Между тем, в других традициях осмысления справедливых и несправедливых войн добродетели занимают далеко не последнее место (например, в еврейской традиции важное значение получила добродетель бесстрашия).

Общий вывод, как представляется, таков: еврейская и христианская традиции философствования о справедливых и несправедливых войнах не содержат кардинальных отличий. Те несущественные отличия, которые существуют до сих пор, свидетельствуют скорее о различной расстановке акцентов.

Индийские (дхармические) религиозные традиции

Если сравнивать западную и индийскую традицию, то сходства состоят в следующем. В древнеиндийской традиции дхарма-юддха («праведной войны»), наибольшее выражение получившей в эпосе Махабхарата, важное место занимает умеренность при ведении войны (в частности, в указанном эпосе указывается на недопустимость убийства тех, кто желает сдаться, а также убийства слона противника, не представляющего прямой угрозы, говорится также о недопустимости использования зазубренных и отравленных стрел как причиняющих излишние страдания). Здесь можно провести параллели с принципами крайнего средства и необходимости, и, вероятно, принципом соразмерности, существующими в западной традиции. Кроме того Махабхарата запрещает убивать человека или лошадь, не участвующие в войне, а также посягать на плененных, безоружных или находящихся без сознания воинов. Здесь напрашивается аналогия с принципом различения, обсуждаемым в западной литературе. Причем в европейской мысли разграничение «законных» и «незаконных» целей военной атаки получило развитие только в Средние Века (напр., защита женщин и детей, запрет на применение неизбирательного оружия - зараженных чумой стрел, запрет нападения на источники продовольствия и т.п.), то есть значительно позже, чем в Индии.

Отдельно следует сконцентрироваться на буддийском взгляде на справедливые войны. В академической литературе на этот счет отмечается следующее: "Многие полагают, что буддисты принципиально против любой войны, в том числе и оборонительной", однако "в противовес популярному мнению, Будда не отрицал или запрещал воинскую службу как профессию или род занятий, в т.ч. и право правителя или правительства на содержание армии для защиты государства и его граждан. Напротив, Будда признавал необходимость армии, а защиту государства и его подданных Будда считал приоритетной задачей правителя государства"¹.

Однако буддизм, по всей видимости, приносит дополнительное содержание в широко признаваемый в различных культурах тезис о допустимости оборонительных войн. Дело в том, что для буддистов основной задачей является освобождение от страстей (т.н. "тришны"), поэтому ключевое значение они придают внутреннему душевному состоянию воинов: сражаться следует не ради собственных интересов, а ради высшей истины. Отсюда, целью войны является противостояние злу, а не самозащита как таковая, ибо стремление защитить свои материальные блага (пусть даже и законно нажитые) также может являться недолжным мотивом и формой стяжательства. И, конечно же, воин не должен испытывать к врагу никакой ненависти и иных разрушающих душу чувств. Таким образом, буддийские требования к намерениям участников войны, как представляется, более строгие, чем те, которые обычно формулируются в рамках современной западной теории справедливой войны, хотя общим является небезразличие к данным намерениям.

Китайские философские течения

Китайская философская традиция многогранна: конфуцианство, легизм, моизм, даосизм, буддизм и другие течения мысли веками соперничали друг с другом.

Рассмотрим сначала конфуцианскую традицию философии справедливой войны.

Сам Конфуций практически не высказывался на эту тему, и его «Беседы и суждения» содержат лишь одну фразу (и то касающуюся не столько войны как взаимодействия двух сил, сколько отношений внутри армии как военной силы), а именно Конфуций заявляет: «Посылать на войну людей необученных – значит предавать»². Общий же смысл изре-

¹ Уланов М.С. Религиозно-философский взгляд буддизма на проблему войны и мира // Вестник КалмГУ. 2015. №4 (28). С. 53, 55.

² Конфуций. Беседы и Суждения. М., 2024. С. 129.

чений Конфуция скорее пацифистский, ведь с точки зрения данного философа добродетельный правитель обладает силой авторитета, а потому не нуждается в применении какой-либо иной силы. Тем не менее, конфуцианское положение, согласно которому правитель должен добиваться своих целей посредством добродетели, а не военной силы, можно трактовать как допустимость применения оружия лишь в самом крайнем случае¹. Поэтому если не считать Конфуция пацифистом, то из его взглядов можно вывести, по меньшей мере, принцип крайнего средства и военной необходимости. Целью же войны, очевидно, должна являться гармония (одно из ключевых понятий не только в конфуцианстве, но и в других направлениях китайской философии).

Большой интерес представляет один из наиболее известных древнекитайских конфуцианских философов - Мэн-цзы (4-3 вв. до н.э.), поскольку проблеме справедливости войн он посвятил достаточно много внимания.

В трудах Мэн-цзы, в частности, можно найти обоснование в качестве правого дела войны, во-первых, самообороны, и, во-вторых, карательных экспедиций, то есть таких военных операций, которые направлены против тиранов, и имеют целью восстановление мира и гуманного правления. Это весьма напоминает взгляды современных западных ученых на гуманитарные интервенции. Причем Мэн-цзы выдвигает ещё ряд критериев для правомерности «карательных экспедиций»: во-первых, легитимность интервентов в глазах местного населения государства, в которую осуществляется вооруженная интервенция, во-вторых, легитимность в глазах «международного сообщества» (соседних китайских княжеств), в-третьих, добродетельность правителей, организующих такую интервенцию (то есть, фактически, легитимность в глазах собственного населения).

В первую очередь отметим, что в западной теории справедливой войны есть принцип добрых намерений, но мало обращается внимание на добродетели. Легитимность же на Западе трактуется как одобренное народом и/или как морально оправданное правление, но соответствующие критерии обычно не ассоциируются с конкретными личностными качествами правителя. В конфуцианской традиции, в свою очередь, ключевое место занимает этика добродетелей: если правитель добродетелен, то он будет действовать справедливо и эффективно, а народ будет ему повиноваться, в то время как попытки обосновать безусловную правильность тех или иных политик и институтов обречены на провал.

¹ Bell D.A. Beyond Liberal Democracy. Political Thinking for an East Asian Context. Princeton, Oxford, 2006. P. 24-35.

Принципиальных противоречий с западной традицией здесь нет, потому что даже взгляд с другой перспективы (а именно с точки зрения добродетелей) может приводить к аналогичным решениям в конкретной ситуации. Тем более, западной философии этика добродетелей также не чужда (Аристотель). Теоретический вопрос о том, лучше или хуже указанный взгляд с точки зрения добродетелей, относится скорее не к прикладной военной этике, а к нормативной этике.

Ещё одно отличие от типичных для западной мысли взглядов состоит в том, что легитимность у Мэн-цзы трактуется тройко: для начала карательной экспедиции важна не только поддержка своего населения, но и поддержка населения, которому данная карательная экспедиция призвана помочь, а также широкая поддержка других государств. Таким образом, здесь конфуцианская традиция может дополнить западную, хотя и на Западе в последнее время высказываются призывы учитывать все три указанных аспекта¹.

Недостатком же философии Мэн-цзы является практически полное игнорирование принципов *jus in bello*. Здесь, наоборот, западная традиция может дополнить конфуцианскую.

Помимо конфуцианства, философия справедливой войны в Китае представлена рядом других направлений.

Так, на протяжении нескольких столетий не менее популярным, чем взгляды Конфуция, было учение философа Мо-цзы. Последний отстаивал принцип "против нападений", осуждая захватнические войны, но при этом допуская как крайнее средство применение оружия для оборонительных и карательных целей, т.е. для восстановления справедливости. В обоснование своей позиции Мо-цзы ссылаясь на то, что в западной литературе называется принципом соразмерности, т.е. указывал на несоразмерные беды, которые влечет за собой война. Но именно потому, что война влечет беды, агрессора нужно остановить, а значит допустимым становится применение оружия в целях обороны себя или других².

Ещё более антимилитаристский характер имеет даосизм. Трактат Дао дэ цзин, провозглашающий т.н. принцип недеяния (у-вэй), содержит высказывания, осуждающие захватнические войны и допускающие войну только как вынужденную меру (§30, 31). Эти высказывания корреспондируют принятым в западной традиции принципам правого дела, крайнего

¹ Heinze E. Waging humanitarian war: the ethics, law, and politics of humanitarian intervention. New York, 2009. P. 111-135.

² См., напр.: Титаренко М.Л. Древнекитайский философ Мо Ди, его школа и учение. М., Наука, 1985. С. 96-99.

средства и военной необходимости. Однако даосизм не предоставляет нам целостного учения о допустимых причинах начала войны, равно как и способах её ведения, поскольку принцип недеяния предполагает отсутствие строгих правил, противопоставляя им естественную спонтанность. Поэтому вопрос о том, что именно считать "вынужденной мерой", остается открытым. Причину забвения Дао в целом и развязывания войн в частности, как и буддисты, Лао-цзы видит в неумных страстях и желаниях. И подобно буддистам, говорит о высоких чувствах любви и скромности как условиях ведения войны (§67). С этим же связано особое понимание в даосизме гармонии: она понимается не только как состояние отношений между людьми, но и состояние отношений человека с природой и с самим собой¹. Одновременно, в отличие от Будды, Лао-цзы делает ряд суждений о военном искусстве (с позиций недеяния)².

В свою очередь главный соперник конфуцианства – легизм – поощряет завоевательную внешнюю политику и агрессивные войны, поскольку именно таковые (а не добродетели правителя), по мнению легистов, ведут к выгоде и укреплению могущества государства, притом что выгода и могущество государства выступают для легистов главными моральными ценностями; отсюда, народу следует прививать любовь к войне³.

Следует отметить, что гораздо более богатой, чем китайская традиция философии справедливой войны, является китайская традиция в области теории военного искусства, воплощенная, в первую очередь, в т.н. «Семи военных канонах» школы военных философов (стратегов), а позднее дополненная рядом других фундаментальных трактатов. Данные трактаты – главным и наиболее известным из которых является "Искусство войны" Сунь-цзы – содержат в основном практические советы, тогда как суждения о справедливости или несправедливости встречаются в них лишь изредка. По этой причине рассматривать их мы здесь не будем⁴. Отметим лишь два момента. Во-первых, отношения между

¹ Орлова Н.А. Дух даосизма и гуманитарная (жэнь-вэнь 人文) этика. Рецензия на: Чэнь Гу-ин. Гуманитарный дух даосизма / пер. С кит. Ян Чуньлэй, А. И. Кобзев, Н. В. Руденко. М.; СПб.: Нестор-история, 2021. - 264 с. // Общество и государство в Китае. 2022. №41-2. С. 264.

² См. подр. Чуев Н.И. Ранние даосы о проблемах войны и мира // Вестник ЧелГУ. 2004. №1; Кочеров О.С. Китайская стратегическая культура и «Дао дэ цзин» // Международные отношения. 2019. № 4.

³ Переломов Л.С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая. М., 1981. С. 150, 154.

⁴ В качестве примера можно перечислить лишь моральные суждения из «Искусства

профессиональными военными, в том числе авторами указанных трактатов по военному искусству, и правящей бюрократией, воспитанной в конфуцианских традициях, а потому уповающей лишь на добродетель и ритуал, очень часто в китайской истории были натянутыми¹. Во-вторых, в современной научной литературе предпринимаются попытки доказать, что авторы Семикнижья мыслили не только прагматически, но и морально: войну они воспринимали как зло, но порой необходимое². Из этого можно сделать вывод, что сердцевину их моральных воззрений составляло то, что в европейской традиции обозначается через принципы крайнего средства и военной необходимости.

Исламская традиция (джихад)

войны» Сунь-цзы. Так, уже в первой главе трактата говорится о необходимости учитывать пять обстоятельств при планировании войны. Эти пять обстоятельств: Путь, Небо, Земля, Полководец и Правила. Некоторые из них (Небо, Земля, Правила) имеют сугубо практический характер, тогда в других (Путь и Полководец) можно попытаться усмотреть моральные оценки. «Путь – это когда добиваются такого положения, при котором народ полностью разделяет намерения правителя и готов умереть с ним заодно и жить с ним заодно». См.: Сунь-цзы. Искусство войны. М., 2024. С. 31-32. Таким образом, войну может начинать только легитимный правитель, поскольку у нелегитимного правителя попросту нет морального права отправлять людей на гибель. Комментарий Ду Му трактует Путь как человечность и справедливость (там же, стр. 33, 67). В свою очередь «Полководец – это мудрость, доверие, человечность, отвага, строгость» (стр. 34). Здесь мы видим акцент на добродетелях, которого явно не хватает западной традиции теории справедливой войны. Причем в комментарии Ван Си эти добродетели приобретают значение также в контексте легитимности полководца (стр. 35). Не только добродетели, но и намерения имеют значения: согласно трактату, нельзя поднимать оружие вследствие гнева и злобы (стр. 179). Сунь-цзы придерживается также принципов крайнего средства и военной необходимости, призывая по возможности сохранять государство, войско и крепости противника в целости, и пытаться покорять их без сражения (глава 3, стр. 50-53), и особое внимание уделяется расчетам, делающим войну соразмерной. По вопросу о причинах, по которым можно начать войну, трактат содержит лишь короткую фразу: «Если опасности нет, не начинай войну» (стр. 178-179), что можно трактовать и как запрет на агрессивную войну, и как принцип крайнего средства. Наконец, Сунь-цзы призывает по-доброму относиться к пленным воинам (стр. 49). На этом, собственно, и заканчивается список суждений из «Искусства войны», в которых можно усмотреть моральную составляющую. Однако даже эти суждения имеют скорее прагматический (меркантильный), а не моральный смысл.

¹ Сойер Р.Д. Искусство войны. 100 неканонических стратегий. М., 2018. С. 16.

² Иванов А.В. Этика справедливой войны в китайском "военном каноне" // Россия и Китай: история и перспективы сотрудничества: материалы VII международной научно-практической конференции, Благовещенск - Хэйхэ, 22–23 мая 2017 года. Том Выпуск 7. Благовещенск-Хэйхэ: Благовещенский государственный педагогический университет, 2017.

Наконец, следует рассмотреть исламскую традицию. Это, конечно, свой собственный мир со своими морально-этическими понятиями, описать который в двух словах вряд ли возможно. Тем не менее, очевидно, что ключевым понятием здесь выступает джихад. В широком смысле данное понятие означает любую борьбу за веру, в узком смысле – вооруженную борьбу. Вообще, одна из главных обязанностей мусульманина – отдавать все силы во имя распространения и торжества ислама. Джихад – это исполнение данной обязанности, включающее борьбу с собственными пороками («джихад сердца») или «великий джихад»), проповедь и наставления («джихад языка»), воспрепятствование чужим грехам («джихад руки»), а также ведение священной войны («джихад меча»)¹. Но в контексте философии справедливой войны нас интересуют моральные основания лишь для вооруженной борьбы (которая в противоположность "великому джихаду" иногда обозначается как «малый джихад»).

Применительно к указанному вопросу можно отметить, что, как и в христианском мире, в исламском мире к сегодняшнему дню доминирующее положение занимает позиция, согласно которой война не может рассматриваться как легитимный способ распространения религиозной веры². При этом наиболее бесспорным основанием для начала вооруженной борьбы считается лишь самозащита, хотя и защита других мусульман также может стать целью праведной войны. В любом случае, не стоит судить об исламе в целом по отдельным проявлениям исламского радикализма: в конце концов, религиозных фанатиков хватает во всех религиях. В действительности, понимание мусульманами справедливых оснований для начала войны в основных положениях весьма схожи с пониманием таковых на Западе (хотя стоит признать, что сам по себе Коран содержит множество призывов убивать неверных). Отметим также, что исламские теоретики определяют мир не просто как отсутствие войн, но и как положение, при котором царит справедливость и имеются условия для гармоничного развития³, что роднит их с многими другими рассмотренными традициями.

Имеется сходство с теорией справедливой войны и в других вопросах *jus ad bellum* (права на войну). Так, например, мусульманские теоретики издревле активно обсуждают вопрос о том, кто уполномочен

¹ Khadduri M. War and Peace in the Law of Islam. Baltimore, 1962. P. 56.

² Al-Dawoody A. The Islamic law of war: justifications and regulations. NY, 2011. P. 78-79.

³ Mirbagheri Farid S. M. War and Peace in Islam: A Critique of Islamic/ist Political Discourses. London, New York. 2012. P. 82-85.

начинать войну, что напоминает ведущиеся на западе дискуссии о принципе легитимности. Специалисты в области ислама также иногда называют соразмерность в качестве принципа, признаваемого мусульманами¹.

Уделяется в исламе внимание и намерениям, с которыми осуществляется джихад. Впрочем, трактовка принципа добрых намерений здесь сугубо религиозная: эти намерения должны быть связаны с исполнением воли Бога, а не жаждой материальных благ и т.п. причинами².

Что касается способов ведения войны, то классическая мусульманская юриспруденция знает принцип различения³, то есть и в этом отношении схожа с европейской. Запрещается, в частности, причинять в ходе войны вред женщинам, детям, старикам и больным. Конечно, мусульманское право знает и исключения из этого принципа (например, некоторые авторы высказывали мнение, что причинение вреда мирному населению допустимо, если иным способом невозможно достичь цели войны, но в целом здесь наблюдается целая палитра различных мнений)⁴. Но поскольку консенсуса относительно исключений из принципа различения нет и в западной теории справедливой войны, говорить о каких-то противоречиях двух традиций не приходится. Тенденция отрицать принцип различения свойственна разве что радикальным исламистам, прибегающим к террористическим методам борьбы (впрочем, у них также есть свои теоретики, апеллирующие к Корану и другим священным текстам). При этом большинство мусульманских теоретиков считают современное международное гуманитарное право соответствующим исламским требованиям⁵.

Наконец, мусульманское право знает принцип необходимости, призывающей избегать ненужных жертв и разрушений⁶, что также роднит его с европейской традицией.

Ключевые различия

Таким образом, между различными традициями философствования о справедливых и несправедливых войнах есть определенные сходства. Но это не значит, что эти традиции тождественны. Представляется

¹ Ibid. P. 133.

² Bonney R. Jihad: From Qu'ran to Bin Laden. London, 2004. P. 34-35.

³ Blankinship Kh.Y. Parity of Muslim and Western Concepts of Just War. // The Muslim World. 2011. №101 (3). P. 416.

⁴ The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought . Ed.by G. Bowering. Princeton, 2013. P. 276-278. Al-Dawoody A. Op.cit. P. 117.

⁵ Just Wars, Holy Wars, and Jihads. / Sohail H.H. (ed.). New York, 2012. P. 14.

⁶ Al-Dawoody A. Op.cit. P. 126-128.

необходимым выделить три сферы, где различные философские традиции могут вступать в противоречие.

Первая сфера – это принцип правого дела, отвечающий на вопрос о том, когда допустимо начинать войны. Действительно, все люди ценят мир, безопасность и порядок. Но во все времена и во всех культурах люди находили и другие ценности, за которые были готовы отдать жизнь. Поэтому справедливые основания начала войны не сводились к случаю самообороны.

В современном западном мире, например, доминирует точка зрения, что войны можно начинать не только в целях самообороны, как это прописано в Уставе ООН, но и в целях защиты прав человека. Самооборона при этом рассматривается лишь как частный случай защиты прав человека (а именно прав своего собственного населения). Но при этом считается, что государство допускается применять вооруженные силы и в случае, когда происходят массовые и грубые нарушения прав человека за пределами его границ. Юридическая доктрина «Обязанность защищать»¹, например, возлагает на всё международное сообщество обязанность противодействовать геноциду, военным преступлениям, этническим чисткам и преступлениям против человечества. Эта доктрина часто критикуется², но она, по крайней мере, предлагает определенный моральный ответ на события типа геноцида в Руанде и Сребренице, и осуждает бездействие международного сообщества в подобных случаях³.

Что касается исламского мира, то для мусульман ситуации, когда им запрещают исповедовать свою религию, преследуют и угнетают их, являются основанием для начала «малого джихада», поскольку применение вооруженных сил в этом случае трактуется либо как самозащита, либо как защита других мусульман. В этом, казалось бы, можно найти сходства с типичными западными воззрениями, поскольку свобода вероисповедания входит в число основных прав человека. Но одновременно с этим война в исламе изначально трактовалась как средство создания безопасных условий для отправления истинной религии, а по-

¹ См. об этой доктрине: <https://www.globalr2p.org/what-is-r2p/>

² Подр. см., напр.: Dunford R., Neu M. Just War And The Responsibility To Protect: A Critique. London. 2019.

³ В современном российском публичном пространстве доминирует критика гуманитарных интервенций, прикрывающихся необходимостью защиты прав человека, как форму империализма, и акцентируется внимание на ценности государственного суверенитета. Впрочем, в российской истории неоднократно имели место военные интервенции, оправдываемые как помощь «братским» (славянским, православным и т.п.) народам и/или «освобождение» последних.

тому это средство могло быть использовано (и фактически использовалось в ходе арабских завоеваний) для свержения чуждых режимов, покорения немусульман и установления надзора за ними (без физического принуждения перейти в ислам)¹. Ограничения на другие религии, налагаемые правителями-мусульманами, рассматривались последними как благо для приверженцев этих религий, как шанс добровольно обратиться к истинной вере². Лишь в эпоху военного доминирования Запада и крушения мусульманских империй эти представления стали пересматриваться, при этом мусульманские страны принимали активное участие в разработке норм международного права, признающих за нациями суверенитет и право на самоопределение. Нормальным состоянием между исламскими и прочими странами стал считаться мир. И всё же, тень прежней традиции и сегодня поднимает ряд непростых вопросов, ведь для мусульманских стран религиозные догматы, а не права человека обладают высшей ценностью, причем во многих странах ислам является государственной религией, а общей целью всех мусульман является повсеместное распространение ислама. Прозелинизм, конечно, свойственен и многим другим религиям, принимая зачастую антигуманные формы. Однако ключевым в человеческой истории являлось противостояние христианской и исламской цивилизаций, причем христианская цивилизация со временем по сути превратилась в секулярную цивилизацию. В итоге, ислам в современном мире занимает особое положение. Дело в том, что если права человека, продвигаемые западным миром подобно новой религии, в своей основе имеют цель обеспечить каждому возможность свободного развития и выбора жизненных приоритетов, то ислам как религия, напротив, предполагает подчинение определенным устоям и следование определенному образу жизни. Отсюда, для исламского мира привычно защищать именно «истинную» веру, но вряд ли мусульмане готовы признать за иноверцами аналогичное моральное право защищать свои собственные верования (ибо эти верования ошибочны!). Теоретически любые действия "неверных" по защите собственных устоев, противоречащих исламу, могут быть расценены как препятствие на пути исполнения мусульманами своей обязанности по распространению истинной веры (исламские фундаменталисты исходят как раз из таких оценок). Не исключено, что лишь принцип суверенного равенства государств, обусловленный текущим балансом сил, предотвращает возможные конфликты.

¹ The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought . Ed.by G. Bowering. Princeton, 2013. P. 274.

² Ibid. P. 275.

В китайской традиции также есть собственные представления о правом деле войны. На практике различия позиции последователей Мэн-цзы и современных западных философов могут состоять в том, что конфуцианцы будут склонны одобрять вмешательство в государства, где народ страдает от голода и лишен элементарных средств к существованию, тогда как западные мыслители будут склонны обращать внимание на нарушения гражданских и политических прав. С одной стороны, оба взгляда могут быть изложены в терминах прав человека, но, с другой стороны, различная расстановка акцентов на тех или иных правах может иметь практические последствия¹.

Наконец, обратимся к еврейской традиции. В ней существует понятие «заповеданных войн» (милхемет мицва), которые предписаны самим Богом, и «разрешённых войн» (милхемет решут); сегодня это различие близко различию между войнами в целях самообороны, и войнами в иных целях. Иными словами, еврейская традиция допускает ведение необоронительных войн, например с целью расширения территории или по экономическим причинам (правда, утверждает, что для этого требуется разрешение Синедриона). Налицо противоречия с действующим международным правом и западной теорией справедливой войны.

Короче говоря, в разных традициях дается разный ответ на вопрос о том, что, кроме самообороны, может стать правым делом войны.

Вторая сфера разногласий касается правильных намерений. Эти разногласия вытекают из различных представлений о правом деле войны. Во всех традициях намерения лиц, применяющих оружие или отдающих приказы о таком применении, должны быть связаны с правым делом. Но если правое дело понимается по-разному, то различными будут и требуемые мотивы!

Кроме того, если философия справедливой войны основывается на некоторой всеобъемлющей доктрине, предписывающей, в том числе, индивидуальный образ и смысл жизни, то и мотивы будут связаны не столько с идеалом внешнего (социального) устройства (который может быть выражен через такие категории, как справедливость, мир, гармония и т.д.), сколько с идеалом внутреннего состояния души (отсутствие "жажды" в буддизме, преданность Богу в исламе и т.д.). Впрочем, если принять во внимание возможность сосуществования в человеческом сознании сразу нескольких мотивов, то требования всеобъемлющих доктрин могут рассматриваться как дополняющие, а не отрицающие западную трактовку принципа добрых намерений.

¹ Bell D.A. China's New Confucianism: Politics and Everyday Life in a Changing Society. Princeton, Oxford, 2008.

Как дополнение, вероятно, можно расценивать и акцент многих западных культур на добродетелях, а не на правилах, и вытекающие отсюда требования к качествам души политиков и участников боевых действий.

Наконец, третья сфера разногласий касается принципа легитимности. В европейской традиции утверждается, что войну вправе объявлять лишь легитимная (законная) власть. В китайской традиции считается, что объявить войну может только император, и притом запрещается ставить под сомнение решение императора о начале войны. В исламской (шиитской) традиции проводится различие между «малым джихадом» (религиозным по своему характеру, и потому требующим решения высшего духовного лица) и оборонительной войной (не требующей такого решения). В еврейской традиции «заповеданная война» не требует согласия Синедриона, а «разрешенная война» - требует. Представляется, что в современных условиях, когда суверенитет государств всё чаще ставится под сомнение, а войны приобретают гибридный, асимметричный и прокси- характер, очень важно определить то моральное значение, которое следует придавать решениям официальных властей государств. И здесь также различные философские традиции могут предлагать различные решения.

В современных условиях новые грани приобретает и вопрос о том, какими средствами должна вестись война. С одной стороны, существуют Женевские конвенции, защищающие гражданское население и объекты мирной инфраструктуры. С другой стороны, возрастает количество вызывающих споры нестандартных ситуаций. Так, в современном мире многие объекты можно квалифицировать как «объекты двойного назначения», и что с ними делать – не всегда понятно. По крайней мере, западная традиция не даст четкого ответа на этот вопрос. К тому же, в современных условиях ясно, что в любой войне неизбежно будет страдать и умирать большое количество гражданского населения, и это порождает новые моральные вызовы. Например, всем известно, что перехваченная системой ПВО ракета может, сбившись с курса, врезаться в жилой дом. Но именно кто в этом виноват? Означает ли это, что ракеты вообще нельзя запускать? Означает ли это, что ракеты вообще нельзя сбивать?

Сегодня в западной литературе по теории справедливой войны активно ведутся дискуссии о том, какая формулировка принципа различения будет более убедительной. В исламской юриспруденции, где правила, подразумеваемые принципом различения, в той или иной форме всегда признавались, также существует длительная традиция обсужде-

ния вопросов допустимости применения неизбирательного оружия, разрушения зданий, в которых укрывается противник, осуществления атаки в отношении гражданских лиц, используемых в качестве «живого щита», и других вопросов, связанных с пренебрежением принципом различия во имя «военной необходимости» и т.п. целей¹. С одной стороны, это показывает возможность плодотворного сотрудничества между традициями и их взаимное обогащение. С другой стороны, это показывает возможность разногласий между традициями.

Резюмируя сказанное, констатируем ещё раз, что относительное невнимание к незападным философским традициям осмысления войн является недостатком современной западной, да и российской академической литературы. Однако нельзя, по нашему глубокому убеждению, впадать и в противоположную крайность, отвергая всё западное как «чуждое», а также релятивизируя принципы справедливой войны (мол – у «них» свои принципы, у «нас» – свои, а правых тут нет). Незападные традиции – это не альтернатива, а дополнение к западной. Современные вызовы глобального мира показывают необходимость не релятивизма, а согласия представителей различных культур относительно универсальных принципов, будь то права человека или что-то иное. Поэтому нужно изучать различные традиции философского осмысления войн, но одновременно нужно понимать, что в современном мире дальнейшее развитие все эти традиции должны получать в рамках общепланетарного дискурса, поскольку в условиях глобализированной экономики, глобальных экологических проблем и существования ядерного оружия мир и безопасность – это сфера интересов всего человечества, а вовсе не то, что может быть отдано на откуп различных культурных традиций.

§2. Моральные вызовы «новых войн»²

Общая характеристика теории справедливой войны и феномена "новых войн"

Теория справедливой войны – одно из направлений в военной этике, представители которого признают тот факт, что войны бывают как справедливые, так и несправедливые. Эта теория имеет давнюю тра-

¹ Al-Dawoody A. Op.cit. P. 117, 126-128.

² Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда №25-78-00001, <https://rscf.ru/project/25-78-00001/>

дицию, которая восходит как минимум к Цицерону, и в последние пятьдесят лет (с момента публикации в 1977 г. книги М. Уолцера "Справедливые и несправедливые войны"¹) развивается наиболее активно.

Характеризуя современное состояние теории справедливой войны, принято различать в ней два раздела: *jus ad bellum* ("право на войну", т.е. раздел, отвечающий на вопрос, когда развязывание войны следует считать справедливым) и *jus in bello* ("право на войне", т.е. раздел, отвечающий на вопрос, какими средствами допустимо вести войну). Иногда в литературе выделяется также *jus post bellum* ("право после войны", т.е. раздел, отвечающий на вопрос о справедливых способах послевоенного урегулирования)², однако такой подход не является общепризнанным³.

В первом разделе относительно устойчивый консенсус среди различных авторов существует в отношении шести моральных принципов: 1) принцип правого дела (должна иметь место справедливая причина для начала войны); 2) принцип соразмерности (предполагаемые выгоды от войны должны быть соразмерны предполагаемым издержкам войны); 3) принцип крайнего средства (к войне можно прибегать только в том случае, если иные способы разрешения конфликта не сработали или явно неадекватны ситуации); 4) принцип добрых намерений (решение о начале войны должно быть обусловлено правильными намерениями); 5) принцип вероятности успеха (нельзя начинать войну, если очевидно, что достигнуть целей войны будет практически нереально); 6) принцип легитимности (войну может начать только законная власть).

Во втором разделе аналогичный консенсус существует относительно двух принципов: 1) принцип дискриминации (атаковать можно только военные объекты, а не мирную инфраструктуру, и только армию противника, а не гражданских лиц); 2) принцип соразмерности (выгоды от конкретной военной операции должны превышать издержки этой операции, и/или – в иной трактовке, известной также как принцип военной необходимости – следует добиваться поставленных целей с минимальными издержками).

¹ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York, 2006.

² Куманьков А. Д. Теория справедливой войны // Большая российская энциклопедия: научно-образовательный портал. URL: <https://bigenc.ru/c/teoriia-spravedlivoi-voiny-c54154/?v=3837865>. Дата публикации: 02.06.2022

³ Шавеко Н.А. Jus post bellum как раздел теории справедливой войны // Вестник Удмуртского университета. Социология. Политология. Международные отношения. 2022. №3.

Таким образом, суждения о справедливости или несправедливости тех или иных войн или отдельных военных операций в рассматриваемой теории принято выносить на основе указанных принципов.

Между тем, на рубеже XX и XXI веков для обозначения изменившихся военных реалий в оборот вошло понятие "новых войн"¹, которое стало противопоставляться понятию конвенциональных (классических) войн. Авторы², подчеркивающие особенности новых войн (называя их также постмодернистскими войнами или войнами четвертого поколения), указывают на следующее. Раньше предполагалось, что войны ведутся между государствами, началу войны предшествует её объявление, ведение войны осуществляется по определенным правилам, а заканчиваются войны подписанием мирного договора. Сегодня же войны ведутся с участием негосударственных субъектов: национально-освободительных движений, повстанцев, террористов, наркокартелей, ЧВК, этнических групп, партизан и т.д. Причем они напоминают скорее не войны, а правоохранительную деятельность, т.е. борьбу государства с преступностью. Отсюда – асимметричность таких конфликтов: одна сторона в них обычно сильная, тогда как другая – слабая. С целью противопоставить что-либо сильной стороне, слабая сторона меняет тактику войны: приходится делать войну «вязкой» и вялотекущей, с эпизодическими обострениями, а также дегуманизировать противника и идеологизировать сопротивление ему. По тем же причинам слабая сторона часто применяет террористические методы и прикрывается гражданским населением как щитом, а также использует тактику смещения с гражданским населением, отказываясь от военной формы и любых опознавательных знаков. В свою очередь сильная сторона – это обычно развитое государство, население которого привыкло к бытовому комфорту, и не горит желанием умирать на войне (настроено "постгероически"), поэтому такое государство склонно использовать в борьбе со своим противником неизбирательное дальнобойное оружие, вместо того, чтобы подвергать своих солдат опасности. Не случайно в новых войнах очень велики потери среди гражданских лиц. Как следует из сказанного, свой вклад в это вносят обе стороны: слабая – террором на чужих территориях и недобросовестным использованием гражданского населения на

¹ Каллдор М. Новые и старые войны: организованное насилие в глобальную эпоху. М., 2015.

² См., напр.: Кревелд М. ван. Трансформация войны. М., 2005; Мюнклер Г. Осколки войны: Эволюция насилия в XX и XXI веках. М., 2018; 4 Lin d W.S., Nightengale K., Schmitt J.F., Sutton J.W., Wilson G.I. The Changing Face of War: Into the Fourth Generation // Marine Corps Gazette. 1989. Vol. 73. No. 10. P. 22-26; Mueller J. The Remnants of War. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004

своих, а сильная сторона – использованием мощного неизбирательного оружия и нежеланием предпринимать дополнительные усилия по разграничению комбатантов и мирного населения на территории боевых действий (а также отказом видеть в своём противнике легального субъекта, на которого распространяются правила ведения войны, установленные Женевскими конвенциями 1949 г.). При этом речь не только о том, что жертв среди мирного населения становится больше, но и о том, что в целом войны приводят к страшным разрушениям и сопровождаются чрезмерным насилием. В итоге война не разрешает конфликт, а порождает новые обиды. Становится неясно, с кем и о чем договариваться. Поэтому «новые» войны могут продолжаться неопределенное количество времени.

Исходя из вышеизложенного, встает следующий вопрос: насколько применима теория справедливой войны к "новым войнам"? С целью получения ответа на данный вопрос в настоящей статье будут проанализированы особенности применения принципов справедливой войны в контексте "новых войн", и те моральные дилеммы, которые при этом порождаются.

Теоретические основы исследования

В настоящее время основной предмет данной статьи получает некоторое внимание исследователей, однако в целом мало разработан.

Отправной точкой для дальнейших рассуждений может служить статья "Две теории справедливой войны", опубликованная в 2006 г. одним из известных западных теоретиков справедливой войны Николасом Фоушином, и переведенная на русский язык в 2016 г.¹ В ней автор пытается доказать, что ведущие войну негосударственные субъекты должны быть освобождены от соблюдения принципов вероятности успеха и легитимности власти, в свою очередь принципы правого дела и крайнего средства подлежат трансформации, открывающей больше возможностей для государств. Кроме того, нельзя не отметить статью "Переосмысляя "справедливую войну"" Джеффа Макмаана, написанную в 2012 г., и переведенную на русский язык в 2019 г.² Данный автор оспаривает традиционную теорию справедливой войны с учетом изменившегося характера войн, и делает это с точки зрения так называемого ревизионистского подхода, в частности выступает против строгого разграничения *jus ad bellum* и *jus in bello*.

¹ Фоушин Н. Две теории справедливой войны // Этическая мысль. 2016. №2.

² Макмаан Дж. Переосмысляя «Справедливую войну» // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).

Представляется, что и позиция Фоушина, и позиция Макмаана являются неудовлетворительным ответом на моральные вызовы "новых войн". Дело в том, что убедительно показывая несостоятельность тех или иных положений традиционной теории справедливой войны, данные авторы не приводят достаточно аргументов в пользу тезиса о том, что эта несостоятельность обусловлена именно новым характером войн.

Обратимся, например, к принципу легитимности. В литературе он понимается двояко. С одной стороны, некоторые трактуют его как принцип законности, а именно: решение о начале войны должны принимать специально уполномоченные законом лица. Но если развязывание войны должно соответствовать закону, то в чем вообще критический потенциал теории справедливой войны? Будучи моральной теорией, она должна как раз критически осмысливать законы! Конечно, существуют моральные доводы в пользу повиновения закону. Но они, скорее, покрываются другими принципами справедливой войны, такими как соразмерность и необходимость. Иными словами, несоблюдение закона, как правило, несоразмерно и не является единственным способом достичь благой цели. Поэтому вряд ли нам вообще нужен какой-то отдельный принцип легитимности, смысл которого в том, что нужно соблюдать закон. С другой стороны, легитимность нередко понимается как одобрение населением. Но и в таком понимании принцип легитимности сомнителен. Рассмотрим два случая. В первом случае безжалостный диктатор и тиран развязал войну против соседнего государства. В другом случае демократически избранное правительство проводит неокOLONиальную империалистическую экспансию в отношении страны третьего мира. Почему в первом случае война должна сама по себе считаться более аморальной, чем во втором? Вряд ли легитимность власти, развязавшей войну, имеет здесь хоть какое-то моральное значение. Так, например, Руандийский патриотический фронт был вправе остановить геноцид в отношении народа тутси в 1994 г. не в силу своей легитимности, а просто потому, что он был единственной силой, желающей и при этом имеющей возможность остановить таковой. Короче говоря, общая идея состоит в том, что принцип легитимности сомнителен не только в контексте "новых войн", но в других контекстах. Это не означает, что легитимность вообще не имеет морального значения. Например, кажется справедливым, что первоочередное право на применение вооруженных сил имеют легитимные власти того сообщества, в рамках которого возникли причины для такого применения; однако нельзя считать, что данное право является абсолютным, и что другие субъекты не могут получить аналогичное право.

То же самое касается и принципа вероятности успеха. По логике Фоушина¹, у слабой стороны шансы изначально не слишком велики, но это не должно означать, что любое сопротивление сильному противнику заведомо несправедливо. С этим утверждением можно согласиться. Однако, опять же, вызвано ли такое согласие изменившимся характером войн? По оценке Х. Сисе, к середине 1940-го года шансы Великобритании победить нацистскую Германию казались незначительными, но Черчилль сделал правильный выбор, отказавшись вести мирные переговоры с Гитлером, и предпочтя сражаться до конца². Если так, то принцип вероятности успеха неприменим даже к войнам между государствами, где отсутствует явная асимметрия, а не только к новым войнам. У. Штейнхофф в похожем контексте приводит в пример сопротивляющийся геноциду народ и утверждает, что даже если такое сопротивление практически бесполезно, мы всё-таки склонны оправдывать решение народа воевать до конца³. В целом, вполне возможны ситуации, когда война оправдана даже в отсутствие разумных шансов на успех. Принцип вероятности успеха избыточен, поскольку связанные с ними моральные интуиции с лихвой покрываются другими принципами справедливой войны. Так, государство, применяющее вооруженную силу в отсутствие разумных шансов на успех, наверняка понесет большие людские и материальные потери. Но если так, то оно нарушит принцип соразмерности. Кроме того, если некоторое действие вряд ли принесет успех, то оно попросту не является необходимым. Следовательно, мы можем отвергнуть принцип вероятности успеха, и ограничиться принципом соразмерности. Такое решение вполне применимо как новым, так и старым войнам.

Наконец, оспаривание Дж. Макмааном разграничения *jus ad bellum* и *jus in bello* также действительно вне контекста новых войн. Рассматриваемый автор полагает, что солдаты страны-агрессора не могут соблюдать принципы соразмерности, необходимости и дискриминации, поскольку осуществляемые ими действия вообще не имеют положительных следствий, не являются необходимыми для достижения справедливой цели, при этом такие солдаты не имеют морального права убивать ни солдат, ни мирных жителей противника⁴. С учетом этого Макмаан считает, что соблюдение принципов *jus in bello* неразрывно связано

¹ Фоушин Н. Указ.соч. С. 177.

² Сисе Х. Справедливая война? О военной мощи, этике и идеалах. М., 2007. С. 100-101.

³ Steinhoff U. On the Ethics of War and Terrorism. NY, 2007. P. 29.

⁴ 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.

с соблюдением принципа правого дела, т.е. *jus ad bellum*. Данная позиция представляется спорной, так как мы, очевидно, нуждаемся в некоторых правилах ведения даже несправедливо начатой войны (хотя бы для того, чтобы действия солдат страны-агрессора не стали еще более несправедливыми). Потребность в этих правилах, в свою очередь, заставляет лишь переосмыслить формулировки некоторых принципов таким образом, чтобы они были применимы даже к солдатам страны-агрессора, но вовсе не является основанием для того, чтобы мазать одной краской любые действия таких солдат. Впрочем, даже если принципы соразмерности, необходимости и дискриминации всё-таки могут быть (вопреки Макмаану) применены к солдатам страны-агрессора, существуют иная причина не разделять *jus ad bellum* и *jus in bello*. Эта причина достаточно очевидна: поскольку и принципы *jus ad bellum*, и принципы *jus in bello* должны применяться как при принятии решения о начале войны в целом, так и при принятии решения о проведении конкретной военной операции, постольку смысл и тех и других принципов един, и состоит в том, чтобы задать критерии оправданного применения вооруженных сил, но если так, то нет никаких причин делить их на две условные группы. Таким образом, Макмаан отчасти прав, отчасти нет. Но дело даже не в том, что его взгляды могут подвергаться критике, а в том, что они – вопреки собственному заявлению данного автора¹ – irrelevantны проблеме новых войн. Так, ревизионизм, которого придерживается Макмаан, действительно связан с переключением фокуса внимания с государств на отдельных индивидов²: с точки зрения ревизионистов, справедливым основанием для применения вооруженных сил является покушение на права человека, а не на суверенитет сообщества (хотя последнее, как правило, предполагает первое). Однако "новые войны" могут рассматриваться разве что как повод, но не как причина такого изменения теории. Иными словами, фактическое размывание государственного суверенитета является лишь необязательным поводом для того, чтобы переосмыслить моральную значимость суверенитета сообщества, и, например, поставить таковой в зависимость от соблюдения тех или иных прав человека. В итоге, принцип правого дела пересматривается не потому, что применительно к "новым войнам" он должен выглядеть иначе, а потому, что он в целом должен быть изменен, в том числе и применительно к классическим войнам. Вопрос же, который мы ставим, другой, а именно: должны ли мы выработать особый перечень

¹ Макмаан Дж. Переосмысляя «Справедливую войну» // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130). С. 143-144.

² Куманьков А.Д. Война в XXI веке. М., 2020. С. 157.

или особые формулировки принципов справедливой войны исключительно в отношении "новых войн"?

Итак, мы видим, что существующие в зарубежной литературе подходы к переосмыслению принципов справедливой войны применительно к "новым войнам" неудовлетворительны.

Среди русскоязычных авторов трансформации теории справедливой войны в современных условиях посвятили научные статьи Б.Н. Кашников¹, А.Д. Куманьков², Л.В. Якушев³, Е.П. Шанченко⁴, Н.И. Сидоренко⁵, Н. Афанасов⁶ и др. Однако многие работы либо описывают текущее состояние теории справедливой войны в обзорном формате, либо рассматривают политический контекст данной теории (не без доли идеологической ангажированности); и в том и в другом случае отсутствуют конкретные предложения по модификации существующих принципов справедливой войны. Более того, сам тезис о том, что "новые войны" порождают потребность в трансформации теории справедливой войны, лишь подразумевается, но почти никак не аргументируется. Таким образом, предмет настоящей статьи недостаточно разработан в отечественной литературе. Тем не менее, в качестве теоретической основы для дальнейшего исследования целесообразно использовать, по крайней мере, тот перечень признаков "новых войн", который приводит А.Д. Куманьков на основе выполненного им анализа зарубежной литературы⁷.

Новые войны – старые принципы?

Дальнейшее изложение будет построено следующим образом: рассматривая каждый из основных признаков "новых войн" поочередно, мы будем ставить вопрос о том, как указанный признак может повлиять на переосмысление принципов справедливой войны. При этом с учетом того, что ранее нами были отвергнуты принципы легитимности и вероятности успеха, а также разграничение принципов справедливой войны

¹ Кашников Б.Н. Теория справедливой войны: критика основных начал // Этическая мысль. 2019. №2.

² Куманьков А.Д. Принцип правого дела и "новые" войны // Этика войны и мира: история и перспективы исследования / науч. ред. Б.Н. Кашников, А.Д. Куманьков. СПб.: Алетей, 2016. С. 152-175;

³ Якушев Л.В. Современные трансформации теории справедливой войны // Этическая мысль. 2016. №2.

⁴ Шанченко Е.П. Новые дилеммы теории «справедливой войны» // Вестник РУДН. Серия: Политология. 2023. №2.

⁵ Сидоренко И.Н. Феномен «справедливой войны» и ее трансформация в современном мире // Труды БГТУ. Серия 6: История, философия. 2020. №1 (233).

⁶ Афанасов Н. Новые войны - старая этика // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).

⁷ Куманьков А.Д. Война в XXI веке. М., 2020. С. 68-124.

на *jus ad bellum* и *jus in bello*, мы будем анализировать на предмет возможных трансформаций следующий единый набор принципов: 1) принцип правого дела (справедливой причины); 2) принцип соразмерности; 3) принцип крайнего средства (необходимости); 4) принцип добрых намерений; 5) принцип дискриминации.

Первая характеристика новых войн – их асимметричность. Таковая может пониматься двояко. Во-первых, в том смысле, что сильной стороне противостоит слабая. Во-вторых, в том смысле, что государству противостоит негосударственный субъект. Иными словами, в первом случае важно соотношение сил, во втором – сам тип субъекта, его легитимность.

Но как это влияет на принципы справедливой войны? В первую очередь, асимметричность конфликта значительно затрудняет выполнение таких принципов, как дискриминация и необходимость. Рассмотрим данную проблему подробнее.

Основные сложности с выполнением принципа дискриминации возникают потому, что слабая сторона применяет тактику террора и партизанской войны, а её комбатанты не используют отличительные знаки, поэтому сильной стороне сложно отличить своего противника от гражданского населения. Вместе с тем, сложность выполнения данного принципа вряд ли могут стать оправданием для его неисполнения. Такая логика, по сути, означала бы нечто вроде «так делать нельзя, но если очень хочется, то можно». Действительно, слабая сторона может испытывать большой соблазн использовать уязвимости "постгероического" настроения населения и демократического политического строя противника, прибегнув к террору как способу давления, но это вовсе не заставляет нас отказаться от морального осуждения терроризма (скорее наоборот, именно ввиду таких соблазнов крайне важно сформировать четкую моральную позицию в отношении терроризма). Одновременно сильная сторона, сталкивающаяся с партизанской тактикой или с тем, что противник использует собственное же население в качестве "живого щита", имеет соблазн не утруждать себя разграничением комбатантов и некомбатантов, нанося по территории противника неизбирательные атаки. Однако данный соблазн является скорее поводом прилагать больше усилий для соблюдения принципа дискриминации, чем поводом отказаться от этого принципа. Считается, например, что в случае партизанской войны

солдаты должны предпринимать все зависящие от них меры, чтобы отличить своих врагов – партизан – от мирного населения¹. Мирное население пользуется презумпцией невиновности, а на солдатах лежит бремя доказывания участия конкретных представителей мирного населения в военных действиях². Аналогичный подход содержится в дополнительном протоколе №1 1977 года к знаменитым Женевским конвенциям 1949 года. Таким образом, в ассиметричной войне каждая из воюющих сторон должна сделать всё возможное, чтобы соблюсти принцип дискриминации.

Тем не менее, проблема состоит не только в том, что принцип дискриминации становится сложно соблюсти на практике, но и в том, что этот принцип обнаруживает «белые пятна» уже сам по себе. Так, в ситуации, когда друг другу противостоят регулярные армии, а повседневные практики населения воюющих государств не оказывают никакого влияния на ход боевых действий, разграничить комбатантов и некомбатантов достаточно просто. Но появление целой плеяды новых участников войны заставляет нас формулировать принцип дискриминации абстрактно, без привязки к таким привычным критериям, как военная форма или ношение оружия, а для этого осмыслить моральные причины для дискриминации как таковой. Так, например, Дж. Макмаан предлагает различать комбатантов и некомбатантов по степени ответственности³. Под ответственными лицами он понимает тех, чьи действия создают угрозы, являющиеся достаточным основанием для справедливого развязывания войны. Позиция указанного автора не свободна от критики, однако его общая интенция (для целей дискриминации учитывать угрозу, исходящую от конкретного субъекта) представляется верной. Другая проблема состоит в выработке четких правил относительно допустимости поражения объектов двойного назначения. В любом случае речь идёт о том, чтобы формулировать принцип дискриминации абстрактно, в виде общего правила, а не применительно к некоторому набору типичных случаев, который неизбежно меняется вместе с характером войн.

Ассиметричность провоцирует нарушение не только принципа дискриминации, но и принципа необходимости. Так, поскольку у госу-

¹ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 195-196.

² Садовников Д.В. Статус участников неправительственных вооруженных формирований по международному праву. М, 2013.

³ McMahan J. The Ethics of Killing in War // Ethics. 2004. 4(114). P. 722-729.

дарства, которое более продвинуто в военно-техническом плане, имеется возможность вести войну так, чтобы это не затронуло основную массу его населения, и не вызвало у него активного протеста. Отсюда, политики сталкиваются с искушением "ястребизма", стремясь решать вопросы военным путем даже там, где эти вопросы могли бы быть решены без применения силы. Кроме того, преимущества в некоторых видах вооружений подталкивают к неизбирательным ударам (например превосходство в авиации может использоваться для "ковровых бомбардировок"). Одновременно даже то современное оружие, которое якобы способно наносить точечные удары (в том числе самонаводящиеся ракеты, беспилотники или так называемые роботы-убийцы)¹, может ввиду меньшего задействования человеческой психики способствовать дегуманизации противника, а чрезмерное доверие техническим новшествам и алгоритмам, лежащим в основе их применения, может нивелировать преимущества, связанные с возможностью нанесения точечных ударов, не говоря уже о том, что применение такого рода вооружений не предусматривает возможность взятия противника в плен. Всё это приводит к частым нарушениям принципа необходимости, но тем самым лишь подчеркивает его значимость.

Некоторые авторы отмечают, что асимметричные войны кардинальным образом меняют военный этос, поскольку на смену добродетелям отваги, героизма и готовности к самопожертвованию приходит идеал самосохранения, трактуемый многими как эвфемизм трусости². Пожалуй, это действительно так (хотя не вполне понятно, почему мы должны придавать данному факту негативную моральную окраску). Однако следует отметить, что теория справедливой войны издавна руководствовалась лишь принципом добрых намерений (то есть этикой мотивов), игнорируя проблематику благих качеств души (т.е. этику добродетелей). Возможно, в этом состоит недостаток теории справедливой войны. Но он позволяет говорить, что деактуализация одних воинских добродетелей и актуализация других не затрагивают данную теорию.

Такой признак новых войн, как повышенный уровень жертв среди гражданского населения, имеет моральные последствия, схожие с по-

¹ Некоторые авторы указывают, что способность современных вооружений к избирательным ударам часто сильно преувеличивается заинтересованными политиками. Так, например, Г. Шамаю призывает различать точность стрельбы, ограниченность зоны поражения и адекватную идентификацию цели. Если дрон позволяет сбросить бомбу именно туда, куда задумывалось, это ещё не значит, что бомбой не будут поражены гражданские лица (по ошибке или как «сопутствующие жертвы»). Шамаю Г. Теория дрона. М., 2020. С. 171.

² См., напр.: Шамаю Г. Указ.соч. С. 105-119.

следствиями асимметричности. В первую очередь данный признак подчеркивает особую значимость принципов дискриминации и необходимости. Однако здесь можно дополнительно обратить внимание на следующий аспект. Войны всегда имеют отложенные эффекты. Поэтому, например, при оценке вреда, причиненного войной, мы должны обращать внимание не только на ранения солдат или разрушенную гражданскую инфраструктуру, но и на те ухудшения, которые могут наступить, если мы не окажем солдатам медицинскую помощь и не восстановим поврежденную инфраструктуру. С учетом сказанного, принцип необходимости, как видится, должен означать не просто требование минимизации причиняемого противнику ущерба, но и обязанность совершать активные действия уже после причинения такого ущерба (с целью минимизировать возможные негативные последствия). Как замечает Х. Сисе, после американской операции «Буря в пустыне» (1991) «отсроченным результатом бомбардировок стало ухудшение качества воды и, соответственно, распространение болезней и смерть многих мирных жителей в Ираке»¹. Принцип необходимости в свете подобных примеров мог бы означать обязанность той стороны конфликта, которая контролирует соответствующую территорию, обеспечить доступ местного населения к чистой пресной воде.

Другая характеристика новых войн – их низкая интенсивность. Военные действия заключаются здесь не в противостоянии на фронтах, а в периодических вылазках и рейдах, уничтожении имущества, в заказных убийствах и террористических актах, в восстаниях против правительств (равно как и в информационной войне, в борьбе за «сердца и умы» и т.п.). Представляется, что данное обстоятельство существенно затрудняет определение начала и конца войны, что сказывается на применении принципа правого дела.

Рассмотрим, например, самооборону как наиболее бесспорную справедливую причину для начала войны. Согласно Уставу ООН, каждое государство имеет право защищать себя от вооруженных нападений. Национальные правовые порядки, в свою очередь, предоставляют право на самооборону отдельным индивидам. Причем обычно индивиды получают такое право не только в момент преступного посягательства, но и при непосредственной угрозе такового. Следуя той же логике, теоретики справедливой войны склонны оправдывать так называемые упреждающие удары. Здесь важно подчеркнуть, что упреждающие (preemptive)

¹ Сисе Х. Указ.соч. С. 133.

удары в литературе принято отличать от превентивных (preventive): первые связаны с непосредственной угрозой нападения, тогда как вторые – только с гипотетической опасностью¹. Теоретики справедливой войны оправдывают именно первые, но не вторые². Проблема в том, что в «новых» войнах очень сложно разграничить упреждающую и превентивную атаку, ведь обычно не ясно, существует ли непосредственная угроза нападения. Например, если совершен один теракт, значит ли это, что в скором времени неизбежно произойдет и второй? Если вчера были обстрелы приграничных территорий, но сегодня они прекратились, значит ли это, что завтра они снова возобновятся? Такие ситуации порождают ситуацию страха и неопределенности.

И всё же представляется, что у нас нет иного способа преодолеть моральные затруднения, связанные с такими ситуациями, кроме как в каждой конкретной ситуации определять, окончилось нападение или ещё нет, существует ли непосредственная и неминуемая угроза агрессии или нет, можно ли считать отдельные атаки, совершенные в разное время, длящимся посягательством (то есть связаны они между собой напрямую или нет). Следовательно, принцип правого дела остается прежним, а "новые войны" влияют не на формулировку данного принципа, а на сложности, возникающие при его практическом применении, а именно при установлении и оценке конкретных фактов. Многие западные ученые, впрочем, придерживаются иного подхода: они предлагают пересмотреть принцип "правого дела", санкционировав превентивные удары³. Но это как если бы судья при рассмотрении конкретного дела стал игнорировать законы лишь потому, что ему сложно разобраться в фактических обстоятельствах. Другие исследователи утверждают, что с началом широкомасштабного применения дронов война по определению стала превентивной, поскольку эти дроны отслеживают и атакуют всех «подозрительных лиц»⁴. Однако, опять же, проблема здесь не в дронах как таковых (которые могут использоваться не только для превентивных атак), а в тех злоупотреблениях, которые допускаются при их применении.

Существует ещё одно затруднение, которое касается неясности момента начала и окончания вялотекущих новых войн. Как уже было

¹ Фоушин Н. Указ. соч. С. 174.

² Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 81, 85; Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 162, 183-186.

³ Фоушин Н. Указ.соч. С. 178; Любэн Д. Превентивная война. // Этическая мысль 2016. Т. 16. № 2. С. 160-163.

⁴ Шамаю Г. Указ.соч. С. 43.

сказано, теория справедливой войны традиционно делится на *jus ad bellum* и *jus in bello*. Предполагается, что сначала нужно понять, оправдано ли начинать войну, то есть оценить ситуацию с точки зрения *jus ad bellum*, и лишь после начала войны обращать внимание на *jus in bello*. Такая логика становится невозможной в "новых войнах", начало и окончание которых размыты. Но в действительности здесь нет никакой трудности, поскольку само разграничение *jus ad bellum* и *jus in bello*, как было показано выше, неверно. Существует не два отдельных, а единый перечень принципов справедливой войны, который применяется как при принятии решения о начале войны, так и при принятии решений о проведении отдельных военных операций. Определение момента начала или окончания войны здесь не играет никакой роли.

То же самое касается такой особенности новых войн, как их схожесть с правоохранительной деятельностью. Действительно, бывает не легко отличить войны, в которых принимают участие повстанцы, террористы, ЧВК и тому подобные субъекты, от простой борьбы с организованной преступностью. Особенно когда ввиду низкой интенсивности "война" сводится к охране порядка, патрулированию территорий и тому подобным действиям. Однако вряд ли вообще понятийное разграничение войны и борьбы с преступностью имеет моральное значение. Самооборону, например, вполне можно рассмотреть как защиту государством своих граждан от преступных посягательств; гуманитарные интервенции, которые осуществляются во имя защиты прав человека, также представляют собой по сути попытку пресечь преступления и привлечь преступников к ответственности. И не исключено, что одни и те же принципы применимы как к войнам, так и к полицейским операциям, осуществляемым с применением оружия. Очевидно, например, что полицейский в рамках таких операций должен действовать соразмерно, применять оружие лишь по необходимости, не причинять вреда мирным гражданам и т.д. (хорошо также, если он при этом действует с добрыми намерениями).

Многие исследователи указывают, что понимание войны как полицейской операции размывает принцип морального равенства комбатантов. Действительно, раньше предполагалось, что война – это своего рода дуэль, ведущаяся по определенным правилам, где каждая сторона имеет право убить, но и рискует быть убитой. Соответственно, комбатанты не имели больше или меньше прав в зависимости от того, воюет ли их государство справедливо¹. Сегодня же такое понимание подвергается острой

¹ Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. NY, 2006. P. 136.

критике. Так, Д. Макмаан утверждает, что если солдаты воюют несправедливо, то как комбатанты, так и некомбатанты противника являются для них незаконными целями. Точно так же, как преступник не вправе атаковать пытающегося схватить его полицейского, комбатант страны-агрессора не вправе атаковать комбатантов справедливо воюющей стороны¹. Здесь мы действительно наблюдаем важную трансформацию теории справедливой войны. Но вызвана ли эта трансформация именно «новыми войнами»? Представляется, что она вызвана скорее криминализацией войны на международно-правовом уровне: если война как таковая незаконна, то её ведение приравнивается к преступлению, а единственным способом оправдать войну становится представление её в качестве полицейской операции. В результате мы становимся свидетелями манихейского дискурса: «Я хороший, ты – плохой, а только у хороших есть право убивать плохих... На что враг, конечно же, ответит, что нет, это мы хорошие, а вы плохие, а потому только у нас есть право убивать...»². И всё же, прежде чем критиковать такой дискурс, следует вспомнить, почему он возник, а возник он потому, что мировое сообщество решило положить конец всякой героизации войны: война теперь не может быть обоснована исключительно через реализацию суверенитета по определенным «дуэльным» правилам, где твоё право убивать обусловлено наличием риска быть убитым; теперь необходимо доказать, что противная сторона совершает настолько жуткие преступления, что лишь применение против неё вооруженных сил способно восстановить справедливость. Эта моральная трансформация произошла ввиду осмысления характеристик «конвенциональных», а не «новых» войн.

Таким образом, сама по себе схожесть «новых» войн с правоохранительной деятельностью, на первый взгляд, не создает проблем для моральной теории. Отличие здесь скорее техническое: если применительно к войне как к отношению между двумя и более политиями ещё можно говорить о некоторой моральной значимости легитимности (хотя о легитимности лучше говорить не как об отдельном принципе, а как о наборе презумпций, содержание которых покрывается другими принципами), то в случае правоохранительной деятельности мы обычно имеем в виду, что преступник (даже если речь идёт об ОПГ, контролирующей определенную территорию) не является легитимным, а полицейский, в

¹ 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.

² Шамаю Г. Указ.соч. С. 192.

свою очередь, - это представитель легитимной власти. При таких обстоятельствах фактор легитимности сам собой разумеется, и отдельно вспоминать о нём не приходится.

Тем не менее, есть один аспект, на который в этом рассматриваемом отношении следует заострить внимание. Дело в том, что если мы формулируем принцип правого дела не только применительно к войнам между государствами, то уже не сможем ограничиться обоснованием справедливости отдельных причин для начала войны, будь то наказание грешников и защита веры, отстаиваемые средневековыми авторами, или самооборона, упреждающая атака, помощь союзникам, борьба с терроризмом и гуманитарная интервенция, которые в качестве *causa justa* называют современные авторы¹. Представляется, что принцип правого дела должен стать более абстрактным, и только тогда его можно будет применять к самым разным вооруженным конфликтам. Тот же Макмаан в одной из своих работ предлагает формулировку принципа правого дела применительно к любым коллективам (не только государствам), и в этой формулировке справедливой причиной является угроза нарушения или уже свершившееся нарушение (*wrong*)², без какой-либо конкретизации видов таких нарушений. Данный подход представляется нам весьма убедительным. Фактически, справедливой причиной можно рассматривать любое нарушение справедливого порядка, при этом серьезность такого нарушения может получить оценку уже в свете других принципов справедливой войны (соразмерность, крайнее средство и т.д.). Таким образом, "новые войны" ввиду их схожести с правоохранительной деятельностью заставляют нас формулировать принцип правого дела предельно абстрактно, что позволяет уйти от вопроса о том, чем же собственно война отличается от борьбы с преступностью.

Следующий признак новых войн – это их длительность, а также постоянно сохраняющаяся опасность рецидива. Многие вооруженные конфликты сегодня то вспыхивают, то затухают, и так происходит долгие годы. Это обусловлено тем, что когда в войне участвует множество акторов: главарей банд, полевых командиров, революционеров и так далее – найти компромисс со всеми сразу бывает непросто. Тем более для многих из них война как «мать родна» - это и источник дохода, и образ жизни.

¹ Куманьков А.Д. Принцип правого дела и "новые" войны // Этика войны и мира: история и перспективы исследования / науч. ред. Б.Н. Кашников, А.Д. Куманьков. СПб.: Алетейя, 2016. С. 152-175.

² McMahan J. Just Cause for War. // Ethics and International Affairs. 2005. № 19 (3). P. 8.

Опять же, сама по себе длительность войны не влияет на моральные принципы ее ведения. Лишь если длительность связана с увеличением количества ущерба от войны, то это становится поводом внимательнее отнестись к соблюдению принципа соразмерности. Но в контексте рассматриваемой особенности новых войн интересно другое. Дело в том, что в современной теории справедливой войны множатся публикации, которые призывают выделить в рамках теории справедливой войны новый раздел – *jus post bellum*, содержащий правила окончания войны. В рамках обсуждения *jus post bellum* говорится, в первую очередь, о необходимости привлечения виновных лиц к ответственности за военные преступления, а также о правильной послевоенной реконструкции политической, экономической и социальной сфер¹. Идея соответствующих авторов состоит в том, чтобы выработать такие принципы, при соблюдении которых не оставалось бы условий для возобновления войны. Теория *jus post bellum*, на наш взгляд, до сих пор остается достаточно "сырой" (перечни принципов *jus post bellum* разительно отличаются от автора к автору, то есть устойчивый консенсус в этом отношении отсутствует), и сомнительна в том плане, что по своему существу выходит за пределы теории справедливой войны. Так, если смысл принципов, традиционно относимых к *jus ad bellum* и *jus in bello*, состоит в том, чтобы предоставить критерии применения вооруженных сил, то принципы *jus post bellum*, предлагаемые различными авторами, во-первых, относятся к ситуациям, когда пушки уже замолчали, во-вторых, отвечают на вопрос "что делать?", а не "при каких условиях делать?". Таким образом, речь идёт о совершенно ином предмете. Тем не менее, мы полагаем, что дискуссии вокруг *jus post bellum* заставляют нас конкретизировать некоторые аспекты принципа правого дела. Дело в том, что правое дело (*just cause*) в литературе чаще всего понимается как указание на повод для начала войны, и лишь изредка – как указание на конечную цель войны. Эти две трактовки данного принципа имеют различный смысл. Так, например, можно считать справедливым поводом для использования оружия факт нападения, а справедливой целью – отражение данного нападения. При этом обычно считается, что раз повод для войны связан с какими-либо нарушениями, то и цель войны заключается в пресечении данных нарушений. Однако проблемы, поднимаемые в рамках *jus post bellum*, показывают, что всё не так просто: мало пресечь текущие нарушения – нужно ещё сделать так, чтобы в будущем они не повторились. Действительно, подобно тому, как полиция, задерживая преступника, не

¹ Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario), 2000. P. 225-226

отпускает его на свободу в следующий же миг, а обеспечивает условия для привлечения его к уголовной и имущественной ответственности, война не заканчивается пресечением агрессии, а подразумевает принятие мер к поддержанию справедливого миропорядка в будущем. В этом контексте «новые» войны, чья особенность состоит как раз в том, что они никак не могут закончиться, превращаясь в перманентно тлеющий очаг, заставляют нас скорректировать наши представления о справедливых целях войны, и тем самым – уточнить принцип правого дела.

Перейдем к следующей характеристике новых войн, а именно к их глобальному характеру. В первую очередь это означает, что даже в локальном конфликте часто замешаны самые разные акторы, в связи с чем популярным стал термин «прокси-войны». Феномен прокси-войн, однако, влияет не на принципы ведения войны, а на состав их участников. Здесь представляется целесообразным руководствоваться общим правилом: "тот, кто воюет чужими руками – тоже воюет". Следовательно, принципы справедливой войны распространяются не только на непосредственных участников конфликта, но и на тех, кто стоит за их спинами. В частности, - подобно тому, как в национальном уголовном праве уголовной ответственности подлежат не только непосредственные исполнители, но и организаторы, пособники и подстрекатели – каждый из участников преступной прокси-войны должен понести свою ответственность. Сложность определения участников войны и меры ответственности каждого – это сложность скорее практического, чем морального плана. Тем не менее, прокси-войны как минимум заставляют нас проблематизировать понятие (со)участников войны, на которых распространяются соответствующие принципы.

Другой аспект глобального характера новых войн состоит в том, что их последствия касаются не только непосредственно конфликтующих сторон, но и, как правило, всего региона или даже мира в целом. Например, гражданская война в Сирии спровоцировала Европейский миграционный кризис 2015 г. Это, впрочем, дает основание не для пересмотра принципов справедливой войны, а для более ответственного отношения к прогнозированию долгосрочных последствий вооруженного конфликта в рамках принципа соразмерности.

Наконец, важная характеристика "новых войн" состоит в том, что эти войны подпитываются через политику идентичности. На наш взгляд, основное значение данного обстоятельства в контексте теории справедливой войны также состоит в том, чтобы сподвигнуть участников конфликта более внимательно просчитывать последствия применения во-

оруженных сил. Так, оценивая допустимость развязывания войны в конкретной ситуации, следует иметь в виду послевоенные разрушения и послевоенный кризис, которые наверняка станут питательной почвой для новых радикальных движений, если ничего не предпринять по окончании войны. В случае же, когда война уже развязана, противостояние идентичностей, очевидно, ведет к ужесточению войн, к дегуманизации противника, к террору. Здесь создаются риски нарушения принципов дискриминации и необходимости, но всё это, по всей видимости, лишь подчеркивает значимость данных принципов, и не порождает потребность в их пересмотре.

Итак, проведенный анализ показывает, что "новые войны" сами по себе не вынуждают нас ни пересматривать перечень и содержание принципов справедливой войны (за исключением некоторых корректировок принципов дискриминации и правого дела), ни формулировать какую-то особую теорию справедливой войны применительно к таким войнам. Как правило, мы приходили к выводу, что "новые войны" усложняют соблюдение ряда принципов справедливой войны, но моральная сила данных принципов от этого не страдает. Между тем, такое утверждение встречает оппозицию в лице Б. Кашникова, который ставит под сомнение возможность соблюдения принципов справедливой войны в современных условиях, в связи с чем предлагает заменить идеал справедливой войны идеалом законности¹. Действительно, если "новые войны" таковы, что принципы справедливой войны становятся невыполнимыми, то могут ли эти принципы сохранять моральную значимость? На этот вопрос мыслимы два противоположных ответа: согласно одной точке зрения, если факты не соответствуют моральным принципам, то тем хуже для фактов, согласно другой точке зрения, безусловно невыполнимый моральный идеал и не может считаться идеалом. Однако, как представляется, ситуацию не следует драматизировать. Безусловно, на войне очень сложно остаться святым, не нарушив ни одной заповеди. Однако это не значит, что заповеди не нужны. Так, возможна разная степень несоблюдения принципов справедливой войны. Следовательно, данные принципы сохраняют актуальность хотя бы в статусе путеводной звезды, по направлению к которой нужно плыть, даже если сама эта звезда никогда не будет достигнута. Тот факт, что преступления неизбежны, не заставляет нас отказываться от уголовного кодекса: напротив, именно потому, что преступления случаются, нам требуется уголовный кодекс.

¹ Кашников Б.Н. Теория справедливой войны: критика основных начал // Этическая мысль. 2019. №2.

Заключение

Подведем итоги. Мы проанализировали такие признаки "новых войн", как асимметричность, высокий процент жертв среди мирного населения, низкая интенсивность, высокая длительность и неясность момента начала и конца, неотличимость от правоохранительной деятельности, глобальный характер, связь с политикой идентичности. Было показано, что некоторые признаки осложняют соблюдение принципов справедливой войны, однако моральная значимость данных принципов сохраняется.

В то же время, "новые войны":

во-первых, заставляют формулировать принципы дискриминации и правого дела более абстрактно,

во-вторых, напоминают о том, что принцип правого дела - это указание одновременно и на правильные поводы для начала войны, и на правильные конечные цели войны, причем последние не сводятся лишь к устранению поводов, а заключаются в искоренении глубинных причин войны,

в-третьих, обращают внимание на то, что сокращение ущерба от войны означает не только воздержание от определенных действий, но и совершение активных действий,

в-четвертых, проблематизируют моральную категорию соучастия в вооруженных конфликтах.

Почти все перечисленные корректировки (за исключением, пожалуй, первой) обуславливаются доводами, которые релевантны не только "новым", но и классическим («конвенциональным») войнам. "Новые войны" могут рассматриваться разве что как повод обратить внимание на соответствующие проблемы, то есть как фактор, высвечивающий старые недостатки теории, но действительная причина, заставляющая нас пересмотреть некоторые положения теории справедливой войны, состоит вовсе не в "новых войнах", а в той слабости нормативного обоснования, которая имела место ещё до изменения характера войн. Кроме того, в любом случае "новые войны" не являются основанием для разработки второй теории справедливой войны, как это предлагает сделать Фоушин: теория остается единой, распространяясь, по-видимому, на любые типы вооруженных конфликтов.

§3. Моральные вызовы информационных войн¹

Введение: о понятии информационных войн

Роль информации в функционировании современных обществ трудно переоценить: не случайно ещё в последней трети XX века была сформулирована концепция "информационного общества"². Со временем особое внимание академического сообщества, средств массовой информации и общественных деятелей привлек также феномен информационных войн. Следует констатировать, что роль информационных войн в функционировании общества постоянно возрастает. В то же время, исследования данного феномена редко носят нормативный характер: рассматривая конкретные способы ведения информационных войн и их эффективность, делая прогнозы дальнейшего развития информационной сферы, ученые, как правило, не задаются вопросом, как всё это должно изменить нашу этику. Представляется, однако, что ввиду своей сегодняшней роли информационные войны нуждаются в моральной оценке и осмыслении, то есть в теоретических исследованиях, осуществляемых в том числе на стыке военной и информационной этики.

В первую очередь, необходимо определиться с понятием информационной войны. В зарубежной литературе распространено широкое понимание данного термина как любого агрессивного или оборонительного задействования информации и информационных систем (в качестве оружия, искомого ресурса или мишени) в военно-политических целях³. В США популярна классификация (военных) информационных операций, предложенная Комитетом начальников штабов, согласно которой существуют следующие виды информационных операций: 1) психологические операции; 2) военный обман; 3) обеспечение защиты информации; 4) радиоэлектронная борьба (РЭБ); 5) операции с компьютерными сетями⁴. Иногда в этот перечень добавляют военные операции по

¹ Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда №25-78-00001, <https://rscf.ru/project/25-78-00001/>

² См., напр.: Masuda Y. The information Society as Post-Industrial Society. Wash., 1981; Katz R.L. The Information Society: An International Perspective. N.Y., 1988.

³ Ventre D. Information warfare. 1st ed. London, Hoboken, 2009. P. 288-289; Elisabeth Hauschild, "Modern and information warfare: A conceptual approach", in International Security Challenges in a Changing World (Studies in Contemporary History and Security Policy, vol. 3), K.R. Spillmann & J. Krause, (eds); see: <http://www.isn.ethz.ch>

⁴ Ventre D. Information warfare. 2nd ed. London, Hoboken, 2016. P. 26-27; Poisel R.A. Information Warfare and Electronic Warfare Systems. Norwood (MA), 2013. P. XV.

физическому уничтожению информационных систем противника¹. Нередко в литературе также приводится точка зрения М. Либицки – одного из основных теоретиков информационных войн – согласно которой существуют семь основных категорий информационных войн: 1) физическая атака на системы командования и контроля противника; 2) разведывательная деятельность; 3) электронная война (в области физической передачи информации, включая РЭБ и криптографические войны); 4) психологическая война (включая пропаганду и дезинформацию); 5) хакерская война (атаки на информационные системы); 6) экономическая информационная война (связанная с коммерчески значимой информацией); 7) кибервойна (виртуальные сражения)². Последним трендом в развитии информационных войн называют борьбу за большие данные, используемые в том числе для обучения нейронных сетей³. Так или иначе, информационные атаки затрагивают, во-первых, физические объекты, во-вторых, информационную инфраструктуру, в-третьих, сферу индивидуального сознания⁴. Очевидно, что столь широкие определения информационных войн и операций включают как тысячелетние военные практики, так и совершенно новые явления.

С учетом изложенного со временем стали предприниматься попытки вычленить более конкретные явления. Так, «с конца первого десятилетия нынешнего века четкое разделение информационных и кибервойн стало общепринятым стандартом»⁵. Под кибервойнами сегодня предлагается понимать целенаправленное деструктивное воздействие программного кода на материальные объекты (значимую инфраструктуру)⁶. В отечественной литературе информационные войны понимаются более узко, чаще всего лишь как психологическое воздействие (львиную долю такого рода информационных войн можно объединить понятием «пропагандистская война»).

Помимо этого, в научной литературе существуют дискуссии относительно выделения тех или иных поколений войн (с учетом применяемых тактики, стратегии и технологий). В частности, помимо четвертого поколения войн, под которым понимают войны с участием негосударственных акторов (таким войнам свойственны асимметричность,

¹ Waltz E. Information warfare: principles and operations. Norwood (MA), 1998. P. 26.

² Libicki M. What Is Information Warfare? // Center for Advanced Concepts and Technology, National Defense University, 1995. P. 7.

³ Ventre D. Information warfare. 2nd ed. London, Hoboken, 2016. P. 326-327.

⁴ Waltz E. Information warfare: principles and operations. Norwood (MA), 1998. P. 27.

⁵ Ларина Е., Овчинский В. Кибервойны XXI века. О чем умолчал Эдвард Сноуден. М., 2014. С. 18.

⁶ Там же. С. 19.

низкая интенсивность и высокая длительность, использование партизанской, повстанческой, террористической тактики, транснациональный характер и другие связанные признаки) предпринимаются попытки выделить и пятое поколение войн, особенностью которого являются некинетические военные действия (социальная инженерия, дезинформация, кибератаки и т.д.), а также использование новых технологий, таких как искусственный интеллект и роботизированное оружие¹. В то же время, поскольку характеристика войн четвертого поколения также включает психологические атаки и борьбу за идентичность, постольку рядом авторов высказываются сомнения в необходимости выделения пятого поколения войн. Не следует забывать и тот факт, что как асимметричность и другие признаки войн четвертого поколения, так и некинетические формы агрессии и защиты, со ссылкой на которые выделяется пятое поколение войн, не являются сугубо достоянием современности. Вместе с тем, все они достаточно успешно подчеркивают известные тренды современных военных конфликтов, создавая ощущение перманентной войны: подобно вирусу, поразившему человечество, эта война не поддается точной локализации, её невозможно увидеть (наблюдаемы лишь отдельные обострения и симптомы), и никогда нельзя быть до конца уверенным в том, что она осталась позади.

В целом мы видим, что информационные войны не обязательно являются войнами четвертого или пятого поколений, а последние, в свою очередь, не всегда являются информационными, однако в любом случае нельзя не замечать ключевой значимости фактора информации и информационных технологий для современных войн. Какие же новые моральные вопросы при этом возникают?

Об опасности информационных войн

Анализ академической литературы показывает, что различными авторами в качестве основного морально значимого фактора информационных войн называется, в первую очередь, то обстоятельство, что вред, который может быть причинен информационной атакой, вполне соизмерим со вредом, причиняемым кинетическим оружием. Отсюда, как представляется, крайне важно рассматривать информационную войну именно как войну, а некинетическое оружие – именно как оружие. Война в толковом словаре С.И. Ожегова определяется как вооруженная борьба между государствами, народами или классами², а в энциклопе-

¹ Abbott D. The Handbook of Fifth-Generation Warfare. 2010.

² <https://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=3653>

дии "Британника" как конфликт между политическими группами, характеризующийся значительной продолжительностью и масштабом¹. Таким образом, война в любом случае связывается с враждой, агрессией и насилием, но не с любыми их проявлениями, а, во-первых, лишь с участием политических групп, во-вторых, лишь определенной степени серьезности. В свою очередь оружием, согласно толковым словарям, может называться любое изделие, предназначенное для борьбы со своими противниками². Но в нашем случае важно подчеркнуть, что использование информации, информационных технологий и систем в борьбе со своими противниками в определенных случаях можно и нужно квалифицировать как вооруженную борьбу (тот или иной вид военных действий), то есть как нечто настолько серьезное, что его следует называть войной. Впрочем, тут важно выработать четкие критерии, чтобы не квалифицировать как войну любое недобровольное информационное взаимодействие.

В качестве контраргумента иногда указывают, что последствия информационных атак, как правило, сопоставимы с последствиями экономических санкций (и те и другие направлены на причинение вреда экономике противника), хотя экономические санкции не расцениваются международным правом как военные действия, и могут легально применяться. Однако теоретики справедливой войны уже давно подметили разрушительный потенциал экономических санкций, заставляющий сделать их моральную переоценку. Так, по мнению Х. Сисе, экономические санкции, во-первых, воздействуют прежде всего на гражданское население, во-вторых, могут быть не менее смертоносными, чем оружие. В этой связи их далеко не всегда можно рассматривать как предпочтительную войне альтернативу³. У. Штейнхофф, в свою очередь, указывает на гибель полумиллиона мирных жителей Ирака из-за «экономических санкций», введенных в отношении этой страны, и пишет, что «иногда война – меньшее зло, причем даже при наличии альтернативных средств для достижения той же цели...; ибо некоторые средства вызывают более высокие моральные издержки, чем война, в том числе и особенно с точки зрения человеческих жизней»⁴. Как представляется, разрушительный и неизбирательный характер экономических санкций

¹ <https://www.britannica.com/topic/war>

² Оружие // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. XXII (1897): Опека-Оутсайдер. С. 214.

³ Сисе Х. Справедливая война? О военной мощи, этике и идеалах. М., 2007. С. 96-98.

⁴ Steinhoff U. On the Ethics of War and Terrorism. NY, 2007. P. 28-29.

(включая бойкоты, эмбарго и др. меры) заставляет нас хотя бы в некоторых случаях расценивать их применение как экономическое оружие, то есть как акт войны, а значит и пересмотреть соответствующее международно-правовое регулирование. Таким образом, схожесть последствий информационных войн с экономическими санкциями не влияет на квалификацию тех и других как войн. Здесь применимо понятие гибридных войн, включающих как информационные и экономические, так и иные атаки (включая поддержку повстанцев и бунтовщиков, диверсии и секретные операции т.п.). Основная опасность гибридных войн, объединяющих в себе признаки войн различных поколений, а также иные методы политического давления, состоит в том, что нападающая сторона, координируя различные типы действий, имеет возможность правдоподобно отрицать свою вовлеченность в конфликт.

Таким образом, общее следствие современной трансформации способов ведения конфликтов состоит в том, что граница между войной и миром становится размытой. Это означает, что моральную и юридическую оценку должны получить недружественные действия (информационные, экономические и др.) различной степени интенсивности и разрушительности, в частности необходимо решить вопрос, насколько применимы к ним теория справедливой войны, а также традиционные юридические категории, такие как применение силы или угрозы силой, акт агрессии, вмешательство во внутренние дела государства и т.д. (п.п. 1, 4 ст. 2 Устава ООН)¹.

Трансформация теории прав человека

Реалии информационного общества, в том числе информационные войны, делают необходимым пересмотр теории прав человека. Следует признать очевидный факт, что регулирование и, соответственно,

¹ Существующее международно-правовое регулирование, как верно отмечается исследователями, в настоящее время явно отстает от жизненных реалий. См.: Greenberg L.T., Goodman S.E., Soo Hoo K.J. *Information Warfare and International Law*. Washington, 1997. Некоторые ученые в этой связи изучают предпосылки и перспективы стигматизации кибервойн (подобно той стигматизации, которой в свое время подверглось оружие массового уничтожения), поскольку это может способствовать разработке соответствующих международно-правовых ограничений. См. Mazanec B., Shamai P. *Stigmatizing cyber and information warfare: mission impossible?* // *Information warfare in the age of cyber conflict* / Ed. by Whyte Ch., Thrall T.A., Mazanec B.M. London, New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2020. Однако очевидно, что усилия по стигматизации хакерских атак, угрожающих критической информационной инфраструктуре государств – это далеко не единственное направление, в котором следует усилить международное сотрудничество и выработать новые международные договоренности. В конечном счете, осмыслению подлежит в том числе и принципиальная допустимость использования отдельных информационных технологий.

ограничения в области информации и информационных технологий неизбежны. Это касается, в том числе, устройств «интернета вещей», а также социальных сетей, мессенджеров, платформ и экосистем, сайтов, приложений с их собственными политиками обработки персональных данных, системами модерации, алгоритмами продвижения контента и предоставления рекламных услуг. В политическом аспекте особое значение приобретает борьба с «fake news», манипуляцией, языком ненависти, радикализмом и экстремизмом, «фабриками троллей», социальной разобщенностью, снижением рациональности политиков и политических дискурсов, неравенством в доступе к информации, трансформирующимся в другие виды социального неравенства, влиянием технологических гигантов на политику и социальные связи, новыми информационными угрозами, включая незаконную деятельность в darknet, киберпреступления и т.п.; информационные технологии также повышают возможности для злоупотребления государственной властью. Как бы то ни было, мечты о полной свободе в интернете должны быть отброшены не только на практике, но и в теории. Даже с либеральной точки зрения любая свобода должна соотноситься с безопасностью и другими факторами, обеспечивающими использование других, не менее важных свобод. В условиях же, когда информация оказывается важнейшим фактором безопасности, подробное регулирование ее сбора, хранения, обработки и распространения неизбежно. Таким образом, речь идет о переходе к новой парадигме информационного взаимодействия.

С нашей точки зрения, изменения касаются как минимум следующих направлений: 1) разработка информационно-коммуникационных технологий; 2) сбор и хранение информации; 3) распространение информации. Так, нельзя сбрасывать со счетов возможность жестких ограничений в отношении развития некоторых технологий (подобно тому, как это имеет место сегодня в отношении оружия массового уничтожения или клонирования). Реальностью становятся и всё новые ограничения на сбор и хранение информации, как той, что составляет государственную, коммерческую или частную тайну, так и той, что к тайне не относится, и зачастую находится в открытом доступе (или же предоставляется добровольно), но, будучи собранной в большом количестве, может быть использована как оружие в информационной войне. Сегодня, в частности, мы наблюдаем особый тип политики – психополитику, в которой управление массами строится на прогнозировании и программировании на

бессознательном уровне поведения людей с помощью такой информации¹. Эта политика становится возможной благодаря перманентному и во многом бесконтрольному сбору информации о гражданах. Но не только сбор и хранение, а также и распространение информации должно быть отчасти ограничено, причем как ложной, явно манипулятивной или общественно вредной информации, так и той, что не обладает указанными характеристиками, поскольку человек должен иметь право на защиту от информационных атак и намеренного создания «информационных шумов» (т.е. информация в некоторых ситуациях должна предоставляться индивиду только по его собственному запросу, а не помимо его воли). Кроме того, не только государство и цифровые гиганты, но и отдельные индивиды должны проявлять ответственность, соблюдая нормы информационной этики и информационной безопасности.

Сказанное предполагает важные технологические, институциональные и мировоззренческие новшества. Во-первых, необходимы ограничения на технологии сбора информации, с целью пресечь саму возможность сбора чувствительных персональных данных, а также ограничения на технологии распространения информации, чтобы та информация, распространение которой было выгодно владельцу данной технологии (напр., алгоритма подбора контента), соотносилось с общественным интересом². Во-вторых, неизбежной представляется политика маркировки контента³, внедрения обязательных систем модерации контента, независимого фактчекинга, замедления/приостановки коммуникации и т.д. В-третьих, требуется создание единого публичного пространства, в котором дискуссии разворачиваются, а информация передается свободно, но по определенным правилам (равные возможности и т.п.); необходимо содействовать таким способам обсуждения, при кото-

¹ Хан Б.-Ч. Инфократия. М., 2025. С. 29-40, 71.

² Так, например, уже давно выявлено, что продвижение контента по принципу наибольшего внимания приводит к доминированию ложного, экстремистского, манипулятивного и низкокачественного контента. В результате мы имеем эпоху постправды, всплеск популизма, шовинизма и ксенофобии, и разрушение публичного пространства. Однако опасности имеются не только со стороны коммерсантов, руководствующихся императивом прибыли, но и со стороны государства. В обоих случаях имеется угроза потери самой субъектности индивидов из-за того воздействия, которое скрытно оказывается на их волю, и на формируемые ими социальные связи.

³ Речь идет не только о маркировке рекламного контента или контента, финансируемого из-за рубежа, но и контента, производимого самим государством, а также контента, произведенного ботами и/или с использованием искусственного интеллекта. В целом, маркировка может касаться любой значимой информации. При этом крайне важно подчеркнуть, что речь должна идти именно о маркировке, а не о поражении в правах.

рых у участников отсутствуют стимулы, связанные с прибылью и властью. Подобное публичное пространство представляет собой здоровую альтернативу политике продвижения официальной идеологии, национальной идеи, скреп, традиционных ценностей и т.п. Во всех подобных нововведениях крайне важно пройти между Сциллой государства и Харибдой рынка, находить различные способы саморегуляции внутри общества, механизмы общественной экспертизы и т.п.; требуется также формирование новой политической культуры, продвигающей критическое мышление и нетерпимой к обману и манипуляции, тайному сбору персональных данных и информационным атакам.

В целом, по всей видимости, мы являемся свидетелями новой эры, в которой регулирование информационного взаимодействия будет становиться все более детальным, а обеспечение прав человека будет во многом связано с борьбой за равноправие именно в информационной сфере. Нынешняя логика развития прав человека, как представляется, схожа с той трансформацией, которая имела место 100-150 лет назад при постепенном моральном и легальном утверждении социально-экономических прав: это новое поколение прав, с одной стороны, было направлено на предоставление каждому человеку условий для саморазвития, с другой стороны, накладывало ограничение на служащие той же самой цели личные и политические права, а кроме того, создавало риск для различных злоупотреблений со стороны государства, на которое теперь возлагалась функция перераспределения общественных доходов и богатств. Применительно к информационным войнам также встает проблема возрастания рисков злоупотреблений властью, но теперь уже в связи с тем, что государство получает контроль над информационной сферой: противоположной по отношению к множеству замкнутых на себе «племен» крайностью является тоталитарное государство, контролирующее доступ к информации, и его унифицированная пропаганда. Вероятно, это заставляет нас переосмыслить роль государства как основного гаранта прав человека. Вместе с тем, намечающаяся альтернатива тотальному государственному контролю информационной сферы также вызывает тревогу у исследователей: речь идёт о «надзорном капитализме»¹, «технофеодализме»² и т.п. концепциях, отражающих олигополию нескольких частных игроков (технологических гигантов),

¹ Зубофф Ш. Эпоха надзорного капитализма. Битва за человеческое будущее на новых рубежах власти. М., 2022.

² Варуфакис Я. Технофеодализм. М., 2025.

навязывающих свою волю не только отдельным гражданам, но и государствам. Одним из выходов из этого тупика могут стать системы общественного (т.е. и не государственного, и не частного) контроля¹.

Современная трансформация теории прав человека также связана с провозглашением новых фундаментальных прав. Так, например, ведутся активные дебаты относительно «права на забвение» (имеется в виду удаление информации об индивиде в поисковых системах, в России оно закреплено с 2016 г.) и его соотношения со свободой слова и свободой доступа к информации, в том числе имеющей публичную, художественную или научную ценность. Практически бесспорным на сегодняшний день является право на защиту персональных данных, включая цифровой след², однако полная анонимность в Интернете вызывает

¹ Так, одна из идей заключается в том, чтобы раздать каждому гражданину ваучер на определенную сумму, который он может потратить на поддержку одного из некоммерческих СМИ по своему выбору, при этом данные СМИ будут не вправе принимать стороннее финансирование и рекламировать что-либо, а их публикации станут доступными для всех и не подлежащими защите авторским правом. См. McChesney R.W. Digital Disconnect: How Capitalism Is Turning The Internet Against Democracy. NY & London, 2013. P. 211-215. Действительно, СМИ с самого начала своего появления, нуждаясь в финансировании, разрывались между влиянием со стороны государственной власти и со стороны законов рынка. Сегодня даже т.н. независимые СМИ находятся под жестким давлением рекламодателей, что зачастую приводит к освещению лишь таких новостей, которые обещают большее число просмотров и большее распространение, в результате срывается выполнение СМИ социально значимых функций. В этих условиях целесообразны такие меры, которые защитят СМИ как от государства, так и от рынка, и тем самым идеи, связанные с ваучерами, а также с иными способами обеспечения общественного контроля за СМИ, представляются особенно актуальными.

² Право на защиту персональных данных подразумевает, помимо прочего, что владельцы социальных сетей и мессенджеров, приложений и программ, поисковых систем, платформ и экосистем, а также производители бытовой техники должны предоставлять пользователям широкие возможности по контролю за способами использования персональных данных, а также обязанности устанавливать такие опции «по умолчанию», которые были бы наименее обременительны для пользователей. Пользователи должны иметь возможность свободно изменять и удалять свои персональные данные, находящиеся в пользовании соответствующих компаний, получать в максимально доступной форме всю информацию об их использовании, а также иметь возможность по настройке применяемых фильтров контента. Более того, необходимо разработать законодательные и иные механизмы, направленные на борьбу с фактическим навязыванием пользователям определенной политики персональных данных, которое происходит под угрозой лишения доступа к сервису. Здесь нужно принять во внимание, что поскольку многие технологии стали частью нашей обыденной жизни, постольку понуждение к отказу от этих технологий из-за непринятия политики персональных данных должно быть признано неправомерным. См.: Паризер Э. За стеной фильтров. Что Интернет скрывает от вас? М., 2012. С. 235-263. Главный вопрос, однако, состоит в том, как обеспечить контроль за исполнением правил. Исследования показывают, что персональные данные пользователей используются

вопросы (по крайней мере, у правоохранителей должна оставаться возможность отследить интернет-преступников). Исследователи также разрабатывают такие права, как право на доступ в Интернет, переосмысливают право на информацию (ст. 29 Конституции РФ) с учетом того, например, что некоторая информация является общественно-вредной, и не подлежит распространению, а также с учетом того, что у каждого человека должен быть доступ именно к правдивой информации; отсюда дискуссии о праве на истину или, по крайней мере, на защиту от дезинформации¹. Поскольку одним из важнейших ресурсов сегодня является внимание, достигаемое зачастую «информационным бомбардированием» граждан, важную роль, с нашей точки зрения, приобретает также право на защиту от (!) информации (причем как политического, так и неполитического характера, поскольку грань здесь условна). В настоящее время данное право обеспечивается лишь частично (например, существуют ограничения на политическую агитацию, на места по размещению рекламы, а также ограничения на распространение нежелательной информации среди детей), то есть имеется огромная сфера, не урегулированная должным образом. По всей видимости, речь должна идти о защите не только от конкретной информации (например, экстремистского или порнографического характера, а также от заведомо ложной информации), но и от информационных атак в целом (в т.ч. нативной рекламы, продакт-плейсмента, «джинсы», адресованной детям рекламы

тайно, даже если пользователи не давали на это согласие. См. Зубофф Ш. Надзорный капитализм или демократия. М., 2025. С. 178-179.

¹ Неясно, однако, кто будет это право обеспечивать. Понятно, что любая – государственная или частная – «полиция правды», чревата самыми худшими сценариями. Однако и политика воспрепятствования распространению явно антинаучных теорий также не лишена смысла. Ложная информация медицинского характера, например, может привести к существенному вреду, что показала пандемия коронавируса. Некоторыми авторами предлагается ввести в социальных сетях, мессенджерах и платформах наряду с кнопками «нравится» и «не нравится» кнопки «правда» и «не правда», «полезно» и «вредно», «доверяю» и «не доверяю», «важно» и «не важно», а также им подобные, чтобы бороться с распространением фальшивых новостей и манипулятивными техниками. См.: Aral S. The hype machine. NY, 2020. Однако другие авторы скептически относятся к возможности обязать технологических гигантов изменить свои алгоритмы во имя борьбы с дезинформацией, как по причине сложности контроля за исполнением соответствующих директив, так и по причине технической сложности своевременного различения истины и лжи. Алгоритмы заточены на привлечение внимания и извлечение прибыли, будучи нейтральными к содержанию информации, однако ложная информация, радикальные взгляды и «язык ненависти» по статистике привлекают больше внимания, а потому дают больше прибыли. См. Зубофф Ш. Надзорный капитализм или демократия. М., 2025. С. 69-86; Vosoughi S, Roy D, Aral S. The spread of true and false news online. // Science. 2018 Mar 9. № 359 (6380).

и т.п.)¹. Впрочем, некоторая общественно-значимая информация, наоборот, должна доводиться в обязательном порядке².

Право на защиту персональных данных и право на забвение, наряду с правом на информацию и на защиту от ложной и нежелательной информации, демонстрируют, что развитие технологий вынуждает нас искать новое соотношение публичного и частного. С одной стороны, в нынешней «экономике слежения» (основанной на захвате персональных данных)³ и "экономике внимания"⁴ (основанной на захвате внимания с помощью алгоритмов, работающих на основе больших данных) необходимо отгородить людей от негативного вмешательства в их частную жизнь. С другой стороны, ни одно из перечисленных прав, как видно из изложенного, не является абсолютным, поскольку может вступать в противоречие с публичным интересом.

Пропагандистские войны и новая этика информационного взаимодействия

Особо хочется подчеркнуть, что феномен информационных войн заставляет пересмотреть этические стандарты, лежащие в основе современного правового регулирования. Так, в настоящее время доминирую-

¹ Подобно тому, как в обыденной жизни физическое насилие, как правило, считается неприемлемым, но в исключительных случаях допустимо, например во время самообороны, задержания преступника или на соревнованиях по боевым искусствам, целенаправленное информационное воздействие должно в целом восприниматься как покушение на личную неприкосновенность, и лишь в определенных случаях – как допустимая практика. Мы осуждаем того, кто толкает нас в очереди или в общественном транспорте. Но мы почему-то лояльно относимся к рекламе, хотя это такое же вмешательство в нашу жизнь, как и физическое воздействие. Реклама по преимуществу есть сообщение нам информации, которую мы не запрашивали, с целью заставить нас подчиниться чужой воле. Чем не психологическое насилие? Ведь даже когда мы обращаемся к прохожему на улице, мы говорим сначала «извините», то есть признаем, что совершаем вмешательство, которое может быть воспринято негативно. Но вот рекламщики почему-то не извиняются перед нами.

² Так, например, воспитание и образование детей подразумевает передачу им информации, которая необходима для функционирования в обществе и нормального развития этого общества, и эта информация предоставляется детям независимо от их согласия (принцип обязательности образования). Аналогичная передача общественно-значимой информации может быть допустима и по отношению ко взрослым людям. Например, с целью противодействия свойственному каждому из нас соблазну изолироваться в «эхо-камерах» и «информационных пузырях», и верить в то, во что нам хочется верить: подобные соблазны создают угрозу для нормального функционирования большого общества.

³ Кин Дж. Демократия и декаданс медиа. М., 2015. С. 49; Зубофф Ш. Эпоха надзорного капитализма. Битва за человеческое будущее на новых рубежах власти. М., 2022.

⁴ Lanham R.A. The Economics of Attention: Style and Substance in the Age of Information. Chicago, 2006.

щее рыночное мышление исходит из того, что известная доля манипуляции свойственна любой рекламе, и в этом смысле является нормальной: производители соревнуются в том, кто из них более успешен в "разжигании" в потребителях новых желаний. Удовлетворение предпочтений потребителя считается правильным, какими бы эти предпочтения ни были, и каким бы образом они ни возникли. Такой подход нередко экстраполируется на политическую сферу, и тогда политики рассматриваются как своего рода "торговцы обещаниями", стремящиеся удовлетворить как можно больше частных запросов, при этом сами эти запросы искусственно конструируются, а доминирующей политической стратегией ожидаемо становится популизм. И хотя всё это не имеет прямого отношения к информационным войнам, ведущимся между политическими сообществами, однако именно существующие парадигмы мышления, нормализующие манипулятивные технологии и агрессивное информационное воздействие в целом, препятствуют осознанию порочности и опасности информационных войн. Эти парадигмы должны осуждаться наряду с киберпреступлениями, неправомерной обработкой персональных данных, использованием шпионского оборудования и т.п. Так, транснациональное распространение манипулятивной, однобокой и ложной информации в некоторых случаях должно квалифицироваться как вмешательство во внутренние дела государства; такая пропаганда, в отличие от дипломатии и правотворчества, не должна рассматриваться как мирное средство урегулирования споров и отстаивания национальных интересов.

Сегодня уже как нечто неизбежное воспринимаются "пропагандистские войны": многие работники политически ангажированных медиа - не говоря уже о тружениках «фабрик троллей» - позиционируют себя не иначе как солдат информационного фронта, оправдывая однобокое освещение событий, манипуляцию и дезинформацию в своей работе тем, что по ту сторону данного "фронта" используются те же самые методы, которым необходимо эффективно противостоять. Подавляющее большинство «научных» публикаций по теме информационных войн в России нельзя рассматривать иначе как акты самой информационной войны. Между тем, возрастающая роль информации в функционировании современных обществ и признание опасностей информационных войн, как представляется, напоминают о том, что на войне далеко не все средства хороши (именно на запрет определенных средств ведения войны и направлено международное гуманитарное право). В рамках внутригосударственной информационной политики необходимо создавать условия для диалога, а не для "боев без правил", к которым нередко

сводятся интерпретации базовой свободы слова, мнений и СМИ, и не для «информационных пузырей» и «эхокамер». Ведь как писал ещё Ж. Эллюль, пропаганда заканчивается там, где начинается обычный диалог¹. В этих условиях особое значение приобретает не только журналистская и академическая этика, но и этика поведения в интернет-пространстве, которой должен придерживаться каждый его обитатель. Свобода слова, в свою очередь, не должна выливаться во вседозволенность пропаганды; вместе с тем, критерии разграничения морально допустимых и морально порочных информационных воздействий требуют перманентного морального осмысления.

Несмотря на то, что отдельные акты пропагандистской войны нередко рассматриваются в качестве морально допустимых (всё же убедить человека в чем-либо – это не то же самое, что разбомбить школу или больницу), нельзя забывать, что информационное воздействие («промывка мозгов») может причинять существенный вред. Ещё пионер исследования пропаганды Г. Лассуэлл² показал, что базовое предположение, будто люди действуют в собственных интересах, ошибочно: они могут поддерживать и поддерживают политику, подрывающую то, что является самым важным для них. Следовательно, нельзя рассматривать любую пропаганду как морально допустимое явление.

Однако мы нуждаемся в моральных критериях, по которым можно разграничить допустимое и недопустимое информационное взаимодействие. Традиционно в литературе по данной тематике фигурируют такие морально значимые факторы, как (1) намерения субъекта, распространяющего информацию, (2) соответствие данной информации действительности, (3) апелляция к логике или использование когнитивных искажений. Проблема в том, что в современных условиях довольно сложно установить, каковы намерения распространителя информации, и является ли данная информация истинной. По крайней мере, такая проверка занимает время. Пропаганда же зачастую делает свое дело ещё до всякой проверки, поэтому смысл в последней утрачивается. В свою очередь когнитивные искажения – это наше эволюционное преимущество, без которого мы не сможем жить. Пытаться всячески избежать их – бессмысленно. С учетом изложенного, речь, как представляется, должна идти о допустимости информационных взаимодействий как таковых: цели передачи информации, ее содержание и используемые механизмы убеждения тоже важны, но лишь во вторую очередь. Данная этика информационных взаимодействий, как предполагается, будет

¹ Белоусов А. "Пропаганда" Жака Эллюля // Свободная мысль. 2010. № 4 (1611). С. 172.

² См., напр.: Лассуэлл Г.Д. Психопатология и политика. М., 2005.

представлять собой попытку примирить право на личную неприкосновенность и свободу слова с общественно-значимыми явлениями.

Моральные вызовы для теории справедливой войны

Другой вопрос состоит в том, применима ли к информационным войнам теория справедливой войны. Указанная теория является направлением в военной этике, занимающем промежуточное положение между реализмом (представлением о том, что война не должна оцениваться с моральных позиций) и пацифизмом (радикальным неприятием войны). Теоретики справедливой войны полагают, что война может считаться справедливой, если удовлетворяет определенным принципам. К таким принципам относятся, в частности: 1) принцип правого дела (должна иметь место справедливая причина для войны); 2) принцип соразмерности (предполагаемые выгоды от войны должны быть соразмерны предполагаемым издержкам войны); 3) принцип крайнего средства / необходимости (к военным действиям допустимо прибегать только в том случае, если иные способы разрешения конфликта не сработали или явно неадекватны ситуации); 4) принцип добрых намерений (решение о военных действиях должно быть обусловлено правильными намерениями); 5) принцип легитимности (войну может начать только законная власть); 6) принцип дискриминации (атаковать можно только военные объекты, а не мирную инфраструктуру, и только армию противника, а не гражданских лиц)¹. Соответственно, вопрос состоит в том, применимы ли указанные принципы к информационным войнам.

Далее будут рассмотрены факторы, на которые обычно обращается внимание при обсуждении данного вопроса. Предварительно отметим, что в зарубежной литературе соответствующие дискуссии начались на рубеже XX и XXI вв. со статьи Дж. Арквиллы, в которой он пришёл к выводу, что информационные войны оставили в прошлом значительную часть традиционной теории справедливой войны². Соглашаясь со многими суждениями указанного автора, мы, однако, далее придем к прямо противоположному выводу, а именно что традиционная теория справедливой войны вполне применима к информационным войнам. Поскольку соответствующие дискуссии в зарубежной литературе сегодня ведутся вокруг следующих трёх понятий: риски, права и ответственность³, мы также будем использовать их как отправную точку.

¹ Шавекко Н.А. Принципы справедливой войны. М., 2024. С. 7-8.

² Arquilla J. Ethics and information warfare // The changing role of information in warfare. / Marshall A. et al. (eds.). Santa Monica, 1999. P. 394.

³ The Ethics of Information Warfare / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014. P. VII

Итак, во-первых, риски, связанные с осуществлением информационной агрессии, значительно меньше рисков, которыми сопровождается атака кинетическим оружием (в связи с «бескровностью» информационных атак)¹.

Данный фактор, по-видимому, проблематичен лишь в том плане, что делает войну более вероятной, а вовсе не потому, что он ставит под сомнение принципы справедливой войны. Действительно, достаточно сложно привести аргументы в пользу утверждения, что вышеперечисленные принципы не должны применяться к информационным войнам лишь потому, что эти войны превратились в привычное явление.

Некоторые исследователи утверждают, что поскольку ущерб от кибератак может быть значительно меньше, чем ущерб от традиционных атак, постольку к информационным войнам неприменим принцип крайнего средства, ведь кибератаки вполне допустимы не как крайнее, а как первоочередное средство². Другие авторы на основании принципа необходимости утверждают, что применение менее разрушительного и опасного кибероружия вместо более разрушительного и опасного кинетического оружия является моральным долгом участника войны³. Комментируя указанные взгляды, в первую очередь необходимо отметить, что содержательно принципы крайнего средства и необходимости едины, и означают, что более опасные и разрушительные средства должны применяться только в случае, если иные средства оказались негодными. Если руководствоваться указанной формулировкой, то окажется, что данные принципы применимы к любым типам войн, в том числе информационным. При этом кибератаку или иную информационную атаку всё же нельзя рассматривать как первоочередное средство, если существует возможность переговоров и дипломатии. Следовательно, принцип крайнего средства (необходимости) остается актуальным.

Высказывается также тезис, что если традиционная трактовка принципа правого дела не допускает превентивную войну, то информационные атаки ввиду своей малой разрушительности вполне могут осу-

¹ Ajir M., Vaillant B. Russian Information Warfare: Implications for Deterrence Theory. // *Strategic Studies Quarterly*. 2018. №12 (3). P. 70-89.

² Taddeo M. Information Warfare and Just War Theory // *The Ethics of Information Warfare* / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014. P. 129-130; Lee S.P. The Ethics of Cyberattack // *The Ethics of Information Warfare* / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014.

³ Denning D.E., Strawser B.J. Moral Cyber Weapons // *The Ethics of Information Warfare* / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014.

шествовать превентивно (например, с целью помешать созданию оружия массового уничтожения)¹. Вместе с тем, очевидно, что дозволение превентивных информационных атак сомнительно даже с учетом их малой разрушительности, так как может спровоцировать «войну всех против всех», что не будет отвечать принципам соразмерности и необходимости (фактически мы уже сейчас наблюдаем скрытую глобальную войну, в которой в долгосрочном плане рискуют проиграть все). Кроме того, хотя создание оружия массового уничтожения само по себе может рассматриваться как правонарушение, требующее ответных действий, но любые такие действия, по общему правилу, должны осуществляться в рамках существующего международного правопорядка, на основе легитимных решений.

Таким образом, особенности информационных войн заставляют внимательно относиться к расчету возможного ущерба от информационных атак и к сопоставлению его с имеющимися альтернативами, но вряд ли являются основанием для переосмысления самих моральных принципов.

Во-вторых, информационные атаки зачастую направлены на объекты, не являющиеся военными; сами эти атаки также могут быть осуществлены через «гражданские» компьютеры и веб-сайты.

Этот фактор проблематичен потому, что смазывает границу между военными и гражданскими объектами и целями. Следует признать, что уже войны четвертого поколения подняли ряд острых вопросов, касающихся, например, статуса партизан, частных спонсоров войны или объектов двойного назначения (включая транспортную, энергетическую и информационную инфраструктуру), что заставляет выработать четкие общие правила разграничения законных и незаконных целей войны (например, традиционных критериев разграничения комбатантов и некомбатантов, таких как ношение оружия и военной формы и состояние в действующей армии, здесь явно не достаточно). Таким образом, поводы для переосмысления принципа дискриминации появились задолго до т.н. «информационного взрыва», актуализировавшего информационные войны. В этой связи и в отношении последних можно было бы ограничиться общим выводом, что сама по себе сложность определения допустимой цели не может служить оправданием атаки в отношении цели недопустимой. Однако проблема в том, что в пропагандистских войнах граница между комбатантами и некомбатантами не просто сложно определяется, но и в принципе исчезает. Так,

¹ Arquilla J. Ethics and information warfare // The changing role of information in warfare. / Marshall A. et al. (eds.). Santa Monica, 1999. P. 387.

применительно к классическим войнам военная этика говорила о недопустимости поражения гражданских лиц и объектов мирной инфраструктуры. «Новые войны» вскрыли проблематику, связанную с бойцами, не являющимися частью регулярной армии, с деятельностью по финансированию и разжиганию войны, а также эксплуатацией и поражением объектов двойного назначения (что актуально и для кибервойн), но всё же сохранили саму возможность разграничения тех, кто участвует в войне, и кто в ней не участвует. Однако в пропагандистской войне человек одновременно является объектом и субъектом атаки: будучи «пораженным» пропагандой, он сознательно совершает действия в интересах одной из сторон конфликта, и причиняет вред другой стороне.

Также в указанном контексте обращается внимание на то, что у правительств появляются дополнительные основания для ограничения прав своих граждан. Действительно, здесь имеет место серьезная моральная дилемма, однако выше мы уже показали, что трансформация теории и практики прав человека, по всей видимости, неизбежна.

В-третьих, использование информационных технологий (анонимность, или же намеренная вероломная подмена личности) делает очень сложным определение того, кто инициировал кибератаку¹, а также квалификацию её именно как атаки, а не как случайного сбоя². Помимо анонимности и потенциальной бесследности исследователи называют такие признаки кибервойн, как неопределенность времени их начала, а также отсутствие привычных понятий фронта и тыла³. Впрочем, эти характеристики свойственны и любым «новым войнам». Следует указать также на возможную неясность серьезности последствий информационной атаки, что затрудняет выбор пропорционального ответа⁴.

Указанные факторы также связаны со сложностью применения традиционных принципов справедливой войны, но не с их моральной значимостью. Понятно, что для того, чтобы осудить агрессора и нанести ему ответный удар, мы должны понимать, кто именно является агрессором, и какие именно угрозы (как для материальных, так и для нематериальных объектов) от него исходят. Но выяснение этого обстоятельства — дело практической необходимости, а не моральная проблема. С позиции морали в любом случае недопустимо применять силу против субъекта,

¹ Taddeo M. Information Warfare: A Philosophical Perspective. // *Philosophy and Technology*. 2012. №25 (1). P. 105-120.

² Greenberg L.T., Goodman S.E., Soo Hoo K.J. Op.cit. P. 21-23.

³ Ларина Е., Овчинский В. Указ.соч. С. 23-27.

⁴ Lin P., Allhoff F., Abney K. Is Warfare the Right Frame for the Cyber Debate? // *The Ethics of Information Warfare* / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014. P. 42-43.

в отношении которого нельзя сказать достоверно, является он агрессором или нет; морально недопустим также и непропорциональный ответ. Представляется, что установление на международном и национальном уровнях четких сфер ответственности за происходящее в цифровом пространстве могло бы стать решением данной проблемы. В этом случае может отпасть необходимость в выявлении конкретного агрессора, поскольку ответственным в любом случае будет субъект, не предпринявший достаточных мер по нейтрализации возможности указанной агрессии, а также по поиску киберпреступников.

В связи с анонимностью источника информационных атак некоторые проблемы возникают с определением того, соблюден ли принцип легитимности. Но, во-первых, данный принцип может быть подвергнут обоснованному сомнению и вне контексте информационных войн, а потому его лучше рассматривать лишь как оспоримую презумпцию того, что война является прерогативой легитимной власти затронутой территории, во-вторых, во всех случаях, когда источник атаки известен, степень его легитимности, равно как и характер его связи с политическими властями, как представляется, должны быть приняты во внимание, то есть указанная презумпция будет действовать, в том числе, и для информационных войн. Например, хакерские атаки в целях самообороны политического сообщества должны осуществляться только под руководством или с согласия легитимных властей этого сообщества, за исключением случаев, когда связь с ними невозможно установить (из-за атаки противника на информационную инфраструктуру). Иными словами, здесь действует общее правило (применимое, например, и к партизанской войне), а сложности касаются лишь установления фактических обстоятельств.

Кроме того, моральные вопросы возникают в связи с ответственностью за последствия применения роботизированного оружия, так как в данном случае не ясно, кто именно должен эту ответственность нести. Тема ответственности обычно поднимается в рамках теории справедливой войны, а именно *jus post bellum* (справедливости после войны), однако не имеет отношения к принципам развязывания (*jus ad bellum*) и ведения войны (*jus in bello*), поэтому в рамках настоящего исследования вопросы ответственности рассматриваться не будут. Тем не менее, констатируем, что в этом отношении развитие информационных технологий ставит новые моральные проблемы.

Таким образом, особые характеристики информационных войн в целом вряд ли являются основанием для трансформации моральных принципов развязывания и ведения войны. Однако, как было сказано

выше, определенные сложности возникают с пропагандистскими войнами, которые по своей сути отрицают принцип дискриминации. Применительно к пропагандистским войнам этика информационного взаимодействия во многом заменяет военную этику. По крайней мере, она становится первичной, а военная этика применима лишь в случаях нарушения этики информационного взаимодействия. Любые действия, нарушающие последнюю, уже рассматриваются как агрессия, однако в некоторых случаях, по-видимому, не должны отвергаться на основании принципа дискриминации вследствие своей малой опасности.

Сложности практического применения военной этики

Что касается сложностей применения требований военной этики на практике, то любые такие сложности на теоретическом уровне решаются в трёх направлениях.

1. Принципы справедливой войны мыслимы не только в бинарной логике (в рамках которой тот или иной принцип либо соблюдается, либо нет), но и в логике «скользящей шкалы» (в рамках которой действие с точки зрения каждого из принципов может быть оценено как более или менее (не)справедливое). Отсюда, даже частичное их воплощение имеет моральную значимость. Например, военные действия могут не отвечать требованиям необходимости и соразмерности (и в этом смысле быть несправедливыми), но в любом случае чем меньше разрушений они влекут, тем лучше (то есть можно сделать их менее несправедливыми). В результате, сложность соблюдения соответствующих принципов в конкретных случаях не заставляет нас отказываться от них, ведь любое стремление к их соблюдению оправдано: они выступают для нас своего рода «путеводной звездой», по направлению к которой есть смысл плыть, даже если понимаешь, что никогда её не достигнешь.

2. При оценке действий конфликтующих сторон нельзя забывать про критерий вины. Иногда обстоятельства таковы, что просто невозможно выполнить моральное требование, но если это действительно так, то это невыполнение и не вменяется субъекту в вину. В этом смысле частота и серьезность несправедливостей на войне сами по себе не имеют морального значения; его имеет лишь то, выполнили ли участники военных действий требования, которые предъявляются к ним как к рациональным агентам. Следовательно, даже если формальное нарушение принципов неизбежно, это ещё не влечет их несостоятельность.

3. Моральные требования должны формулироваться таким образом, чтобы их соблюдение было принципиально возможно для рациональных агентов. Проблем не возникает, если для выполнения требования достаточно лишь воздержаться от определенных несправедливых

действий. Однако ситуация меняется, когда речь идет о позитивных обязанностях (т.е. обязанностях по совершению активных действий). Именно такие обязанности как минимум в некоторых случаях подразумевает принцип правого дела. Например, государство не просто вправе, но и обязано защищать своих граждан от внешней агрессии. Следовательно, формулируя обязанности государства по такой защите, нельзя предъявлять к нему заведомо невыполнимых требований. Здесь возможна аналогия с обязанностями по обеспечению внутреннего правопорядка: нельзя требовать от государства устранения преступности как таковой, но можно требовать выполнения сотрудниками полиции своих должностных обязанностей. В случаях же, когда государства не имеют возможности или права обеспечивать защиту от информационной атаки, они должны предусматривать право жертвы на самооборону¹.

Как видно, многие теоретические трудности, связанные с невыполнимостью принципов справедливой войны, решаются на более абстрактном уровне, и не связаны с проблематикой информационных войн.

Заключение

Информационные войны бросают нам множество моральных вызовов. В первую очередь, некоторые информационные атаки (равно как и некоторые экономические санкции и т.п. приемы гибридной войны) следует квалифицировать как применение силы или угрозы силой, акт агрессии, вооруженное нападение и как вмешательство во внутренние дела государства согласно международному праву. Новые реалии, возможно, потребуют поставить вне закона разработку и применение некоторых информационных технологий. В конечном счете, реалии информационного общества, в том числе информационные войны, делают необходимым пересмотр теории прав человека, и выработку этики информационного взаимодействия. Речь идет не только о новых ограничениях (мечты о полной свободе в интернете должны быть отброшены), но и о провозглашении новых прав. Эти новые права, с одной стороны, направлены на предоставление каждому человеку условий для саморазвития, с другой стороны, накладывают ограничения на уже существующие права, что создает для различных злоупотреблений со стороны государства, получившего полномочия по контролю информационной сферы. В то же время теория справедливой войны в целом остается неизменной и вполне может быть применена, в том числе, и к информационным вой-

¹ Lin P., Allhoff F., Abney K. Is Warfare the Right Frame for the Cyber Debate? // The Ethics of Information Warfare / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014.

нам (однако применительно к «пропагандистским» войнам сложно отстаивать принцип дискриминации в строгих формулировках). В первую очередь следует бороться с соблазном объявить дозволительными превентивные войны, а также освободить участников информационных войн от соблюдения принципа крайнего средства. В то же время некоторые принципы справедливой войны, выглядящие сомнительными в контексте информационных войн, в действительности могут быть подвергнуты сомнению и вне этого контекста, поэтому сами по себе информационные войны не являются здесь фактором, делающим необходимой моральную переоценку. В свою очередь моральные дилеммы, связанные со сложностью применения на практике некоторых принципов справедливой войны, решаются вне связи с проблематикой информационных войн.

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. Особенность уравнивающей справедливости состоит в том, что когда взаимодействует небольшое количество индивидов, и эти взаимодействия, как правило, добровольны (осуществляются по согласию), то справедливое решение обычно лежит на поверхности.

В частности, на первый взгляд кажется, что там, где есть согласие, есть и справедливость, ведь согласие означает устранение самого спора. Однако поскольку справедливость мы понимаем не столько как урегулирование спора, сколько как урегулирование конфликта интересов, то может оказаться, что сторона договора может не вполне осознавать свой собственный интерес, или даже осознанно действовать против своего интереса без какого-либо принуждения со стороны других лиц. Отсюда проистекает множество вопросов, например: кто может быть стороной договора? какие условия необходимы для того, чтобы договор считался действительным? как быть с неравенством переговорных возможностей при заключении договора? какие условия нельзя прописать в договоре? в какой мере согласие является морально связывающим? Все эти вопросы показывают, что согласие следует учитывать далеко не всегда, и в принципе возможны ситуации, когда согласие есть, а справедливости нет. Указанная проблематика и будет рассмотрена в рамках данной главы. В принципе, с точки зрения справедливости стороны, не наделенные публичной властью, не могут заключить договор, который бы затрагивал интересы тех, кто в данном договоре не участвует, тогда как все

остальные ограничения связаны с осмыслением самой сущности акта согласия. В любом случае, в области договорной справедливости сущностное равенство (т.е. равенство в достоинстве) еще не означает формально равных прав сторон договора, и вообще равных прав людей на заключение договоров.

Кроме того, бывают ситуации, когда согласия не достигнуто. В этих ситуациях спор должен быть разрешен исходя из равного учета интересов сторон, и небольшое количество индивидов обуславливает относительную простоту поиска справедливого решения. Предположим, например, что два друга, гуляя по городу, не могут решить, куда пойти дальше: в точку А или в точку Б. Беспристрастный судья, стремящийся разрешить спор исходя из равного учета интересов, мог бы, конечно, отправить незадачливых друзей в точку В, куда никому из них не нужно: это было бы справедливо в том смысле, что интересы каждого из друзей равным образом не учтены. Однако если мы принимаем во внимание не только справедливость, но и целесообразность, то более приемлемыми будут иные – не менее справедливые – варианты разрешения спора (например, подбрасывание монеты).

Следует также отметить, что ответы на все поставленные выше вопросы относительно морального статуса договоров (соглашений) сами по себе не зависят от того, соглашаются ли с ними стороны договора. Иными словами, эти ответы предзаданы любому договору. Но если так, то мы не можем рассматривать социум в целом как продукт некоего «общественного договора». Проблемы здесь связаны не только с тем, что в реальных условиях, когда население государств измеряется миллионами людей, заключить какой-то «общественный договор», с которым были бы согласны абсолютно все, нереально. Проблемы обусловлены тем фактом, что сам моральный статус согласия, а именно условия, при которых согласие валидно, не зависят от реального согласия с ними реальных индивидов. Границы свободы договора, условия действительности сделок, критерии свободного и информированного согласия, общие критерии дееспособности, право на одностороннее изменение или расторжение договора – всё это вопросы, которые определяются отнюдь не согласием, равно как и вопросы, связанные с обращением с теми, кто не может или не вправе выразить свою волю (согласие или несогласие) касательно такого обращения. Вот почему помимо уравнивающей справедливости приходится обращаться также к распределяющей и межпоколенческой справедливости.

Наиболее сложные и фундаментальные споры касаются проблем распределения, охватываемых множеством отраслей публичного права.

Сложности здесь возникают потому, что мы не можем воспринимать общество как продукт реального договора. Но тем не менее общество производит определенные блага, которыми пользуются его члены, и накладывает на этих членов определенные обязанности. Соответственно, необходимо найти отличные от согласия критерии справедливости соответствующего порядка. Причем поскольку мы имеем дело с большими обществами, бывает очень трудно понять, как именно равным образом учесть интересы каждого члена общества. Представляется, что именно вопрос распределения материальных благ является ключевым при разграничении современных политических идеологий, каждая из которых по-своему понимает идею равенства (равного учета интересов). 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 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 скорее 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. Справедливость договора: предмет и основные начала

Введение. Со времени издания фундаментальной работы Дж. Ролза «Теория справедливости» (1971) многие философы и политологи были заняты разработкой проблем справедливости. Однако, несмотря на

давнюю традицию широкого понимания политического¹, интересы исследователей неизменно фокусировались либо в области основ социального устройства (базовая структура общества, политическое устройство и т.п.), либо лишь на некоторых конкретных вопросах (дискриминация меньшинств, распределение материальных благ, справедливость войны и т.п.). При этом область гражданско-правовых отношений (в т.ч. договорных) оставалась вне поля их зрения. Игнорирование политическими теоретиками проблем справедливости договора можно объяснить тем, что политическое по определению представляет собой сферу публичного, тогда как договор – по определению сфера частного. Лишь семейные отношения (одна из разновидностей частноправовых отношений) в последнее время является более или менее политизированными (права ЛГБТ-сообщества, внутрисемейные дискриминация и насилие, право на аборт, другие проблемы биоэтики и т.п.), но это происходит именно потому, что некоторые проблемы перестают рассматриваться как частные. В то же время, если понимать справедливость как идеал социального устройства, а также действий и поступков людей, то она фактически распространяется на всю социальную сферу, все социальные нормы. Это означает, что теория справедливости должна распространяться, в том числе, и на частное право. Причем, поскольку политическая теория здесь зачастую безмолвствует, можно было бы ожидать некоторой степени разработанности проблемы со стороны правоведов. Однако юристы исследуют проблематику справедливости лишь в рамках общей теории договора, осмысления принципов гражданского права или сравнительного правоведения, и этим исследованиям, как правило, недостает нормативности (т.е. критической моральной оценки) и/или междисциплинарности (в частности, связи с этической и политической теорией).

Идея данного параграфа состоит в том, чтобы показать, как разрабатываемые юристами общая теория договора и отдельные доктринальные конструкции в области договорного права могут развиваться в русле теории *справедливого* договора, т.е. поиска принципов *должного*, которыми следует руководствоваться законодателю при правовом регулировании договорных отношений. В некотором смысле речь идет о том, чтобы «политизировать» сферу договорных отношений. Следует сразу признать, что в этом направлении всегда существует риск «изобрести велосипед», поскольку цивилисты, обосновывая или критикуя ту или иную норму права, нередко отсылают к тем или иным принципам *должного*, да и принципы гражданского (и, в частности, договорного) права и

¹ См., напр.: Barber B. Strong democracy. Participatory politics for a new age. Berkeley, Los Angeles, London, 2003.

гражданско-правовые доктрины хорошо изучены. Однако междисциплинарный характер исследования как минимум способен обогатить горизонты воззрений как юристов, так философов и политологов.

Итак, 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 участием этих сторон¹. (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.) В этой связи *ключевым аспектом договорной справедливости должно стать рассмотрение человеческой воли как (психической) способности к целеполаганию (принятию осознанных и разумных решений) и как самого целеполагания*². Необходимо выяснить, когда и при каких условиях данная воля может порождать договорные обязательства, в чем именно эти обязательства могут или не могут состоять. Иными словами, речь идет об исследовании нормативной значимости факта согласия.

Общетеоретические предпосылки договороспособности и ответственности. 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. с дееспособностью; в уголовном праве воля увязывается со способностью лица, обусловленной его психическим состоянием, осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (без-

¹ 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.

² 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.

действия) либо руководить ими (ст.ст. 20 ч.3, 21, 22 УК РФ), т.е. с вменяемостью. На философском уровне понятия дееспособности и вменяемости, как видится, можно отождествить, хотя юридически между ними есть отличия. Общность состоит в том, что 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). Иными словами, и понятие дееспособности, и понятие вменяемости предполагают, что если лицо достигло возраста, с которого допустимо привлечение этого лица к ответственности, и при этом не страдает определенного рода психическими заболеваниями, то оно должно отвечать за свои действия, поскольку считается, что данное лицо в целом можно рассматривать как "агента" (т.е. как самостоятельного субъекта). Гражданская дееспособность включает не только деликтоспособность (способность нести ответственность), но и сделкоспособность (способность заключать сделки), которая также обуславливается состоянием сознания и уровнем самоконтроля индивида, и подразумевает, что договорам, заключенным этим индивидом, придается правовое значение.

Юристами давно подмечено, что для привлечения лица к ответственности вовсе не требуется кантовское представление о свободе воли человека¹. Как верно отмечал, например, Г. Кельзен, 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 и разума, могла бы привести к другим последствиям². У малолетних детей и душевнобольных воля и разум не способны быть действенной причиной, поэтому мы исключаем их ответственность. В данном случае мы не можем приписать то или иное деяние им как самостоятельным субъектам, а потому и ответственность

¹ Лист Ф. Указ.соч. С. 81-82; см. также подр.: Зверев Н.А. Свобода воли и право. М., 1898.

² Кельзен Г. Указ.соч. С. 127.

за него была бы несправедливой (см. п. 3 ст. 28, ст. 1076 ГК РФ, ст.ст. 20, 21 УК РФ и др.).

Но одновременно важно понимать, что на практике сознание и воля человека – явления весьма подвижные, а уровень психического и интеллектуального развития отличается от человека к человеку. Вот почему право устанавливает не только общее правило о возрасте, с которого гражданин считается способным осознавать и понимать некоторые вещи и полностью контролировать себя (возраст наступления полной дееспособности, возраст привлечения к уголовной ответственности и т.п.), но и предусматривает множество специальных правил (в уголовном праве по отдельным составам преступления возраст привлечения к уголовной ответственности может быть выше или ниже, а в гражданском праве есть понятия частичной и ограниченной дееспособности, причем критерии сделокпособности и деликтоспособности дифференцированы по возрастам, и эти критерии дифференциации у них различны, см. ст.ст. 26, 28, 30 ГК РФ).

Применительно к сделкам особенности состоят не только в том, что одни сделки могут заключать и малолетние, другие – подростки, а третьи – только совершеннолетние граждане. Речь ещё и о том, что некоторые сделки запрещены к совершению даже взрослым дееспособным людям, если такие люди отвечают определенным признакам (например, на фондовом рынке некоторые виды сделок могут совершать лишь квалифицированные инвесторы), или же к совершению таких сделок предъявляются особые требования, без соблюдения которых, как предполагается, нельзя быть уверенным в том, что одна из сторон делает свой выбор осознанно (например, законодатель особо защищает право потребителей на информацию, в том числе о финансовых услугах).

Но какими бы обширными ни были исключения, право по своей сути является совокупностью более-менее общих правил; законодатель не может и не должен предусматривать особые правила под каждую ситуацию. Как же определить справедливость общего правила? Ответ: оно должно подходить под максимально большое количество реальных кейсов, а несправедливость от возможных несоответствий должна быть меньше, чем несправедливость, вытекающая из полного отсутствия общего правила¹. В этой связи представляются весьма близкими к истине

¹ Иными словами, если законодатель устанавливает шестнадцатилетний возраст в качестве возраста, по достижении которого лицо подлежит уголовной ответственности, то это значит, что подавляющее большинство преступников к этому возрасту уже способны понимать значение и характер своих действий или бездействий, предвидеть последствия

следующие слова Г. Кельзена: "Современные правовые порядки 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 правовым порядком поступок, то, согласно этому правовому порядку, он ответствен за этот поступок и за его последствия. Если он совершает запрещенный поступок, каузально детерминированный обстоятельствами, отличными от тех, которые правовой порядок принимает за среднестатистические, — тогда говорят, что этот человек действует под влиянием обстоятельств непреодолимой силы"¹.

Следует также заметить, что право не только констатирует факт о том, что является "среднестатистическим", но и предписывает всем людям соответствовать этому стандарту: "Будь таким-то к такому-то возрасту! Иначе — не жалуйся, что на тебя возложено бремя последствий твоих ошибок!". Исключения составляют лишь случаи психических заболеваний, при наличии которых человек может быть признан недееспособным и невменяемым, и на этом основании избежать ответственности. В свою очередь нахождение человека в состоянии опьянения не является основанием для освобождения от ответственности, так как здесь предполагается, что человек — хотя и является фактически невменяемым/недееспособным — сам виновен в том, что не соответствует принятым законодателем стандартам вменяемости/дееспособности (п. 2 ст. 1078 ГК РФ, ст. 23 УК РФ)². Этот случай любопытен тем, что к ответственности привлекается лицо, которое не просто не виновно в том деянии, которое ему вменяется (так как не осознавало характер этого деяния, не предвидело его последствий, и не руководило собой), но и в принципе не могущее быть виновным как раз потому, что невменяемо. Кроме того, российское гражданское законодательство 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 случай, когда предприниматель не исполнил условия договора, так как

таковых, и руководить собой. Если законодатель устанавливает восемнадцатилетний возраст в качестве возраста наступления полной гражданской дееспособности, то это значит, что к данному возрасту подавляющее большинство людей способно осознанно вступать в частные отношения с другими лицами.

¹ Кельзен Г. Указ.соч. С. 127.

² Впрочем, в УК РФ отчего-то нет такой оговорки, и в результате уголовную ответственность может понести даже лицо, совершившее преступление в состоянии опьянения, которого насильно довели до такого состояния.

стал фактически недееспособным уже после его заключения). Согласно одной из точек зрения, имеющих место в научной литературе, «невменяемость есть не что иное как неспособность психически больного лица действовать виновно»¹. Соответственно вменяемость – "нормальное состояние человека зрелого и со здравым рассудком"² – это необходимое условие виновности. Отсюда, в обычной ситуации, даже если право и предусматривает ответственность невиновных³, всё же подразумевается, что невиновное лицо хотя бы вменяемо/дееспособно⁴; ответственность пьяных и недееспособных – явное исключение. Но если ответственность пьяных ещё объяснима их собственной виной в том, что они невменяемы/недееспособны, то справедливость ответственности *de jure* или *de facto* недееспособных в иных случаях мы склонны ставить под сомнение. Вероятно, некоторые неблагоприятные последствия для них можно оправдать не как меру ответственности, а как следствие распределения неблагоприятных последствий между равно невиновными участниками правоотношений (абз. 2 п. 4 ст. 1073, п. 3 ст. 1076, абз. 2 п. 1 ст. 1078 ГК РФ).

Таким образом, мы видим, что предпосылки заключения договоров и привлечения к ответственности в целом схожи: речь идет о субъекте, обладающем волей и сознанием, и в силу этого рассматриваемом как "агент". Не случайно и сделкоспособность, и деликтоспособность являются составными частями общего понятия гражданской дееспособности. Однако конкретные правовые критерии сознательности всегда слишком приблизительны и грубы, и фактически право как бы подталкивает людей к сознательности, делая снисхождение лишь тем, кто страдает психическими заболеваниями (предполагается, что такая болезнь – это то, что нельзя ставить человеку в вину). Более того, в тех случаях, когда среднестатистический (дееспособный) человек не способен осознавать собственный интерес, а также адекватно избирать средства реализации этого интереса, свобода договора находит своих границы. И когда среднестатистический (вменяемый) человек не способен осознать характер и значение своих действий и предсказать их последствия, то границы своей применимости находит и юридическая ответственность.

¹ Назаренко Г.В. Правовая и криминологическая значимость уголовно-релевантных психических состояний. Орёл, 2002. С. 83.

² Лист Ф. Указ.соч. С.81.

³ Считается, что безвиновная ответственность возможна в гражданском, а не в уголовном праве. Но уголовная ответственность пьяных – это по сути пример безвиновной уголовной ответственности.

⁴ Рикёр П. Указ.соч. С. 19-20, 43-49.

Сказанное демонстрирует, что правопорядок не может быть основан исключительно на согласии подчиненных ему лиц, ведь многие из таковых попросту не могут выразить это согласие вследствие недееспособности/невменяемости. Таким образом, всегда будут люди, чье членство в обществе и подчинение общим правилам не обусловлено их собственным согласием. Более того, сами правила определения дееспособности/вменяемости устанавливаются не ими, а другими – уже дееспособными/вменяемыми людьми. В итоге, на практике всегда будут существовать не только люди, которые не дали свое согласие на подчинение общим правилам ввиду неспособности дать такое согласие, но и люди, которые фактически способны дать квалифицированное согласие, но их способность сделать это не признается существующими общими правилами (и наоборот – чья способность признается общими правилами, но фактически отсутствует). Всё это побуждает нас искать иные, помимо согласия, моральные основания для подчинения общим правилам. И если такие моральные основания будут найдены, то вполне может оказаться, что они применимы не только к несовершеннолетним или психически больным, но и ко множеству других людей.

В частности, в современных условиях очевидно, что само состояние человека в государственном союзе вряд ли можно рассматривать как следствие его согласия, ведь если человек не хочет испытывать на себе власть конкретного государства, то всё, что он может сделать – это иммигрировать, согласившись на власть другого государства. Таким образом, каждый человек вынужден (!) согласиться на ту или иную публичную власть. Вряд ли такое вынужденное согласие можно считать подлинным согласием. Соответственно, мы должны либо принять радикально анархистский идеал, либо искать иные, помимо согласия, моральные основания подчинения совершеннолетних и вменяемых людей публичной власти.

Общетеоретические начала признания сделок недействительными. Для теории справедливого договора волевой аспект имеет значение, в первую очередь, в области анализа предусмотренных в законе оснований недействительности сделок. 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 для каждого из этих «пороков». Другое дело, что помимо свободного волеизъявления (согласия) сторон на сделку имеют моральное значение и другие факторы.

Так, в случае, когда воля лица как способность к целеполаганию отсутствует или недостаточно сформирована (лицо 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. Здесь следует задаться вопросом: можно ли вообще считать сделкой событие, в которой не задействована надлежащая воля одной из сторон? Казалось бы, само отсутствие таковой воли уже делает сделку ничтожной. Однако на практике оказываются значимыми и другие факторы, без наличия которых сделка не может быть оспорена. Так, например, судебная практика исходит из того, что для оспаривания подобных сделок юридически значимым обстоятельством является также нарушенный интерес истца¹. Но почему вообще *de jure* или *de facto* недееспособное лицо (его законный представитель) при оспаривании сделки обязаны доказывать отсутствие своего интереса на совершение этой сделки? Разве недостаточно доказать, что в силу порока субъекта воля сторон не была согласована?² Вероятно, юридическую значимость фактора интереса можно объяснить тем, что государство не желает рассматривать частные споры, в разрешении которых стороны не могут доказать свой интерес. Кроме того, иногда законодатель в качестве ещё одного условия для оспаривания сделок с пороком субъекта называет недобросовестность другой стороны (см. абз. 2 п. 2 ст. 177 ГК РФ), что объяснить сложнее. Одно из возможных объяснений этому таково: недобросовестность другой стороны имеет значение всегда, но в большинстве ситуаций она признается очевидной, поэтому законодатель возлагает на истца бремя доказывания недобросовестности другой стороны лишь в исключительных случаях.

¹ См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 27.01.2022 N 105-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Л. на нарушение его конституционных прав абзацем вторым пункта 2 статьи 166 и пунктом 1 статьи 177 Гражданского кодекса Российской Федерации"

² В законе также предусмотрены случаи, которые на первый взгляд можно трактовать как указание на юридическую значимость такого фактора, как интерес сторон сделки. Так, заключенный недееспособным субъектом договор может быть признан действительным по иску законного представителя такого лица, если совершен к выгоде последнего (ст. 171-172 ГК РФ). Но данное регулирование можно рассматривать как частный случай допущения «отложенного» согласия (ср. с абз. 4 п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК РФ, п. 4 ст. 178 ГК РФ), предоставленного от имени недееспособного его законным представителем. Следовательно, ключевым здесь является именно согласие, пусть и выраженное позднее.

Рассмотрим теперь, какие правовые последствия влекут *собственно пороки воли* как целеполагания: это, во-первых, ситуации несовпадения воли и волеизъявления, когда лицо имеет сформировавшуюся волю (мотив), но по тем или иным причинам выражает нечто отличное от нее (ст. 170, ст. 178, п. 2 ст. 179 ГК РФ или выделяемое в общем праве "обоюдное заблуждение"), а во-вторых, пороки образования воли, когда воля одной из сторон формировалась несвободно, и потому нельзя говорить о согласованной воле сторон (п. 1 и п. 3 ст. 179 ГК РФ). В этих случаях законодатель, как правило, исходит из того, что другая сторона либо знала (должна была знать) об этом пороке воли и злоупотребила им, либо же сама незаконно создала его (см. п. 5, 6 ст. 178, абз. 3 п. 2 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"¹ и вызвана ли эта порочность неправомерными действиями последнего. Следовательно, помимо фактора порочности воли имеет значение фактор недобросовестности. Такой подход, конечно, может встретить не лишённые смысла возражения: если воля на заключение договора отсутствует или существенно искажена, то почему для признания договора недействительным необходимы какие-то дополнительные критерии в виде недобросовестности другой стороны? По всей видимости, законодатель в подобных случаях исходит из необходимости найти баланс интересов сторон, и это верная интенция. Ведь, с одной стороны, на человека не должны возлагаться обязанности, если он не давал на них согласия, с другой стороны, его контрагент не должен нести негативные последствия отсутствия такого согласия, если он в этом не виноват. Возможно, однако, такой баланс мог бы быть достигнут другими средствами. Например, сделка с пороком воли могла бы считаться недействительной в любом случае (вопреки п. 5 ст. 178, абз. 3 п. 2 ст. 179 ГК РФ), но при осведомленности другой стороны об этом пороке у нее возникала бы дополнительная обязанность по возмещению убытков, а при отсутствии такой осведомленности, напротив, именно другая сторона имела бы право на возмещение убытков (ср. п. 4 ст. 179 ГК РФ с п. 6 ст. 178 ГК РФ, абз. 3 п. 1 ст. 171 ГК РФ). Любопытно также, что если в случае порока субъекта законодательство хотя бы косвенно подразумевает значимость нарушенного интереса (см. п. 2 ст. 171 и п. 2 ст. 172 ГК РФ), то в случае порока воли данный фактор присутствует не всегда (см. ст. 170 ГК РФ), что также вызывает вопросы.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (кн.1). М., 2001. // СПС КонсультантПлюс. Гл. III, пар. 3.

В целом же, мы видим, что хотя само возникновение договорного обязательства связывается исключительно с фактом согласия, но при оспаривании договорного обязательства по причине отсутствия согласия законодатель, как правило, учитывает также такие факторы, как интерес истца в оспаривании договора и недобросовестность контрагента при заключении договора.

Так или иначе, основания недействительности сделок, сводящиеся к пороку субъекта или пороку воли (вне зависимости от того, насколько удачно они сформулированы законодателем, и какие дополнительные факторы ему следовало бы учесть), прямо вытекают из самого понятия договора как согласованной воли сторон. Поэтому теория договорной справедливости 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 (в п. 2 ст. 21, ст. 27 ГК РФ такой учет имеет место), либо наоборот, возлагает на фактически не полностью дееспособных лиц бремя ответственности за совершенные ими акты, а также когда оно недостаточно различает степени утраты дееспособности¹. На наш взгляд, наиболее остро в современных российских реалиях стоит следующая проблема. Довольно часто одна из сторон договора является *de facto* не полностью дееспособной, хотя и не отвечает признакам недееспособности или ограниченной дееспособности. Это имеет место, например, когда банки, страховщики и брокеры навязывают людям договоры, в нюансах содержания которых неквалифицированному человеку весьма сложно разобраться даже при внимательном прочтении. Кроме того, настоящим бичом современного общества стали мошенники, убеждающие граждан заключать те или иные сделки (оформление кредитов, продажа квартир и т.п.). На практике большинство судей придерживается неприемлемой позиции, согласно которой если человек в

¹ 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.

здравом уме и твердой памяти без какого-либо принуждения подписал договор, то он согласился на его условия, какими обременительными они ни были. Конечно, не следует полностью перекладывать на государство ответственность граждан за свои действия. Но, как представляется, выход мог бы состоять в том, чтобы не сводить понятия «осознанности», «добровольности», «информированности» к критериям, которым удовлетворяет большинство граждан. Законодатель вполне может предусмотреть различные критерии для тех или иных социальных групп. Тогда и судей будет больше возможностей для учета всех морально значимых факторов. К этому, например, сводятся заслуживающие внимания предложения учесть в законе феномен «старческой недееспособности»¹. Критерии сделкоспособности 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 связи с достижением определенного возраста особенностей самой человеческой психики и изменяющихся в ходе истории 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 в них. Иными словами, во имя стабильности гражданского оборота и эффективности правовых механизмов требуется несколько огрубленный подход к способам установления действительной воли сторон. В противном случае суды оказались бы заваленными спорами, при рассмотрении которых огромное количество времени уходит на выяснение действительной воли сторон договора. Судебная волокита и отсутствие эффективной правовой защиты сделали бы само заключение договоров во многом бессмысленным. Таким образом, и в случае порока формы ключевым оказывается понятие воли, ведь требования к форме договора – это лишь правила доказывания действительной воли сторон. Это означает, что при

¹ Некоторые предложения см. в: Барков А.В. Эволюция идеи о старческой дееспособности в современном российском наследственном праве // Наследственное право. 2009. №3.

установлении правил, касающихся формы договора, от законодателя требуется известная гибкость (не переходящая границ, за которыми законодательство становится слишком сложным и конкретным). Такая гибкость проявляется, например, в дифференциации последствий нарушения формы сделок (ср. п. 1 ст. 162, п. 3 ст. 163 и ст. 165 ГК РФ). Правда, всё это уже не имеет прямого отношения к проблемам договорной справедливости. В целом же справедливость требует эффективных правовых механизмов для своей защиты, в частности обеспечивающих установление фактических обстоятельств спора, и если требования к форме сделки способствуют этим целям – они могут быть оправданы.

Общетеоретические основания прекращения и изменения договора. Конструкция «несправедливого договора». Вина и неисполнение договора. Когда воля сторон, способных формировать и сформировавших эту волю, надлежащим образом согласована и подтверждена, договор 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 его условий без каких-либо нарушений договора другой стороной (напр., ст. 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"¹) 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 так сильно, что требовать от стороны учета подобных рисков просто неразумно.* По общепринятому мнению, никто не обязан делать больше возможного: *ultra posse nemo obligatur* (или: *impossibilium nulla est obligatio*).

Так, если изменившиеся обстоятельства делают его крайне невыгодным для одной из сторон², то, возможно, следует предусмотреть механизмы изменения или прекращения соответствующих обязательств.

¹ Бекленищева И.В. Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора. // Цивилистические записки. 2004. Вып. 3. С. 373-375.

² Крайняя невыгодность, очевидно, должна определяться с учетом декларируемых самим лицом или разумно предполагаемых судом целей этого лица при заключении договора, и оценке достижимости данных целей в контексте прежних и в контексте новых обстоятельств.

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 для учета 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 и других идеалов 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 представления о способностях человеческой воли, а значит и о должном уровне разумности участников гражданского оборота. На практике отступление от договора дозволялось, например, из-за ограничений, связанных с пандемией коронавируса¹.

Применительно к изменению и расторжению договора по причине существенного изменения обстоятельств некорректно говорить о порочности воли, скорее имеет место ограниченность человеческой воли в принципе. Добросовестность сторон договора не играет роли, так как предполагается, что ни одна из сторон не могла разумно предвидеть существенное изменение обстоятельств (т.е. добросовестность попросту предполагается). В итоге, с учетом презумпции доброты и вместе с тем ограниченности воли обеих сторон, решающим фактором оказывается нарушенный интерес. Но поскольку обе стороны добросовестны, то законодатель предписывает равным образом учитывать интересы при распределении негативных последствий изменения или прекращения обязательств (см. п. 3 ст. 451 ГК РФ).

Кроме того, в научной литературе² (как правило, со ссылками на ст.ст. 10, 428 ГК РФ, ч. 3 ст. 42 СК РФ, на 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*. Таковым

¹ "Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) N 1" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21.04.2020), вопрос №8.

² 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.

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, чрезмерном 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 относительно свободно и недвусмысленно, но этого всё-таки недостаточно для торжества справедливости. Так, законодатель учитывает не только несвободу или некорректность волеизъявления, но и, например, транзакционные издержки¹, вынуждающие согласиться на имеющийся вариант договора, различный уровень знаний и возможностей определять конкретные условия договора. 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)².

Приведенное понятие несправедливого договора, как видно, включает процедурный и материальный компоненты: учитываются, с одной стороны, особенности самого процесса заключения договора, с другой стороны, содержание договора³. Ущербность согласия одной из

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М., 2000. Т. 2. С. 21.

² См. подр.: Волос А.А., Волос Е.П. Слабая сторона в гражданском правоотношении: сравнительно-правовое исследование. М., 2019.

³ 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 стороной к 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

сторон (не вызванная противоправными действиями другой стороны) 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 обременительнее¹). 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.

Может показаться, что в понятии несправедливого договора явно подразумевается, что имеются лишь предположения о несвободе при заключении договора, и поэтому данные предположения требуют своего подтверждения путем исследования вопроса о том, получила ли слабая сторона какую-либо выгоду (отсюда – два критерия несправедливости договора: процедурный и материальный). Однако все это лишь одна из возможных интерпретаций. В конечном счете, если есть сомнения в том, что договор заключен свободно, почему бы судье не изучить обстоятельства, при которых заключался договор, вместо того, чтобы анализировать степень выгодности договора для сторон? И если окажется, что договор заключен "слабой стороной" добровольно, то его следовало бы оставить в силе. Другая интерпретация состоит в том, что для законодателя нарушение интересов «слабой стороны» является более важным, чем факт ее согласия или несогласия: дело не столько в том, что согласие одной из сторон ущербно, сколько в том, что другая сторона этим недобросовестно воспользовалась, т.е. ущемила интересы первой стороны. Чтобы понять, какая интерпретация верна, следует обратить

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, что в некоторых случаях у потерпевших возникают убытки, которые сложно доказать в суде (в этом случае неустойка сверх доказанных убытков может их покрыть).

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ.соч. С. 29.

внимание на то, что несправедливый договор очень напоминает сделку с пороком воли (ст. 179 ГК РФ), но при несправедливом договоре речь идет обычно о структурных неравенствах (потребитель-предприниматель, работник-работодатель и т.п.), а не об индивидуальных особенностях (разовое заблуждение, стечение тяжелых обстоятельств и т.п.), влияющих на формирование воли. Таким образом, несправедливый договор сам по себе предполагает, что «сильная» сторона априори знает о «слабости» своего контрагента. Вот почему включение явно обременительных условий в такой договор уже достаточно для признания его несправедливым (в отличие от логики п. 5 ст. 178, абз. 3 п. 2 и п. 3 ст. 179 ГК РФ, где факт осведомленности о пороке воли еще нужно доказывать). В результате, значимыми оказываются как вызванная структурными неравенствами ущербность согласия (несвобода) одной стороны, так и осведомленность об этом другой стороны и злоупотребление ею своими возможностями в ущерб интересам первой стороны.

Обратим внимание, что несправедливость договора согласно действующему законодательству может влечь как недействительность договора (ст. 10 ГК РФ, ст.ст. 42, 44 СК РФ), так и возможность его изменения и расторжения (ст. 428 ГК РФ). В связи с этим возникает вопрос: почему данные правовые последствия различны? Как представляется, решающее значение здесь имеет не отличие реституции (ст. 167 ГК РФ) от кондикции (п. 4 ст. 453 ГК РФ) как последствий соответственно признания договора недействительным и расторжения договора, а практические нужды гражданского оборота: наличие широко распространенных структурных неравенств не должно препятствовать гражданскому обороту, а потому необходимо предоставить «слабой стороне» не только возможность «аннулировать» сделку путем ее расторжения или признания недействительной, но и возможность требовать через суд изменения условий этой сделки.

Общий вывод состоит в том, что фактор согласия не является единственным и абсолютным. Иногда люди добровольно заключают договоры, но при этом сохраняют право расторгнуть или изменить эти договоры, если свою волю выражали в условиях неравенства переговорных возможностей (неблагоприятных обстоятельств), которыми воспользовался контрагент, или если уже после заключения договора появились какие-либо неблагоприятные обстоятельства, которые изначально невозможно было разумно предвидеть. Обе ситуации можно трактовать,

с одной стороны, как свидетельство не вполне квалифицированного согласия (волеизъявления)¹, с другой стороны, как ограничение радикально рыночного подхода (согласно которому "договор – превыше всего"). Но в обоих ситуациях для изменения или расторжения договора важно доказать наличие объективного и существенного интереса в этом (сама по себе ущербность согласия недостаточна!); некоторое моральное значение сохраняет и критерий (не)добросовестности. В целом, всё выглядит так, что для законодателя моральное значение имеют и согласие, и интерес: отсутствие одного из факторов само по себе не освобождает от несения обязанностей, и лишь если дефекты есть в обоих, то ситуация меняется.

Непростой представляется проблема выработки критериев и способов, по которым можно определить крайнюю невыгодность условий договора. Стоит делать это путем использования субъективных или объективных критериев? допуская любую минимальную взаимовыгодность или только строгую эквивалентность обмена?² В научной литературе высказывается точка зрения, что отсылка к субъективным критериям ("если согласился – значит для тебя это выгодно") способна оправдать вообще любой договор³. 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, ключевое значение здесь имеют как раз те объективные факторы, которые в момент заключения договора по тем или иным причинам оказались субъективно недооцененными, а не просто немотивированное изменение мнения, желаний и воли человека. С учетом этих новых объективных факторов подлежат оценке, в первую очередь, такие объективные критерии, как рыночная цена или то, что в бухгалтерском учете и в экономической мысли называется "fair value", а также обычные условия гражданского оборота. С помощью этих объективных критериев мы сможем понять, на что объективно могло рассчитывать лицо, если бы приняло во внимание все значимые объективные

¹ Отметим, что в рассмотренных случаях отступление от договора допустимо лишь если новые обстоятельства находятся вне контроля сторон, иначе речь бы шла об "агенте", которому можно вменить эти обстоятельства в вину.

² Богданова Е.Е. Возмездность и эквивалентность в гражданском праве Российской Федерации. // Законодательство и экономика. 2016. № 5.

³ Богданов Д.В. Указ.соч. С. 15-16.

факторы при заключении договора, и имел ли бы вообще смысл такой договор. Однако "рыночная цена" и "обычные условия гражданского оборота" – это нечто вроде средней температуры по больнице, поэтому не следует забывать особенности конкретного индивида, в том числе его неимущественные интересы (см., напр., ст. 26 Кодекса европейского договорного права), и обстоятельства заключения конкретной сделки.

Основная же и наиболее очевидная ситуация, когда допустимо отступление от договора, состоит не в наличии пороков согласия при заключении договора, а в невиновном нарушении этого договора. Современные правовые порядки исходят из того, что любой договор (как и вообще любое обязательство) связывает субъекта лишь отчасти. Так, обычно от субъекта требуется лишь проявление стандартного уровня "заботливости и осмотрительности" при исполнении обязательства, и если это требование выполнено, но обязательство всё равно не исполнено, то субъект считается невиновным, и не несет ответственности (абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ). Поскольку в гражданском праве (в отличие от уголовного права) используется "объективное" понятие вины, постольку не имеет значения, мог ли нарушитель теоретически проявить ещё большую заботливость и осмотрительность, и в чем именно заключается его воля. Иными словами, лицо освобождается от ответственности по обязательствам, которые он ранее добровольно согласился на себя взять, если с его стороны соблюдены некие общепринятые стандарты поведения. В то же время в гражданском праве распространена и во многих случаях считается вполне приемлемой безвиновная ответственность (ст.ст. 401 п. 3, 1067, 1070, 1073 абз. 2 п. 4, 1076 п. 3, 1077-1079, 1095, 1100, 1104 и др. ГК РФ). Например, гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный при осуществлении предпринимательской деятельности, по общему правилу наступает без вины, поскольку такая деятельность по определению связана с особыми рисками, а значит самим фактом её осуществления лицо принимает данные риски на себя¹. Но даже для предпринимателей законодатель определяет особый круг обстоятельств ("форс-мажор"), при которых они всё равно освобождаются от ответственности. В итоге мы видим, что правила гражданско-правовой ответственности предоставляют индивиду право разорвать узы ранее данного им согласия², и это право в общем и целом (с учетом "объективного"

¹ Правило безвиновной ответственности, в частности, может побудить предпринимателей избрать менее рискованные способы ведения бизнеса, внимательнее контролировать качество производимых им товаров/работ/услуг и т.п.

² Законодатель при этом, в отличие от ситуаций, урегулированных ст. 451 ГК РФ, не пред-

понятия вины и случаев безвиновной ответственности) не зависит от того, предвидел ли данный индивид возможность неисполнения им своего обязательства и мог ли он эту возможность предотвратить¹. Более того, эти правила гражданско-правовой ответственности во многом не зависят от согласия самих сторон договора, являясь императивными², как, впрочем, и другие правила, рассмотренные нами выше.

Ограничения на свободу договора. Особое внимание теория договорной справедливости должна уделить моральной оправданности оснований, по которым ограничивается свобода договора (а именно свобода давать согласие на заключение договора, выбирать сторону договора и конкретные условия этого договора). Дело в том, в цивилистике уже очень давно (с учетом критики *laissez-faire* и нарастания движений за социально-экономические права) считается очевидной ограниченность принципа свободы договора³. Речь идёт в первую очередь о т.н. «*пороке содержания*» сделки (ст.ст. 168-169 ГК РФ и др.), т.е. о запрете заключать определенного рода договоры или включать в них те или иные условия. В то же время в политической теории и практике активно оспаривается либеральный принцип максимизации равных свобод. Но как можно обосновать подобные ограничения?

Отчасти границы права на заключение договора могут быть оправданы тем, что некоторые соглашения затрагивают интересы не только сторон соглашения, но неопределенного круга лиц, а потому не могут считаться действительными без согласия всех заинтересованных лиц. Так, продажу избирателем своего права голоса, торговлю государственными должностями или покупку преступником лучших условий в тюрьме мы склонны считать недопустимыми, поскольку здесь затрагиваются интересы всего общества. В этом случае мы всё ещё считаем, что

писывает распределять между сторонами соразмерно негативные последствия невинного/форс-мажорного неисполнения обязательства, поскольку предполагается, что данные последствия и без того могут возникнуть сразу у обеих сторон, к тому же каждая из них имеет право взыскать с контрагента неосновательно приобретенное как при прекращении обязательства в связи с невозможностью исполнения (ст. 416 ГК РФ), так и при просрочке встречного исполнения. Предприниматели же вообще сами должны нести риски неисполнения обязательств своими контрагентами (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

¹ Интеллектуально-волевые способности конкретного индивида в конкретной ситуации правонарушения почти не имеют значения, ведь уже в силу самого статуса индивида (как дееспособного лица или также как предпринимателя) ему вменяется ограниченный круг обязанностей, сверх которых связующая сила согласия не действует.

² Иными словами, стороны не могут в договоре изменить само понятие вины как условия привлечения к гражданско-правовой ответственности, не могут возложить на себя обязанность нести ответственность даже в случае форс-мажора и т.п.

³ Подр. см.: Иванов В.В. Указ.соч. С. 84-109.

права и обязанности человека должны определяться его согласием, и именно поэтому запрещаем третьим лицам заключать сделки, затрагивающие интересы этого человека (создающие для него неблагоприятные последствия). На самом деле случаи подобных ограничений весьма многочисленны. Так, любые ограничения свободы договора по соображениям нравственности и культуры теоретически могут быть оправданы с точки зрения публичного интереса.

Но существуют также примеры, когда затрагиваются интересы лишь сторон договора, а не всего общества, но и такие договоры, независимо от добровольности и информированности сторон при волеизъявлении, всё равно считаются недопустимыми (самопродажа в рабство, согласие на проведение над собой медицинских опытов и т.п., кроме того, существуют многочисленные ограничения на свободу трудового договора или на возможные условия договора с потребителями и т.д.). В этом случае мы обычно исходим из того, что такие ограничения устанавливаются во имя абсолютно очевидного блага самих лиц, желающих заключить договор. Иными словами, мы придаем ключевое значение не согласию, а интересу лица. Причина такого патернализма состоит в том, что риск того, что человек распорядится своей свободой себе же во вред, слишком велик. Отчасти здесь ситуация аналогична с ситуацией «несправедливого договора». Если законодатель устанавливает, что определенные условия ни при каких обстоятельствах (даже при свободном, информированном и явном согласии обеих сторон) не могут быть включены в трудовой или потребительский договор ввиду его невыгодности для работника или потребителя, то, по всей видимости, подразумевается, что на самом деле согласие «слабой стороны» является ущербным (или, по крайней мере, в большинстве подобных ситуаций оно бывает ущербным, что и позволяет законодателю установить некое общее правило), иначе «слабая сторона» не стала бы заключать договор в явном противоречии со своими интересами. И действительно, сторонники радикально рыночного подхода обычно исходят из того, что согласие вменяемого дееспособного человека на ту или иную сделку априори означает, что данная сделка совершена к выгоде данного человека, не принимая во внимание тот факт, что люди порой систематически делают выбор не в пользу своих интересов¹. В этом контексте нельзя не обратить внимание, что в случаях с работником и потребителем законодатель не оставляет «слабой стороне» даже шанса заявить о своем добровольном

¹ Сен А. Указ.соч. С. 240-244.

информированном согласии: интерес «слабой стороны» предопределяется «свыше». Быть может, это не совсем справедливая ситуация, но, во-первых, нужно принимать во внимание ситуации, когда люди систематически действуют иррационально. Во-вторых, рассмотренные примеры необходимо сравнивать не с абстрактным идеалом, а с возможными альтернативами: закон должен быть не только гибким, но и эффективным. Это означает, что в некоторых ситуациях в интересах «слабой стороны» факт нарушения интересов этой стороны должен постулироваться в законе, а не быть предметом доказывания в суде.

В целом, мы видим, что основания для ограничения права на заключение договоров или конкретных условий договоров тесно связаны с основаниями для ограничения свободы индивидов как таковой. Следовательно, обоснование возможных ограничений свободы договора невозможно в отрыве от некоторых общих воззрений на справедливость, которые обычно являются предметом рассмотрения политической теории.

Примечательным также является феномен т.н. "принудительных договоров". Здесь мы имеем дело уже не с ограничениями, а с предписаниями. Но в любом случае речь идет о покушении на свободу договора. Дело в том, что иногда обязанность заключить договор с конкретным лицом на конкретных условиях обусловлена ранее данным обещанием сделать это, как 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 обещания сделать это. Таковы, например, все публичные договоры, которые предприниматель заключает 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", 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, что сторона, обязанная заключить договор, получает от этого выгоду (или, по крайней мере, не терпит убытков), постольку сама по себе ущербность ее согласия не становится причиной несправедливости договора. Важно также отметить, хотя что в подобных случаях и имеется "порок воли" (а точнее - отсутствие воли) одной из сторон, но сформировался он без неправомерных действий или злоупотреблений другой стороны. Кроме того, субъект, обязанный заключить дого-

вор, своей же волей (через осуществление предпринимательской деятельности определенного характера или через занятие доминирующего положения на рынке) поставил себя в ситуацию, когда у него возникает такая обязанность, и волен изменить эту ситуацию. В целом, феномен "принудительных договоров" примечателен не потому, что они якобы несправедливы, ведь баланс интересов в них соблюден (хотя у радикальных сторонников рынка даже простые публичные договоры могут вызывать вопросы, так как заключаются без должного согласия), а потому, что «принудительные договоры» – подобно "несправедливым договорам", заключаемым при неравенстве переговорных возможностей – показывают размытость границы между договорными и иными обязательствами, а также между свободой (добровольным согласием) и принуждением.

Заключение. Вышеизложенное позволяет заключить, что теория договорной справедливости 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, а также основаниями ограничения свободы договора. 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."¹. Мы со своей стороны акцентируем внимание на том, что названные признаки не являются и безусловными свидетельствами *справедливости* договора, а значит перед теорией справедливого договора стоят весьма непростые и требующие постоянного внимания вопросы.

В той мере, в которой надлежащее согласие можно рассматривать как выражение подлинного интереса, факт такого согласия (отвечающего всем рассмотренным нами в данном параграфе условиям) свидетельствует о справедливом урегулировании интересов. И всё же полагаем, что правые нормы, касающиеся признания договоров недействительными, изменения и расторжения договоров, а также ограничения на свободу договоров демонстрируют ключевое моральное значение не только факта со-

¹ Иванов В.В. Указ. соч. С. 137-138.

гласия, но и факта наличия интереса. Они также с очевидностью демонстрируют, что наши обязанности могут возникать не только из договора (согласия), но и, например, из факта получения выгоды.

Теория справедливого договора, занятая вопросами соотношения этих и других морально значимых факторов, тесно связана с исследованием принципов обязательственного права, однако при этом имеет неизменно критическую и междисциплинарную направленность. Иными словами, она изучает скорее должное, чем сущее, и не обязательна привязана к тем или иным системам права.

§2. Право на достойное существование, социально-экономические права и распределяющая справедливость

Русская дореволюционная философия права о праве на достойное человеческое существование.

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 прав. Так, особое значение для российской науки имели сочинения австрийского юриста А. Менгера, который в качестве такого рода прав называл право на труд, на полный продукт труда и право на существование, немецкого юриста Г. Еллинека, разработавшего оригинальное учение о субъективных публичных (т.е. связанных с адресованными государству притязаниями) правах личности, и называвшего среди них права на положительные действия со стороны государства, и, наконец, французского юриста Л. Дюги, который разработал собственную теорию социальной политики государства, избегающую крайностей либерализма и социализма¹. При этом право на достойное существование осмыслялось не только как одно из

¹ Сухобок Т.В. Влияние зарубежных учений о социальных правах на российскую политико-правовую мысль начала XX века. // Антиномии. 2022. Т. 22, вып. 4.

социально-экономических прав (пусть даже и центральное), подчиненное, как и остальные права человека, идее достоинства, но и как сущность и цель идеи социального государства¹.

Ниже будут осуществлены сравнительный анализ взглядов основных сторонников права на достойное существование в отечественной мысли, а также критическое осмысление указанных взглядов.

Впервые о праве на существование (причем именно в контексте достойного существования) в отечественной литературе упомянул А.П. Куницын ещё в первой четверти XIX века². Однако подробное развитие идея права человека на достойное существование в России впервые получила у Вл. Соловьева в его magnum opus "Оправдание добра", где автор указывал, что человек должен восприниматься не только как средство, но и как цель общей деятельности. Именно отношение к рабочему 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 унизительный", 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"³. 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 жизни⁴. 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

¹ Пашкова Е. В. Место права на достойное существование в системе прав человека // Российская наука и образование сегодня: проблемы и перспективы. 2014. № 1-2(1). С. С. 49.

² Куницын А.П. Право естественное // Русские просветители (от Радищева до декабристов). Т. 2. М., 1966. С. 233.

³ Соловьев В.С. Оправдание добра. // Соловьев В.С. Соч. в 2-х т. Т. 1. М., 1988. С. 421.

⁴ Там же. С. 422-423.

только это требуется безусловно для всего крестьянина и рабочего, лишнее же от лукавого"¹. 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 этом смысле право на достойное существование – это часть общей концепции «права как минимума нравственности», которой придерживался В.С. Соловьев².

В последующем разработкой права на достойное человеческое существование занялись правоведы 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 человеческой жизни"³. В частности, необходимо каждого человека "освободить от гнета таких условий жизни, которые убивают человека физически и нравственно"⁴. 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 обще-

¹ Там же. С. 423.

² Кислов А.Г. Вклад русской философии в развитие идеи права на достойное человеческое существование / А.Г. Кислов, Е.М. Кропанева // Русская философия о человекотворческой основе гуманитарного образования : сборник научных статей по материалам 9-й Всероссийской научно-практической конференции, Екатеринбург, 15–16 ноября 2012 года / Российский государственный профессионально-педагогический университет; Отв. Ред. С. З. Гончаров. Екатеринбург: Российский государственный профессионально-педагогический университет, 2012. С. 125-131.

³ Новгородцев П.И. Право на достойное человеческое существование. // О праве на существование. СПб., 1911. С. 4.

⁴ Там же. С. 6.

ства: "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"¹. 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 личности², которую следует понимать во всей ее индивидуальности³, 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 правопорядки, 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"⁴; следовательно, хотя 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 минуту⁵. Но для того, чтобы данное субъективное право было обеспечено, каждый член общества должен нести соответствующие расходы

¹ Там же. С. 8.

² Новгородцев П.И. Об общественном идеале. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М, 2010. С. 456.

³ Там же. С. 459.

⁴ Покровский И.А. Право на существование. // О праве на существование. СПб., 1911. С. 26.

⁵ Там же. С. 33.

пропорционально выгодам, которые он получает от своего членства (т.е. должен быть введен прогрессивный налог)¹. 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. Только относительно условий, необходимых для простого выживания, по мнению Покровского, индивид имеет оплаченное обществом субъективное право и связанные с ним притязания по отношению к государству². 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)³. 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 немыслимой, 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 социального 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 полемизировал с И.А. Покровским по вопросу социалистического государства. В первую очередь, Кистяковский критикует В.С. 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. Еллинека⁴. Но при этом обобществление

¹ Там же. С. 37.

² Сухобок Т.В. Указ. соч. С. 104-105.

³ Покровский И.А. Право на существование. // О праве на существование. СПб., 1911. С. 37-39.

⁴ Кистяковский Б.А. Указ.соч. С. 343-344.

средств производства данный автор видел неперенным 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"¹. В своей оригинальной концепции социалистического государства как высшей стадии развития правового государства (а речь у Кистяковского идет, вопреки имеющимся в литературе трактовкам², по существу именно о социалистическом, а не социальном государстве) ученый исходит из того, что именно «в результате изъятия средств производства из гражданско-правового оборота и их превращения в общенародное достояние образуется группа прав на положительные услуги со стороны государства»³ (в т.ч. субъективное публичное право на достойное существование). 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"⁴. Таким образом, «Кистяковский рассматривает право на достойное существование в качестве выражения стремления к экономической свободе, посредством которой индивид может также обрести другие свободы – духовную и общественную»⁵.

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

¹ Там же. С. 337-340.

² Хомченко К.А. Право человека на достойное существование: история возникновения идеи и современные прочтения // Труды Института государства и права РАН. 2011. №2. С. 28.

³ Сухобок Т.В. Указ. соч. С. 102.

⁴ Кистяковский Б.А. Указ.соч. С. 325.

⁵ Сухобок Т.В. Указ. соч. С. 102.

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 благотворительность 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"¹. 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 эксплуатации².

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""³.

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 потребностей⁴. Поскольку суть либерализма изначально состояла в критике крепостной зависимости и сословных привилегий, постольку этот пафос должен быть продолжен реформированием самой экономической системы.

¹ Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 173.

² Там же. С. 174

³ Там же.

⁴ Там же. С. 175. И далее до стр. 177. Также стр. 227.

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 вещи (которое в классическом либерализме изначально и служило оправданием права собственности), что достигается перераспределением собственности (по общему правилу, с предоставлением выкупа или справедливого возмещения¹). Коллективизация собственности, по Гессену, в целом является естественным следствием такого реформирования, хотя уместность ее в каждом конкретном случае обсуждается². 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)³. 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, сил⁴. 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 государства⁵. 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".

¹ Гессен С.И. Политическая свобода и либерализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: 1999. С. 125, 135.

² Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 213.

³ 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 находится в руках последних. С. 356-357.

⁴ Там же. С. 208-210.

⁵ Там же. С. 195, 229.

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"¹. Ученый писал, что суть этой идеи в том, чтобы обеспечить необходимые условия для достойного человеческого 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.)². 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"³. 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.

Возможно, его нельзя разрешить в принципе. Дело в том, что если исходить из точки зрения Новгородцева, согласно которой в каждом обществе есть свои стандарты «достойного существования», то следует принять во внимание и то, что в любом обществе есть люди богатые и бедные, успешные и неуспешные и т.д., и тот уровень жизни, который имеют люди, находящиеся на самой низкой лестнице социальной иерархии, всегда будет считаться в рамках данного общества «недостойным», как бы ни был он высок по сравнению с другими обществами. В итоге, обеспечить «достойный» уровень жизни всем – это по определению неисполнимая обязанность, ведь в любом обществе всегда есть те, кто преуспевает менее остальных, т.е. всегда были, есть и будут те, кто живёт

¹ Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М, 2010. С. 316.

² Там же. С. 318-319.

³ Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М., 1999. С. 199.

по имеющимся стандартам «недостойно», а попытки исправить это приведут лишь к появлению новых стандартов «достойной жизни» и новых лиц, живущих «недостойно».

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? Подобные вопросы неизбежны при обсуждении любого субъективного права. Не случайно, что далеко не все российские правоведы отстаивали именно юридическую (а не моральную) природу права на достойное существование. Так, например Ф.В. Тарановский рассматривал право на существование лишь «в качестве рефлекса односторонней обязанности, принимаемой на себя государством в постоянно изменяющихся социально-экономических и политических условиях»¹. Между тем, как представляется, даже сугубо моральное обоснование того или иного права требует внятных ответов на вышеуказанные вопросы (различие между моральным и юридическим обоснованием связано лишь с особенностями механизма правореализации, т.е. с практическими трудностями, но не с теоретическим обоснованием).

Соответственно, дискуссии о праве на достойное существование, прерванные 1917 г., следует продолжить, что, в принципе, и происходит в современной теории и философии права, и можно только приветствовать указанную тенденцию. Однако важно понимать, что поскольку сама постановка вопроса о праве на достойное существование инспирирована западными мыслителями, постольку и сегодня задача состоит не просто в изучении творческого наследия отечественных авторов, но и в осмыслении западной философской традиции XX века, которой в отечественной науке советского периода не уделялось внимания.

Современная западная политическая философия о праве на средства к существованию и свободу от бедности.

¹ Сухобок Т.В. Указ. соч. С. 100.

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 также, как правило, вращаются вокруг понятия человеческого достоинства (dignity). Данные дискуссии, подобно дискуссиям русских дореволюционных правоведов, являются важным источником моральной аргументации в пользу социально-экономических прав человека, дебаты о которых служат одним из главных водоразделов между правыми и левыми политическими идеологиями. Отсюда, право на достойное существование является важным предметом исследования в современной нормативной политической теории.

Право на достойное существование в современной западной литературе подвергается критике с различных позиций. Один из аргументов, выдвигаемых в рамках данной критики, состоит в том, чтобы показать невозможность гарантировать обеспечение указанного права по объективным причинам. Далеко не все государства, отмечают скептики, могут похвастаться высоким уровнем жизни своих граждан, позволяющим обеспечить требуемые социальные гарантии против «недостойного» (в первую очередь, крайне бедного) существования. Кроме того, даже если формально соответствующие возможности имеются, гарантия каждому права на достойное существование может потребовать такого перераспределения богатств, которое приведет к упадку всей культуры.

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 голода¹. 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)². Схожим образом Т. Погге ответил тем, что лишь около 1% совокупного годового ВНД стран с высоким уровнем дохода потребуется для того, чтобы поднять глобальный

¹ Sen A. Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation. New York, 1982.

² Данная терминология используется в: Gilabert P. The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration. // The Philosophical Quarterly. 2009. №59. P. 660.

бедных выше черты бедности Всемирного банка¹. В свою очередь Д. Никел утверждает, что раз для большинства стран мира (в частности, для стран первых двух квартилей по среднему индивидуальному доходу, а также для многих стран третьего квартиля) *de facto* обеспечить базовые социально-экономические права вполне реально, то эти права нельзя рассматривать как слишком обременительные².

Впрочем, нельзя не признать, что теоретически Землю может постигнуть катаклизм, который сделает невозможным обеспечение даже минимальных потребностей в пище, тепле, воде и безопасности для каждого. Кроме того, надо иметь в виду, что социально-экономические права не будут обеспечены, если руководство обществом осуществляют недостаточно квалифицированные, информированные и волевые люди. Мы также можем представить себе смешение природных и человеческих факторов (например, в гипотетическом случае истощения углеводородных ресурсов, когда им еще не найдена эквивалентная замена). Но при определенном толковании сказанное касается и других видов прав: мы можем представить себе ситуацию, при которой глобальные катаклизмы и иные объективные природные процессы, а также неприемлемые управленцы не могут обеспечить защиту и реализацию даже личных и политических прав. Короче говоря, утверждая любые права человека (а не только право на достойное существование), следует иметь в виду теоретическую возможность снижения общего уровня благосостояния (государства или человечества в целом). Отсюда, хотя проблема невозможности обеспечения некоторого уровня социально-экономического развития, при котором каждому человеку было бы гарантировано достойное существование, имеется как минимум на уровне теории, вряд ли это обстоятельство является серьезным доводом против признания права на достойное существование.

Таким образом, если одни ученые говорят, что обеспечение каждому права на достойное существование – это весьма обременительная и даже утопичная инициатива, то другие ученые приводят аргументы в пользу ее возможности и реалистичности. Вместе с тем, данные дискуссии, на наш взгляд, заменяют вопрос о нормативной обоснованности идеала вопросом о достижимости данного идеала. Ясно, что безусловно недостижимая утопия не может и называться идеалом. Но в остальном следует разграничивать эти два вопроса. С нормативной же точки зрения, приведенные дискуссии лишь напоминают нам о том, что любое

¹ Pogge T. World Poverty and Human Rights. // Ethics & International Affairs. 2005. Vol. 19. Iss. 1. P. 1-7.

² Nickel J.W. Op.cit. P. 400.

право человека требует для своего осуществления определенных условий и социальной структуры, поэтому конкретное содержание этих прав зависит от обстоятельств. Мы не можем обеспечить каждому человеку некий минимальный стандарт существования при абсолютно любых условиях, но при существующем уровне развития допустимо говорить о некотором минимуме социально-экономических гарантий, который может быть обеспечен государствами, в том числе путем международного сотрудничества.

С учетом изложенного, целесообразно рассмотреть другой аргумент, высказываемый в литературе против права на достойное существование. Дело в том, что некоторые противники данного права проводят различие между негативными и позитивными правами (первым корреспондируют лишь негативные обязанности, а вторым – также и позитивные), отрицая последние как таковые вне рамок конкретных (относительных) правоотношений, на которые участники этих правоотношений в той или иной форме выразили согласие. Иными словами, у нас не должно быть позитивных обязанностей по отношению к неопределенному кругу лиц (т.е. позитивных обязанностей в т.н. абсолютных правоотношениях). Эти критики права на достойное существование указывают на то, что данное право (равно как и другие социально-экономические права) подразумевает общественное устройство, осуществляющее неоправданное вмешательство в индивидуальную свободу.

Указанный аргумент попытался опровергнуть Г. Шу, исходивший из ложности противопоставления негативных и позитивных прав¹. 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.

¹ Shue H. Op.cit. P. 13, 32, 60.

На этом основании Шу отстаивал право на средства к существованию, включая в него незагрязненную окружающую среду, достаточное питание, адекватную одежду и надлежащее жилье, а также на профилактическое медицинское обслуживание¹. Провозглашение этого права породило активные дебаты в том числе относительно того, какие именно правомочия входят в названное право. Дж. Никел, например, отмечает, что профилактическое медицинское обслуживание – слишком слабое требование². 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".

Понимание прав человека у Г. Шу подразумевает наличие позитивных обязанностей тех или иных лиц применительно к каждому из прав, а не только по отношению к социально-экономическим правам. По мнению данного автора, если мы отвергаем право на достойное существование на том основании, что оно требует от других лиц позитивных обязанностей, то по той же логике нам следует либо отвергнуть и все остальные права человека.

Вместе с тем, рассматриваемый автор не учитывает, что возможно понимание любых прав человека как сугубо «негативных прав» (т.е. прав, которым корреспондируют лишь негативные обязанности). 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 права³. Отсюда, нормативный вывод, который мы можем сделать, таков: право на достойное существование можно постулировать как минимум в качестве «негативного» права, и в этом случае оно будет означать лишь то, что каждый человек должен воздержаться от таких действий, которые с разумной долей вероятности приведут к тому, что существование других людей опустится ниже некоторого «достойного» уровня. То же самое можно сказать и о других правах человека. Возложение же иных обязанностей

¹ Ibid. P. 23.

² Nickel J.W. Op.cit. P. 386-388.

³ Payne M. Henry Shue on Basic Rights. // Essays in Philosophy. 2008. Vol. 9: Iss. 2. Art. 5.

на людей, вероятно, требует дополнительного обоснования. В частности, необходимо связующее звено – государство, в (относительных) отношениях с которым у одних людей есть позитивные обязанности по предоставлению некоторых благ, а у других людей есть позитивные права требования этих благ. Но в той мере, в которой государство управляется демократически (по согласию подвластных), сами люди и решают, какие блага создавать и как их перераспределять. Никаких безусловных позитивных прав человека (независимых от согласия человека с конкретной социальной властью), с этой точки зрения, быть не может.

Следует отметить, что даже если признаем возможность трактовки прав человека, при которой этим безусловным (!) правам будут корреспондировать как негативные, так и позитивные обязанности, возникает ряд других сложностей.

Так, многие ученые замечают, что не всякое моральное требование должно выражаться в правах человека, потому что для постулирования субъективного 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, нельзя говорить о существовании соответствующего субъективного права человека. Скорее, речь будет идти о моральном пожелании, которое возводить в ранг закона следует разве что в качестве цели или принципа¹.

В отношении позитивных обязанностей здесь возникает затруднение, связанное не столько с их «навязанным» характером, сколько с тем, что в отличие от негативных обязанностей, вне рамок конкретных (относительных) правоотношений они, как правило, являются слишком неопределенными, даже если определено корреспондирующее им право, вследствие чего и 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

¹ 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. New York, 2007. P. 62-67. Но представляется, что общепринятое понимание прав человека при этом искажается и размывается, так как связывается уже не со справедливостью, а со вполне определенной "концепцией блага".

каждому, мы вряд ли сможем обосновать нечто большее, чем абстрактные и весьма туманные пожелания; и даже если мы четко определим права, которыми обладает каждый, останется неясным перечень активных действий, которые он вправе потребовать от остальных в обеспечение данных прав. Поэтому позитивные обязанности, как правило, не бывают общими (т.е. не существуют в т.н. абсолютных правоотношениях не потому, что это принципиально неправильно, а потому что такие обязанности крайне сложно сформулировать). 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, или, по крайней мере, критерии, делающие этих субъектов потенциально определяемыми¹, в относительном правоотношении)².

В результате сторонники социально-экономических прав человека и права на достойное существование в частности (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 неопределенные обязанности неустановленных лиц, исполнение которых вряд ли возможно без создания соответствующих социальных институтов и принятия конкретизирующих нормативных актов³. Это означает, что права человека, включая право на достойное существование, предписывают нам, по крайней мере, создание институтов и принятие правовых документов. Так, например, борьба с бедностью (а бедность – это один из признаков «недостойного» существования) 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. Заметим,

¹ Griffin J. Op.cit. P. 109-110.

² 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.

³ 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.

однако, что и обязанность по созданию таких институтов и норм сама является крайне абстрактной, то есть проблема остается¹.

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, как указывали еще Локк и Гоббс, вообще не имели бы смысла ввиду того, что их невозможно было бы реализовать². Определению "адресатов прав человека" (т.е. обязанных лиц и институтов) при этом, как правило, уделяется гораздо больше внимания, чем определению "сферы ответственности" каждого из них и их конкретных обязанностей³. Эти ученые полагают, что правам человека могут соответствовать позитивные несовершеннолетние (т.е. не подразумевающие принуждения, а исполняемые лишь по доброй воле субъектов) обязанности неопределенного круга лиц, будь то обязанность по непосредственной помощи другим или по созданию ответственных за такую помощь институтов: общая неопределенность содержания обязанностей компенсируется добровольностью их исполнения (а также выбора форм такого исполнения).

¹ 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). Проблема такого подхода заключается в том, что коллективы, как и социальные институты, возникают, изменяются и исчезают. И поскольку субъект, на которого возлагаются обязанности, корреспондирующие правам человека, изменчив, само право также оказывается очень зыбким. Кроме того, проблема распределения обязанностей внутри самого коллектива в отсутствие общих властных институтов остается. Чрезвычайно сложно решить ее на общенациональном или международном уровне, где явления обусловлены действиями тысяч и миллионов лиц.

² Reus-Smit C. On Rights and Institutions. // *Global basic rights*. / Ed. by Ch.R. Beitz and R.E. Goodin. New York, 2009. P. 25-48; Beitz Ch.R. *Op.cit.*

³ 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. New York, 2007. P. 291, 293-294.

Но другие ученые считают такое понимание прав человека сомнительным. Эта последняя группа ученых хотя и не отрицает позитивных обязанностей как таковых, но полагает, что корреспондирующие правам человека обязанности необходимо конкретизировать и распределить между обязанными субъектами, и что права человека не могут основываться на несовершенных обязанностях неопределенного круга лиц.

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 существования¹. (Причем некоторые исследователи трактуют обязанность не поддерживать несправедливые социальные институты узко, как обязанность не участвовать виновно в создании новых несправедливостей, и тем самым пытаются скорректировать позицию Т. Погге².) Позиция Погге не предполагает создание каких-либо новых институтов, но допускает ограничения на существующие институты. На первый взгляд, 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 институту³.

Э. Эшфорд на примере негативной обязанности не поддерживать несправедливые социальные институты обратила внимание на то, что

¹ 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 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.

² Tomalty J. *Op.cit.* P. 158.

³ *Ibid.* 100-106.

негативные обязанности также могут быть неопределенными¹. Она утверждает: то, что делают обычные люди в развитых странах, включая покупку и использование повседневных товаров и услуг, плохо 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 или иную подобную обязанность. (Эта позиция является довольно распространенной в западной литературе²). Следовательно, делает вывод Эшфорд, разделение на позитивные и негативные обязанности в принципе крайне неоднозначно. Со своей стороны заметим, что одну и ту же обязанность можно сформулировать как через запрет (негативно), так и через предписание (позитивно). Но всё же следует признать, что формулировка негативной обязанности неопределенного круга лиц – гораздо более простое занятие (например, «не убий»), чем формулировка позитивной обязанности («сделай то-то и то-то для создания правоохранительных органов, которые будут защищать людей от посягательств на их жизнь»).

Что касается существа поднимаемой Эшворд проблемы, связанной с воздействием образа жизни жителей развитых стран на всю остальную планету, то типичными способами смягчить имеющееся в приведенном примере напряжение являются отсылки к понятиям причины, вины и противоправности. Во-первых, мы можем требовать от субъекта устранить лишь те отрицательные 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 общему 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 ответственность. Каждым из этих трех оснований мы можем обосно-

¹ 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. 215.

² Схожие взгляды: Lichtenberg J. Are There Any Basic Rights? // Global Basic Rights. / Ed. Ch. R. Beitz & R. E. Goodin. New York, 2009. P. 83-84.

вать, 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.

Некоторые выводы. Мы видим, что связанные с правом на достойное существование проблемы, поднимавшиеся в русской дореволюционной юриспруденции, активно обсуждаются и в современной западной моральной философии в контексте т.н. *right to subsistence*. При этом, как правило, поднимается вопрос о самой природе прав человека. Выделяется несколько типов аргументации, высказываемой в западной литературе против права на достойное существование. Это, во-первых, отсылки к фактической невозможности гарантирования данного права и указание на отрицательные последствия реализации данного права, во-вторых, отрицание моральной допустимости не основанных на согласии позитивных обязанностей, которые могли бы корреспондировать данному праву, в-третьих, проблематизация несовершенного характера позитивных обязанностей, корреспондирующих данному праву. Все три возражения, однако, бьют мимо цели в том смысле, что они вполне могут быть распространены и на личные и политические права человека (первое поколение прав человека).

Многие мыслители согласны рассматривать право на достойное существование только в «негативном» смысле, т.е. как право, которому не соответствуют какие-либо позитивные обязанности. В противном случае мы сталкиваемся с проблемой обеспечения и конкретизации указанного права, и нам приходится признавать, что данному праву корреспондируют лишь весьма абстрактные и потому несовершенные (не подлежащие принудительному исполнению) позитивные обязанности

неопределенного круга лиц. Конечно, данный взгляд не исключает того, что позитивные обязанности тех или иных субъектов могут быть морально обоснованы с учетом конкретных обстоятельств, однако в целом право на достойное существование (как и другие права человека) может быть оправдано лишь в смысле права, которому никакие определенные позитивные обязанности не соответствуют.

Действительно, если рассматривать права человека как неотчуждаемые и данные каждому лишь в силу рождения (безотносительно к какому-либо государству), то не остается ничего иного, как принять минималистическую (узкую) трактовку, в соответствии с которой правам человека могут корреспондировать лишь негативные обязанности других субъектов. Фактически это означает, что права человека как таковые не дают никакой ощутимой гарантии против бедности и связанной с ней уязвимостью человека как морального агента (а именно на преодоление такой уязвимости, как правило, и направлена идея «достойного» существования в работах западных ученых), но они, по крайней мере, запрещают другим использовать данную уязвимость в корыстных целях. То же самое касается и защиты жизни, собственности, личной неприкосновенности – если мы рассматриваем соответствующие права человека лишь как права, которым соответствуют негативные обязанности, то никакой реальной защиты жизнь, свобода и личная неприкосновенность не получают.

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, таким как право на достойное существование) могут являться настоятельными требованиями справедливости (а значит, и закрепление права на достойное существование в правовых документах вполне может оказаться обоснованным). Поэтому проблема достойного существования не чужда теории справедливости, но не всегда релевантна теории прав человека.

Однако допустимы и другие подходы к осмыслению прав человека¹. 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 закреплены². Поэтому социально-экономические права, связанные с достойным существованием, *de jure* имеют такой же статус, как и иные права человека. Лишь если мы говорим о совершенно безусловных и принадлежащих каждому человеку правах, то таким правам, по всей видимости, могут соответствовать лишь негативные обязанности. Но фактически, когда на международном уровне признаются определенные права человека, имеются в виду права, которыми индивид обладает в конкретных отношениях с государством, и которым соответствуют конкретные позитивные обязанности государства (хотя государство, конечно, не может полностью гарантировать, что эти права не будут нарушаться). Если так, то препятствий для провозглашения социально-экономических прав в целом, и права на достойное человеческое существование в частности, становится гораздо меньше.

Как представляется, споры относительно обоснованности социально-экономических прав человека возникают ещё и потому, что сам смысл прав человека изменился в течение нескольких столетий, и сегодня можно выделить два различных подхода к обоснованию прав человека. Так, концепция прав человека берет свое начало в доктрине естественных прав, разработанной философами Нового Времени (Гроций, Спиноза, Гоббс, Локк, Руссо, Монтескье и др.). Согласно этой доктрине, каждому человеку от рождения принадлежат некие естественные права, для обеспечения которых и на условиях защиты которых человек объединяется в общество с себе подобными, и далее это общество устанавливает над собой некоторую публичную власть. Все люди при этом предполагались равными в своих естественных правах, а сами эти естественные права рассматривались как средство реализации заложенной в каждом из нас свободы. Поскольку задача публичной власти состоит лишь в том, чтобы посредством закона обеспечивать и защищать естественные права членов общества, постольку сложившийся идеал правового государства подразумевал, что оно (правовое государство) не вмешивается в подавляющее большинство отношений, существующих

¹ Многообразие таких подходов позволяет решить и общие, и частные вопросы справедливости Ср. с разделением прав на "общие" и "специальные" в: Hart H. L. A. Are There Any Natural Rights? // *Philosophical Review*. 1955. №64. P. 183, 188.

² Beitz Ch.R. *Op.cit.* P. 49-73.

внутри гражданского общества. В этой первоначальной картине под правами человека понимаются лишь личные (гражданские) и политические права. Впоследствии индустриальная эпоха продемонстрировала, что никакого политического равенства и никакого свободного выбора не может быть, если человеку не обеспечены некоторые другие (социально-экономические и культурные) права. Однако, эти новые права можно понимать двояко. Если рассматривать их лишь как средство обеспечения личных и политических прав, то мы придем к одному, более узкому, перечню (например, можно предусмотреть некоторые финансовые и институциональные гарантии реализации пассивных избирательных прав, права на доступ к политически значимой информации или права на защиту в суде). Если же рассматривать их как способ обеспечить некое полноценное развитие человеческих потенций, то мы придем к другому, более широкому (по сути, теперь уже ставшему традиционным), перечню. Действительно, ничто в первоначальном перечне личных и политических прав не подразумевает, что имея их, человек сможет жить счастливо, поддерживать некий уровень материального благосостояния, реализовать себя и т.д. Скорее, эти права человека рассматривались лишь как некая минимальная гарантия подобного исхода. Другое дело, если мы хотим обеспечить именно «достойную» жизнь, а не просто гарантировать некоторые предпосылки для неё (и именно из этого исходит большинство современных моральных оправданий прав человека). Вопрос, стало быть, в том, в чем именно люди видят цель государственного союза, и выполнение каких именно (позитивных) функций желают доверить государству. Избранная цель определяет также конкретный «минимум», признаваемый «достойным» существованием.

Однако не подменяют ли приведенные выводы существа проблемы? Ведь задача состоит в том, чтобы понять, справедливо ли в целом (и при каких условиях) предоставление каждому человеку права на достойное существование, а не в том, принадлежит ли такое право каждому в силу рождения (т.е. априори), и какие именно позитивные обязанности следует возлагать на государство (какие обязанности хотят возложить на государство граждане, и какие обязанности действительно стоит возлагать на государство с точки зрения его эффективности, чтобы, с одной стороны, извлечь возможную пользу из соответствующих институтов, с другой стороны, не породить всевластного Левиафана). В конце концов, право на достойное существование может быть морально обоснованным, но при этом не принадлежать человеку исключительно в силу рождения, и обеспечиваться не государством, а какими-

то иными институтами. Так является ли это право морально обоснованным?

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. Иными словами, мы можем по аналогии применить нормы частного внутригосударственного права к публичному внутригосударственному праву, а именно оценить существующий публичный порядок с точки зрения того, допускает ли он своего рода «причинение вреда», «неосновательное обогащение» или «несправедливые договоры» в отношениях между различными социальными группами. Важно то, что сама постановка данных вопросов на международном и внутригосударственном уровнях 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 (и иные условия существования) неправомерны¹.

¹ Но такая экстраполяция на самом деле будет попыткой решить проблемы не столько распределяющей, сколько «корректирующей» справедливости (связанной с теорией справедливого наказания, которое также имеет дело с «восстановлением справедливости»).

Кроме того, следует рассмотреть проблему достойного существования в более широком контексте теории распределяющей справедливости, т.е. в контексте моральных дискуссий об общих принципах распределения материальных благ, а не о каком-то «минимуме» таких благ, на который якобы имеет право каждый. Понятно, что обеспечение достойного существования не сводится к предоставлению материальных благ, однако связь здесь достаточно сильная¹ (в конце концов, в более широком плане и теорию распределяющей справедливости можно определить как определяющую распределение не только материальных, но и иных благ, такие как права и свободы).

Одним из ответов на проблему распределения материальных благ является т.н. «принцип различия», сформулированный Дж. Ролзом, и согласно которому распределение доходов и богатств должно производиться к наибольшей выгоде наименее успешных лиц. Конечно, указанный принцип подвергался многочисленной критике в научной литературе (например, Ролз не вполне корректно определяет «наименее преуспевающую группу», а также не учитывает моральные заслуги), и в нашу задачу здесь не входит рассмотрение его обоснованности. Но важно подчеркнуть, что этот принцип, во-первых, обосновывается Ролзом на достаточно абстрактном уровне, во-вторых, сам по себе не связан с категорией прав человека, в-третьих, избегает свойственной праву на достойное существование проблемы определения «достойного минимума» и способов его обеспечения. Ролзовский принцип различия выгодно отличается от различных формулировок «права на достойное существование» тем, что он не зависит от уровня благосостояния общества (каким бы ни был этот уровень, мы должны так перераспределять доходы и богатства, чтобы наибольшую выгоду получили наименее преуспевающие слои общества) и от способности распределяемых материальных благ обеспечить какой-то конкретный уровень жизни, соответствующий некоему идеалу "рационального агента" или стандартам «достойного уровня жизни» конкретного социума.

Сказанное, по крайней мере, демонстрирует, что теория распределяющей справедливости может быть продуктивной в решении проблем,

¹ 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 (благосостояния), а не справедливости! То, что может сделать здесь теория справедливости – это, в частности, обосновать принципы справедливого распределения социальными институтами доходов и богатств.

на решение которых изначально направлена идея права на достойное существование. Возможно, это так же означает, что столь часто критиковавшийся учеными ролзовский принцип различия имеет большие шансы на «реабилитацию».

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 "Праве народов"¹), 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 быть², 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 глобально 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, побуждающей разрабатывать право на достойное человеческое существование.

В целом вырисовывается следующая картина. Имеется вопрос о том, каким образом следует распределять материальные блага в социуме. Этот вопрос является предметом распределяющей справедливости. Ролзовский принцип различия, с некоторыми оговорками, представляется

¹ 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, 2005. P. 4-5.

² 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, 2005. P. 90-93.

весьма достойным кандидатом на звание основного принципа распределяющей справедливости. Вместе с тем, в конкретных исторических обстоятельствах и социальных структурах справедливость может требовать не просто следования этому принципу, но и ряд других мер, ему не противоречащих. Так могут быть обоснованы социально-экономические права человека, в том числе право на достойное существование. Лишь конкретные обстоятельства дают ответ на вопросы о том, в чем состоит «достойный минимум», кто и как должен его обеспечить, каковы механизмы обеспечения, и санкции за необеспечение такого «достойного минимума». Наконец, перераспределение материальных богатств может быть обосновано путем применения по аналогии положений о договорных, кондикционных и деликтных обязательствах, причем такое применение уже не связано с распределяющей справедливостью.

§3. Межпоколенческая справедливость

Введение. Вопросы справедливости возникают в самых разных сферах общественной жизни, и одной из таких сфер, выделенной по субъектному составу, являются отношения между поколениями. В западной науке вопросы межпоколенческой справедливости активно обсуждаются как минимум с момента опубликования «Теории справедливости» Джона Ролза. Однако в отечественной литературе соответствующей проблематике до сих пор уделяется значительно меньше внимания. В настоящем параграфе дается краткий обзор проблем межпоколенческой справедливости, а также собственный ответ на вопрос о том, на основе каких принципов следует регулировать отношения между поколениями. Совокупность нормативных исследований, касающихся такого социального регулирования, мы предлагаем называть «теорией межпоколенческой справедливости».

Как представляется, актуальность подобных исследований обусловлена не только такими явлениями, как «старение Европы», стремительный рост населения Земли, глобальные экологические проблемы, но и существующей теоретической неопределённостью по вопросу критериев прогрессивного развития, ведь ответ на вопрос о том, что мы должны будущим поколениям, в конечном счете, отсылает к вопросу о том, что мы ценим сами. При этом актуальность исследований по теории межпоколенческой справедливости постоянно возрастает ввиду увеличивающихся способностей человека воздействовать на свое окружение и, тем самым, предопределять условия жизни многих будущих поколений.

В первую очередь, следует поставить вопрос: в чем состоит предмет теории межпоколенческой справедливости? Представляется, что проблемы взаимоотношений поколений, живущих в одно время (например, родителей и детей, молодежи и стариков), могут быть решены в рамках других направлений теории справедливости в той мере, в которой справедливость требует согласования интересов различных социальных групп, а потому, вероятно, не представляют какого-либо особого предмета, который мы могли бы обозначить как теория межпоколенческой справедливости. Так, к какому бы поколению не принадлежал человек, он имеет право на отношение к нему как к равному. Базовый постулат равенства (недискриминации), лежащий в основе прав человека, применим, в том числе, и к конфликтам между поколениями.

Сказанное, однако, не означает правомерность договорного подхода, ведь зачастую дети и старики не обладают достаточной волевой способностью, чтобы заключать реальные или гипотетические договоры. В отношениях между выросшими детьми и престарелыми родителями мы скорее должны говорить здесь о принципе взаимности. Именно на основании принципа взаимности «поддержку, полученную в начале жизни, позже «компенсируют» посредством оказания помощи пожилым»¹. Таким образом, обязанность выросших детей заботиться о престарелых родителях вытекает не из договора, а их факта оказанной ранее заботы (принципа взаимности). Что касается обязанности молодых родителей заботиться о своих малолетних детях, содержать и воспитывать их, то она также не может быть основана на договоре (по той же самой причине – ещё нет договороспособного контрагента, с которым можно было бы о чем-то договориться). Но и на принципе взаимности эта обязанность также не может быть основана (ведь дети ещё не оказали родителям никаких «услуг», за которые родители должны их «отблагодарить»). Вероятно, обязанности родителей по отношению к своим малолетним детям обуславливаются тем, что заводя ребенка, родители ставят его в заведомо беспомощное положение, а потому должны заботиться о ребенке до тех пор, пока это беспомощное положение сохраняется.

Короче говоря, отношения между родителями и детьми могут быть осмыслены с помощью принципов, которые применяются не только к этим отношениям, но и ко многим другим (принцип взаимности и принцип заботы о тех, кого мы поставили в беспомощное положение, действуют не только в отношениях родителей и детей). Вот почему эта

¹ Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 128.

сфера (отношения между сосуществующими поколениями) не обладает особой уникальностью.

В связи с изложенным представляется, что предмет теории межпоколенческой справедливости должен ограничиваться отношениями несуществующих поколений. Именно эти отношения обладают такой спецификой, которая требует выработки совершенно новых нормативных оснований. Дело в том, что взаимоотношения поколений, живущих в разное время (межвременная справедливость), выходят за рамки традиционной проблематики теории справедливости, как она понимается в западной науке, так как не удовлетворяют сформулированным еще Д. Юмом, «обстоятельствам справедливости», т.е. обстоятельствам, при которых вообще возникают вопросы о справедливости чего-либо¹. 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. В этом случае мы так сформулируем «обстоятельства справедливости», которые в большей степени будут соответствовать нашей моральной интуиции о том, что с будущими поколениями нас связывают некоторые моральные обязательства. Представляется, что ключевым моральным фактором здесь будет фактор влияния. Мы обычно исходим из того, что у нас есть некие моральные обязательства перед теми, на кого наши действия могут оказать влияние. С другой стороны, очевидно, что применительно к указанной сфере мы должны выработать совершенно иные принципы справедливости. Так, принцип взаимности здесь непригоден, так как будущие поколения не могут «отплатить нам взаимностью» за то, что мы заботились о них. Принцип заботы о тех, кого мы поставили в уязвимое положение, также не подходит, так как, во-первых, о далеких поколениях – в отличие от детей – мы не мыслим как о тех, кто находится в заведомо уязвимом положении, во-вторых, даже если мы поставим далекие поколения в уязвимое положение сегодняшними действиями, то мы не сможем в будущем «позаботиться» об этих поколениях, так как нас самих уже не будет. Отсюда, сам принцип межпоколенческой справедливости в вопросах взаимоотношений поколений, живущих в разное время, будет уже иным.

Итак, проблема межпоколенческой справедливости как проблема взаимоотношений между несуществующими поколениями возникает в

¹ Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2013. №3. С. 81-85.

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 значение¹. Задача теории межпоколенческой справедливости, обусловленная названными обстоятельствами, состоит в том, чтобы выработать принципы справедливости, регулирующие взаимоотношения между несуществующими поколениями.

Самостоятельное 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»². 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 поколения³. 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 будущие лица

¹ Прокофьев А.В. Дискуссия о пределах справедливости и обязанности перед будущими поколениями // Вестник РУДН. Серия: Философия. 2013. №3. С. 77-78.

² Там же. С. 90. См. также: Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений: теория и практика. // Человек. №5. 2013. С. 7-8.

³ 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.

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). В рамках этого подхода следует признать возможность существования у нас обязанностей перед субъектами, которых сейчас ещё не существуют, но которые появятся в будущем, и у которых будут иметься права, корреспондирующие этим нашим обязанностям. Для обоих приведенных 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»¹. 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.

Таким образом, мы приходим к выводу, что у теории межпоколенческой справедливости имеется самостоятельный предмет, заключающийся в поиске справедливого урегулирования конкурирующих интересов несуществующих (не одновременно живущих) поколений. Ни юмовские «обстоятельства справедливости», ни «проблема неидентичности», ни сложившиеся представления о признаках субъективных прав не убеждают в несостоятельности данного предмета. Но какой принцип должен быть положен в основу взаимоотношений различных поколений? Для ответа на этот вопрос представляется необходимым начать с анализа современных дискуссий по данной проблеме.

¹ Подр. об обоих возражениях противников межпоколенческой справедливости см., напр.: Tremmel J. A Theory of Intergenerational Justice. UK, USA, 2009. P. 35-65.

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? 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»¹. 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»², 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

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 256.

² Там же. С. 256-257.

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 долгосрочные 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.

В научной литературе относительно взглядов Ролза на межпоколенческую справедливость высказывается обоснованный тезис, что эти взгляды не могут быть аргументированы с точки зрения договорной теории справедливости¹. 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 саму 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

¹ Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2013. №3.

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.

В этой связи, отвергая сам подход, с помощью которого Дж. Ролз пытался разрешить проблему межпоколенческой справедливости, обратимся к тем дискуссиям, которые развернулись в западной научной литературе уже после выхода ролзовского *magnum opus* – «Теории справедливости» (1971). Предварительно же резюмируем наш анализ взглядов Ролза на проблему межпоколенческой справедливости. По нашему мнению, указанные взгляды показывают лишь то, что принципы межпоколенческой справедливости не могут рассматриваться как продукт некоего «гипотетического договора», будь то договор представителей одного поколения, учитывающих интересы будущих поколений, или договор между поколениями. В обоих случаях теория утрачивает свою интуитивную привлекательность. В первом случае не ясно (если только не постулировать аргументов *ad hoc*), почему представители одного поколения вообще должны заботиться о будущих поколениях (тем более, если это не их непосредственные потомки), а во втором случае совершенно не ясно, каково могло бы быть содержание межпоколенческого договора. Вместе с тем, идея беспристрастности, которой руководствовался Ролз, как мы полагаем, должна быть сохранена, вкупе с тезисом о том, что интересы будущих поколений имеют значение.

Устойчивое развитие. Итак, какие подходы к проблеме межпоколенческой справедливости возникали после публикации «Теории справедливости» Дж. Ролза? 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 собственный¹, а Б. Бэрри полагает, что ныне живущие «не должны действовать так, чтобы их наследникам досталось сравнительно меньшее количество тех благ, которыми они пользуются сами»². 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 ресурсов³.

Устойчивое развитие со временем стало доминирующей формулой межпоколенческой справедливости. На уровне ООН под влиянием указанной идеи был принят ряд документов. Так, об устойчивом развитии говорится, 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). В 2000 г. были разработаны Цели развития тысячелетия, которые планировалось достичь к 2015 г., а на данный момент актуальны сменившие их Цели в области устойчивого развития до 2030 г. В нашу задачу здесь не входит анализ конкретных политических или правовых документов. Хотелось бы лишь подчеркнуть, что любые предложения по защите прав будущих поколений (как на международном, так и на внутригосударственном уровне) могут вырабатываться или оцениваться лишь после того, как мы обоснуем и четко сформулируем указанные права. Однако ученые до

¹ Сен А. Указ. соч. С. 326-327.

² Barry B. Sustainability and Intergenerational Justice // Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability / Ed. by A. Dobson. Oxford, 1999. P. 101.

³ Birnbacher D. Responsibility for future generations – scope and limits. // Handbook of Intergenerational Justice. / Ed. by J. Tremmel. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006. P. 33.

сих пор спорят о том, какие именно показатели (currency of justice) следует учитывать при оценке устойчивости развития¹.

Одни авторы утверждают, что мы должны сохранить для будущих поколений имеющийся капитал² (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»³. 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, ведь наличие ресурсов не всегда позволяет конвертировать их в реальные блага), 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? как измерить и сопоставить субъективные ощущения разных лиц? если мы решим сочетать объективные и субъективные критерии, то каково их соотношение?

Надо сказать, что на практике достаточно сложно провести четкое различие между ресурсным подходом и подходом, связанным с оценкой благополучия, так как, во-первых, ресурсом в зависимости от ситуации может выступить любое благо, во-вторых, невозможность конвертировать ресурс в благо можно расценивать и как недостаток (ущербность) имеющихся ресурсов, а не только как недостаток благ. Сегодня существует множество самых разных оценочных шкал, рассматриваемых как

¹ См. обзор, напр., в: Page E.A. Climate Change, Justice and Future Generations. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006. P. 50-77. Или в: Tremmel J. Op.cit. P. 65-146.

² Напр.: Ederer P., Schuller P., Willms S. The Economic Sustainability Indicator. // Handbook of Intergenerational Justice. / Ed. by J. Tremmel. Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2006.

³ 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.

альтернатива господству таких показателей, как ВВП и ВНД (напр., индекс человеческого развития, индекс социального прогресса, индекс качества жизни и др.). Некоторые из них сочетают объективные и субъективные факторы (напр., международный индекс счастья).

В связи с рассматриваемой проблемой актуализируются также такие критерии, которые Ролз называл бы «первичными благами». Речь идет о таких показателях (благах), которые представляют собой универсальную ценность, разделявшуюся людьми на протяжении всей истории. Сформулировать таковые непросто. Очевидно, что первичные социальные блага, названные Ролзом, нерелевантны к данной проблеме, так как мы должны определить блага всего общества, а не отдельных людей, причем для целей сохранения этих благ, а не их перераспределения. По той же причине не в полной мере удовлетворяют проблеме и «основные возможности функционирования человека», названные М. Нуссбаум (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 над окружением). В конечном счете, для наших целей важны не столько эти возможности отдельных индивидов, сколько социальные институты и природные условия, их обеспечивающие.

Таким образом, идея устойчивого развития, при всей своей привлекательности, является неполной и весьма неопределенной. Так или иначе, чтобы решить обозначенные выше проблемы выбора показателей устойчивого развития, как мы полагаем, следует: 1) учитывать только те факторы, которые обладают вневременной ценностью для индивидов; 2) в качестве таких факторов рассматривать и субъективные и объективные; 3) по каждому из факторов использовать совокупность показателей, в том числе и несводимых друг к другу. Но даже если мы выполним все эти рекомендации, сделав идею устойчивого развития более убедительной, остается еще вопрос о том, какой уровень развития мы обязаны обеспечить будущим поколениям. В сущности, идея устойчивого развития раскрывает лишь те ценности, которые мы должны учитывать при анализе положения будущих поколений, но не отвечает на вопрос о том, в какой мере мы должны их учитывать. Ранее мы установили несостоятельность договорного подхода к данной проблеме. Но договорное право – лишь составная часть более общего понятия частного права. Поскольку поколения рассматриваются нами как равные, постольку частное право остается релевантным по отношению к рассматриваемой проблеме. Отсюда, наш центральный тезис заключается в том, что если

принципы регулирования договорных отношений не могут быть применены к межпоколенческим отношениям, то следует обратиться к принципам, регулирующим внедоговорные, а именно деликтные отношения.

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 очереди¹. Причинение вреда общему имуществу одним из сособственников в этом случае, как представляется, дает другому сособственнику 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 поколение связанного с этим негативного бремени следует квалифицировать как причинение вреда. Конструкция негативной защиты вещных прав в рассматриваемом случае неприменима потому, что будущему поколению пользоваться природными ресурсами мешает не нынешнее поколение, а сам фактор времени. Конструкция кондикционных 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 отноше-

¹ 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.

ний, и выгодно отличается от других разработанных цивилистикой юридических конструкций, также связанных с регулированием внедоговорных 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 подхода¹, также является вполне самостоятельным интуитивным аргументом в пользу дисконта будущего. Что касается размера «ставки дисконтирования», то справедливость, как мы полагаем, тре-

¹ Прокофьев А.В. Справедливое отношение к будущим поколениям (нормативные основания и практические стратегии) // Этическая мысль. 2008. №8. С. 232.

бует 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). Таким образом, принцип дисконтирования будущего, относительно которого в научной литературе ведутся многочисленные споры, удачно ложится на общую идею регулирования межпоколенческих отношений при помощи базовых конструкций деликтного права, и тем самым сохраняет свое значение.

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»¹. 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»². 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 результате роста населения, обязано настолько улучшить экологический баланс в целом, насколько оно угрожает обременить окружающую среду»³. По схожему мнению Хёсле,

¹ Хёффе О. Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 132.

² Хёсле В. Справедливость в отношениях между поколениями. // АПЕ. 2000. №2. С. 241.

³ Хёффе О. Хёффе О. Справедливость: философское введение. М., 2007. С. 162.

«дестабилизация климата по причине ее очевидных последствий с точки зрения естественного права будет рассматриваться как вклад в массовое убийство»¹.

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 работодатель (или общество) живет за счет будущих поколений; скорее, это свидетельствует о том, что выросшие дети не будут слишком многим обязаны родителям. Таково, по нашему

¹ Хёсле В. Справедливость в отношениях между поколениями. // АПЕ. 2000. №2. С. 242.

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» (именно так – в кавычках), а если точнее – о принципе взаимности (взаимной выгоды).

Выводы. Таким образом, мы приходим к выводу, что межпоколенческая справедливость может пониматься по-разному: с одной стороны, как справедливый порядок отношений между сосуществующими поколениями, и в таком случае она не имеет собственной специфики, с другой стороны, как справедливый порядок между несосуществующими поколениями, и тогда межпоколенческая справедливость стоит на своих уникальных принципах. Эти принципы подразумевают выработку нескольких критериев субъективного и объективного благополучия («устойчивого развития»), по которым мы сможем оценивать наличие или отсутствие вреда, причиняемого будущим поколениям, а также применение классических условий деликтной ответственности, предписывающих наличие противоправного деяния и вреда, причинно-следственной связи между ними, а также вины лица, причинившего вред. Иными словами, основной принцип межпоколенческой справедливости состоит в том, что нынешнее поколение не должно совершать таких действий, которые негативно скажутся на показателях устойчивого развития будущих поколений, при условии, что такие негативные последствия можно предвидеть при должном усердии и использовании современных научных знаний; одновременно значимость тех или иных последствий для того или иного поколения зависит от способности предвидеть данные последствия. Такова примерная формулировка основного принципа межпоколенческой справедливости, которая следует из применения деликтного подхода. В любом случае, какое бы понимание теории межпоколенческой справедливости мы не использовали, применение к входящим в ее предмет вопросам конструкции «договора между поколениями» представляется сомнительным.

Приложение 1. 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. Нерсесянцу¹, равно как и некоторым другим современным теоретикам права², 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"³. Однако признавая этот факт, юснатуралист скажет, что в нём есть проявление самостоятельной, независимой от государства сущности права, а легист, также не отрицая этот факт,

¹ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С. 10.

² Теория государства и права. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 2004. Электр. изд. С. 150.

³ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 76.

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 внесударственное. Таким образом, юснатурализм и легизм лишь акцентируют внимание на тех или иных аспектах правовой действительности, однако из этого не следует, что данные концепции противоречат 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 задаться вопросами: 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 сказано 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 исследования¹, 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"². 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.

¹ Скирбекк Г., Гилье Н. История философии. М., 2008. С. 664.

² 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"¹. Право, таким образом, включает 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"².

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 неправомерной дискриминации (например, должны ли в праве учитываться

¹ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С. 4.

² Проблемы общей теории государства и права. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 166.

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. Нерсисянца) 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"¹.

¹ 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. Несерсянц 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"¹. Таким образом, равенство предстает как равная правосубъектность (равная свобода)².

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 выключенной 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 обретаена ранее). Мы также должны указать на многочисленные возрастные цензы, влияющие на политические права граждан, и тем самым исключаящие 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,

¹ Несерсянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С.6.

² Несерсянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 17; Несерсянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2002. С. 26.

которое, как представляется, оправдывалось В.С. Нерсисянцем, 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 прав¹.

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 непреодолимых 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. Нерсисянц понимает только внешнюю свободу. "Говоря о праве как мере (норме, форме) свободы, -

¹ Лапаева В.В. Концепция права Р. Дворкина с позиций либертарно-юридического подхода // Труды Института государства и права РАН. 2013. №4. С. 166.

пишет он, - мы имеем в виду меру этой свободы в сфере поведения людей, их внешних действий, но не находящуюся вне правовой сферы свободу внутренних усмотрений, самоопределений и решений морально независимой и автономной личности"¹.

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 индивида².

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.

¹ Нерсесянц В.С. Право и закон. Из истории правовых учений. М.: Наука, 1983. С. 344.

² Скирбекк Г., Гилье Н. Указ.соч. С. 462.

Перейдем, наконец, к анализу понятия формальной справедливости. Согласно В.С. Нерсисянцу формальная справедливость есть "абстрактно-всеобщая, одинаково равная для всех... мера и форма дозволений, запретов и т.д., исключаящая чьи-либо привилегии"¹. 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. Нерсисянц указывает на тесную связь права и демократии². Обращает на себя внимание, в частности, следующее его высказывание: "Действительная и полная правосубъектность индивидов предполагает и их *законотворческую*

¹ Нерсисянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С. 4.

² Нерсисянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2002. С. 32.

правосубъектность, их соучастие (в той или иной форме) в законотворчестве... Свобода возможна лишь там, где люди не только ее адресаты, но и ее творцы и защитники"¹. 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. Нерсисянцу 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 ушёл 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")², а истоки принципа формального равенства "коренятся в природе человека как носителя разумной свободной воли"³.

Так, В.С. Нерсисянц 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."⁴. 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"⁵.

Исключительно правовой характер справедливости В.С. Нерсисянц пытается вывести через отсутствие единой и всеобщей морали и

¹ Проблемы общей теории государства и права. / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М., 2006. С. 170.

² Архипов С.И. Либертарная теория права В.С. Нерсисянца: достоинства и недостатки. // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2015. №5. С. 8.

³ Лапаева В.В. Указ.соч. С. 153, 158.

⁴ Нерсисянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С. 5.

⁵ Словарь по этике / Под ред. И.Кона. М., 1981. С. 278.

через противоположную этому общезначимость правовых норм¹. 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. Нерсисянца 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. Нерсисянец приводит тот вывод, 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"². 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 санкций³, 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. Нерсисянцем, 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

¹ Нерсисянец В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии, 2002, N 3. С. 5.

² Элементарные начала общей теории права. / Под общ. ред. В. И. Червонюка. М., 2003. С. 83.

³ Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М., 1986. С. 114.

вопрос о том, как следует вести себя человеку, столкнувшемуся 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.

Приложение 2. Соотношение права и морали: общетеоретический аспект

Вопрос о соотношении права и морали неоднократно поднимался в юридической литературе, однако за разнообразием взглядов зачастую теряется суть. Одна из проблем состоит в том, что исследователи не всегда достаточно ясно формулируют вопрос, на который они дают ответ. Другая проблема заключается в том, что под вопросом о соотношении права и морали нередко имеются в виду совершенно разные вопросы. Третья проблема состоит в смешении аналитики и ценностных суждений. В настоящем эссе предлагается некоторая матрица возможных соотношений права и морали в зависимости от того, как мы определяем сами право и мораль.

Предварительные замечания. Что такое право? Как известно, существует множество теорий правопонимания, но иногда в литературе выделяются три доминирующих, а именно естественно-правовая, позитивистская и социологическая¹. Что такое мораль? Определяя данное явление, философы обычно опускают социологический аспект, выделяя лишь нормативное и дескриптивное понимания морали, но при этом дополнительно обращают внимание на соотношение морали и этики. Ниже мы будем исходить из того, что (1) сравнивая право и мораль, необходимо четко понимать, какую из теорий правопонимания мы берем за основу, при этом (2) подобно праву мораль можно понимать с позиций трех аналогичных подходов (т.е. идеалистического, позитивистского и социологического). Далее мы сравним идеал права с идеалом морали, позитивное право – с позитивной моралью, а право как социальный факт – с моралью как социальным фактом, но сразу оговоримся, что это не исключает иные возможные комбинации для сравнения.

Следует отметить, что в отечественной учебной литературе принято выделять множество самых различных теорий правопонимания (естественно-правовая, историческая, позитивистская, нормативистская, психологическая, социологическая, материалистическая и др.). Выделяя лишь три основных теории правопонимания мы, с одной стороны, предполагаем, что остальные могут быть сведены к ним (например, историческая школа правопонимания, подобно естественно-правовой, содержит в себе элемент долженствования²), с другой стороны,

¹ Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник для вузов. М., 2004. С. 10.

² Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 305; Гессен В.М. Возрождение естественного права. СПб., 1902. С. 18.

умышленно оставляем в стороне некоторые экстравагантные теории правопонимания (психологическая, либертарно-юридическая, интегральная, коммуникативная и т.п.) с целью упрощения дальнейшего изложения.

Прежде всего, необходимо отметить, что какую бы теорию правопонимания мы не выбрали, право везде рассматривается как нормативный регулятор, относящийся к человеческим действиям, бездействиям, поступкам и, что реже, к характеристикам личности, а также внутренним мотивам и чувствам. Мы полагаем, что с этих же позиций может быть рассмотрена и общественная мораль (нравственность).

При этом сразу же хотелось бы развенчать чрезвычайно распространенное в философской и юридической литературе мнение, согласно которому право регулирует лишь внешнее поведение людей, а мораль – только внутреннее. На неправильность такого разграничения указывали ещё Г.Ф. Шершеневич¹, Н.М. Коркунов² и Г. Кельзен³.

Очевидно, что законодатель прямо дает правовую оценку чувствам, целям и мотивам, а также качествам (добродетелям и порокам) людей, закрепляя, например, правовые последствия утраты чувства любви и взаимного уважения в браке (абз. 2 п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 22 СК РФ), недобросовестности (ст. 10 ГК РФ, ч. 1 ст. 35 ГПК РФ и др.), устанавливая требования к личности того, кто претендует на занятие высокопоставленной должности или получение важного статуса⁴, вводя ограничения на право заниматься педагогической и иной деятельностью (ст.ст.

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. С.316.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М., 2010. С.94-95.

³ Кельзен Г. Указ.соч. С. 80.

⁴ Так, например, ст. 8 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 N 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" предъявляет к кандидатам на должность судьи Конституционного суда РФ требование «безупречной репутации». Согласно ст. 40.1. Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» от 17.01.1992 N 2202-1 прокурорами могут быть только лица, обладающие необходимыми профессиональными и моральными качествами. Кроме этого, можно отметить Закон Российской Федерации от 26.06.1992 N 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» в соответствии со ст.ст. 12.1, 20.2 которого юридическую оценку получают деловые и нравственные качества судьи, закреплённые в Законе о статусе судей или в кодексе судейской этики. Отметим и Федеральный закон от 31.05.2002 N 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ст.ст. 4, 7, 17 которого придают юридическое значение Кодексу профессиональной этики адвоката, также устанавливающему требования к деловым и моральным качествам личности. В юридической литературе, к слову, можно встретить критику такого смешения права и морали, хотя представляется явно необоснованным отрицать правовую природу норм, содержащихся в Кодексе профессиональной этики адвоката и в Кодексе судейской этики. См.: Мельниченко Р.Г. О смешении морали и права в адвокатуре. // СПС КонсультантПлюс.

331, 351.1 ТК РФ), придавая правовое значение утрате доверия к работнику (ст. 81 ТК РФ), а также личности правонарушителя, его судимости, целям и мотивам правонарушения, наличию и формам вины, многим из обстоятельств, исключающих преступность деяния, освобождающих от уголовной ответственности или наказания. Ограничение в правах т.н. «иностранных агентов» просто за то, что они в своих убеждениях попали под «иностранное влияние» (в т.ч. международных организаций) - ещё один пример.

Конечно, обычно право придает значение качествам и мотивам личности лишь в связи с конкретными действиями или статусом (должностью), не наказывая и не поощряя за них без соотнесения с определенным деятельностным контекстом. Причем, вопреки распространенному мнению (П.И. Новгородцев¹, Г.Ф. Шершеневич²), речь идет не только о случаях правонарушений, но и о правомерных действиях (например, для действительности брака или гражданско-правовых сделок важны намерения сторон, но недолжные намерения сами по себе не являются противоправными, они лишь отменяют определенные правовые последствия, см. ст.ст. 10, 170, 178, 179 ГК РФ, ст. 27 СК РФ; т.н. «иностранные агенты» также могут ограничиваться в правах в рамках правомерной деятельности, а не в связи с совершением ими правонарушений). Но разве общественная мораль, устанавливая требования к качествам и мотивам личности, казалось бы, вне какого-либо деятельностного контекста, не исходит на самом деле из той же самой посылки, что и право? Ведь смысл подобным требованиям придается во многом тем фактом, что одни качества и мотивы личности могут способствовать аморальному внешнему поведению, тогда как другие – высоконравственному. Например, вот что пишет А. Смит относительно такого качества личности, как благорасположение: "Хотя простое отсутствие благорасположения друг к другу среди равных людей и не заслуживает наказания, тем не менее чувство это, перешедшее за обыкновенные границы, достойно, по-видимому, действительной награды. Оно порождает множество добрых поступков, самым справедливым образом вызывающих живейшую благодарность"³. Иными словами, Смит рассматривает качество благорасположения с точки зрения благого воздействия этого личностного качества на других людей, т.е. внешнего выражения этого качества. Отсюда, различие между правом и моралью состоит скорее в фактических возможностях по урегулированию столь деликатных областей, как внутренние

¹ Новгородцев П.И. Право и нравственность. // Правоведение. 1995. № 6. С. 106.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 317-318.

³ Смит. А. Указ.соч. С. 97.

качества и мотивы личности, чем в разграничении самих сфер регулирования.

Иногда утверждают, что мораль устанавливает определенные требования к качествам и мотивам личности абсолютно вне всякой зависимости от возможных действий и поступков этой личности. Например, христианская мораль запрещает прелюбодействовать даже в сердце своём (Матф.5:27-28). Но подобные случаи демонстрируют просто другую функцию морали: здесь она выступает не в роли социального регулятора, а как набор установок, касающихся представлений о хорошей жизни («концепция блага»). Такая мораль также имеет определенные требования к внешнему поведению личности и даже к социальному устройству в целом. Но вытекают все эти требования (как относительно качеств и мотивов личности, так и относительно поведения личности и социального устройства) уже из некоторого целостного мировоззрения, касающегося смысла индивидуальной жизни, а не справедливости взаимоотношений между индивидуальными жизнями. Для нас в этом отношении важен тот факт, что право наравне с моралью не лишено возможности (как минимум, в теории) поощрять или преследовать определенные качества и мотивы людей безотносительно возможных социальных последствий, исходя лишь из представлений о достойной личности и о достойно прожитой жизни. Опыт испанской инквизиции и любых других преследований за веру, а также опыт тоталитарных режимов XX века с их официальными государственными идеологиями – яркие тому примеры (люди могли быть осуждены за неподобающие убеждения не потому, что эти убеждения вредны для социума, а потому, что эти убеждения неправильны в принципе, т.е. не согласуются с некоторым представлением о «правильном» человеке и «правильно» проживаемой жизни!¹). Даже в демократических странах правовое регулирование может исходить из приоритета одних «концепций блага» над другими, пусть это и проявляется в более умеренных формах (например, когда законодательно поощряются деторождение, спортивная индустрия, благотворительная деятельность, охраняются и спонсируются искусство и музейное дело, религиозная деятельность, культурное наследие и многообразие животного мира: всё это, как правило, обосновывается не столько в контексте урегулирования конфликтующих интересов, сколько в контексте «правильного» образа жизни и «достойных» устремлений). Следовательно, и здесь мы не наблюдаем принципиального отличия права от морали, а именно: и право и мораль теоретически

¹ Напр.: Григулевич И.Р. Инквизиция. М., 1976. С.243; Плейди Д. Испанская инквизиция. М., 2002. С. 83-86.

могут предписывать качества и мотивы личности безотносительно социальных последствий, но это лишь потому, что право и мораль, будучи социальными регуляторами, используются не столько для согласования интересов различных людей и урегулирования конфликтов между этими людьми, сколько для закрепления личностных этических идеалов. На что обращают внимание меньше, так это на то, что данные идеалы могут предписывать также и внешние поступки и действия (но уже не с позиции согласования интересов и урегулирования конфликтов, а с позиции реализации человеком своего предназначения и т.п.).

Итак, мы выяснили, что как право, так и мораль могут пониматься в качестве нормативных регуляторов, которые запрещают, предписывают, разрешают или рекомендуют (поощряют) определенные действия и бездействия, характеристики личности, а также внутренние мотивы и чувства. Отсюда, определения понятия морали могут быть даны исходя из корреспондирующих им теорий правопонимания.

Правовой и моральный идеалы: справедливость, этика, польза. Прежде всего, проводя параллели с доктриной естественного права, мораль можно понимать как некое идеальное социальное регулирование. Но поскольку и право, и мораль рассматриваются нами как социальные регуляторы, очевидно, что идеал права и морали должен быть одним и тем же. В свою очередь человек, который считает одинаково правильным два противоположных варианта поведения или два противоположных следствия некоторого качества/мотива личности, противоречит сам себе и нарушает элементарные законы логики. Ведь даже если действующее законодательство требует от меня одного поведения, а общественная мораль – прямо противоположного, я всё равно нахожу правильным только один вариант (который, впрочем, может не совпадать ни с позитивным правом, ни с позитивной моралью). Ситуации, когда идеальные требования к закону и общественному мнению отличаются, могут быть обусловлены лишь исключительными обстоятельствами, связанными с различиями правовой и моральной форм регулирования, например с их гибкостью или эффективностью воздействия в тех или иных ситуациях. Так, иногда включение в закон справедливых положений, соблюдение которых государство очевидно не сможет обеспечить, чревато падением авторитета закона как такового, и отсюда – еще большей несправедливостью. Это подобно тому, что Р.Штаммлер называл «умышленно неправильным правом» ("bewusst unrichtiges Recht"). Дан-

ный автор обращал внимание на то, что иногда попытки сей же час искоренить несправедливое социальное регулирование чреваты еще большими несправедливостями¹.

В чем именно состоит идеал правового и нравственного регулирования – тема отдельного исследования. В рамках данного эссе мы лишь хотим подчеркнуть, что в значении некоторого идеала права и мораль практически неразличимы. В этом смысле часто встречающиеся попытки разграничить право и мораль по используемым критериям должного («законно/незаконно» у права и «хорошо/плохо» у морали) представляются несостоятельными, так как в этом случае право в позитивистском смысле сравнивается с моралью в смысле некоторого идеала, но это всё равно, что сравнивать зеленое с квадратным. В действительности и право, и мораль ориентированы на единый социальный идеал, который корректнее обозначить как «справедливость» (впрочем, это лишь вопрос терминологии). Нельзя не отметить, что представители новоевропейской школы естественного права при всем различии их воззрений действительно исходили из некоторых общих предпосылок, а именно из необходимости обеспечения людям самосохранения, мирного, безопасного и взаимовыгодного сосуществования, допустимой в этих рамках свободы. И эти ценности² по сути являются общими для права и морали.

Мы, однако, сказали, что право и мораль могут выполнять функцию не только социального регулятора, но и функцию защиты и реализации некоторой «концепции блага». В этом случае они продолжают быть нормативными регуляторами, но ориентированы на другой идеал. Хабермас в этой связи проводит различие между моралью и этикой³. Этика отвечает на вопрос о «сильных предпочтениях» («каким человеком я хочу быть? какой жизнью я хочу жить?»), а мораль направлена на беспристрастное урегулирование конфликтов. По нашему мнению, поскольку право также направлено на беспристрастное урегулирование конфликтов, постольку можно провести аналогичное разграничение этики и права. В результате корректнее говорить о разграничении этики и справедливости как двух видов нормативных идеалов, первый из которых выражен у Аристотеля, а второй – у Канта. При этом этика вры-

¹ См. об этом: Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 268-271.

² В.П. Тугаринов предлагал называть их «социально-политическими» (относя к ним общественный порядок, мир, безопасность, свободу, равенство, справедливость, человечность и т.п.). Тугаринов В.П. Избранные философские труды. СПб., 1988. С.277.

³ Habermas J. Erläuterung zur Diskursethik. Frankfurt am Main, 1992. S. 100-118.

вается и в область морали, и в область права, предлагая свои собственные оценки человеческих действий, поступков, добродетелей и мотивов. Так, например, религиозные доктрины, предоставляя собственное понимание смысла жизни (этику), порождают одновременно религиозную мораль и религиозное право.

Есть два довода, вследствие которых в области права обычно не воспроизводится различие, подобное хабермасовскому делению «морали» и «этики»: 1) с помощью правовых механизмов сложно заставить человека реализовывать определенный смысл жизни (т.е. быть «таким-то», стремиться к «тому-то»); 2) в тех случаях, когда это всё же возможно, предполагается провозглашение официальной идеологии, однако опыт показывает, что предоставление одному из социальных институтов (т.е. государству) полномочий регламентировать идеологическую сферу всего социума чреват эксцессами. Вместе с тем, первый довод отчасти опровергается вторым, второй же довод отчасти опровергается проводимой современными демократическими государствами политикой защиты определенных образов жизни, пусть и ограничиваемой правами человека (иными словами, если государство является подлинно демократическим, а его полномочия в сфере защиты и/или формирования образов жизни ограничены некоторыми базовыми правами человека, то соответствующая политика обычно не считается несправедливой). Поэтому нет причин не рассматривать право как инструмент реализации некоторого «этического» идеала (а не только идеала справедливости), к чему, собственно, и призывают т.н. коммунитаристы (Ч. Тейлор, М. Уолцер, М. Сэндел, А. Макинтайр, А. Этциони).

Нельзя забывать, что собственно социальное регулирование касается скорее того, как согласовать между собой различные образы жизни, а не того, какой образ жизни является достойным. Поэтому следует быть осторожным, позиционируя необходимость следования каким-либо представлениям о достойной жизни в качестве идеала справедливости (экстраполяция этического идеала на социальную сферу может привести к крайне неубедительным теориям справедливости, как это, например, имеет место в «этике добродетелей» А. Макинтайра, пренебрежительно отзывавшегося о правах человека). Действительно, одно дело соглашаться друг с другом в том, что тот или иной образ жизни заслуживает защиты, но другое дело – навязывать этот образ жизни инакомыслящим.

Важно подчеркнуть, что социальный идеал взаимоотношения индивидов (справедливость) может противоречить идеалу достойной жизни индивида, но это столкновение идеалов происходит и внутри

права, и внутри морали, и является не столкновением права и морали, а столкновением идеалов справедливости и этики. Так, например, будучи, как правило, ориентированными на загробный мир, религии выражают подход к долженствованию, очевидно отличающийся от подхода, связанного с урегулированием конфликтов или иными «профанными» целями (хотя и таковым религии уделяют некоторое внимание). Это может порождать конфликт справедливости и религиозной этики.

Два названных идеала обуславливают, помимо прочего, двойное понимание феномена добродетелей. Так, Дж. Ролз, находясь в кантовской традиции, рассматривает добродетели как такие качества личности, которые способствуют социальному идеалу, т.е. действиям в соответствии с правильными принципами социального устройства¹, для Аристотеля же добродетели суть то, что воплощает в человеке его идеал как человека (телос)². Понятно, что различные подходы приведут к тому, что добродетелями будут считаться различные качества. Кроме того, обоснованной может оказаться разная степень развития этих качеств (как правило, этический идеал больше, чем идеал справедливости, подходит для обоснования героизма и самопожертвования). Аналогично двойко можно рассматривать идеал мотивов человеческих действий. Для одних правильный мотив есть такой, который способствует правильному социальному устройству (подобное воззрение см. напр. у Р. Штамmlера³), для других правильный мотив связан со стремлением стать определенным человеком (подобное воззрение см. напр. у И. Ильина⁴). В этическом контексте внешние действия зачастую вообще оцениваются не как нечто самостоятельное, а лишь как нечто, выражающее внутренний мотив или влияющее на характеристику личности. Как писал В. Франкл, "я не только поступаю в соответствии с тем, что я есть, но и становлюсь в соответствии с тем, как я поступаю"⁵.

Продвинемся немного дальше и обратим внимание еще на один (уже третий) идеал, не чуждый праву и морали. Так, на наш взгляд, приведенное различие справедливости и этики следует отличать от кантовского различия категорического императива и императивов счастья. Иногда человек осознает, что его счастье противоречит его же индиви-

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. 275, 351, 356, 381-382.

² Аристотель. Этика. М., 2018. С. 29-30, 54-55, 66, 219.

³ Stammler R. Op.cit. S. 70; Штамmlер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М., 1908. С. 117.

⁴ Ильин И.А. О сопротивлении злу силою. // Ильин И.А. Почему мы верим в Россию: Соч. М., 2007. С. 388.

⁵ Франкл В. Человек в поисках смысла. М., 1990. С. 114.

дуальным представлениям о смысле жизни. Следовательно, этика и счастье не тождественны. Только тогда, когда смысл жизни человек видит в получении удовольствий и достижении счастья, можно говорить о совпадении императивов счастья и этических императивов, т.е. психологического и этического гедонизма. В остальных же случаях императив счастья имеет самостоятельное значение. Точно так же, если человек получает удовольствие от служения справедливости, то идеал пользы для него совпадает с идеалом справедливости, в остальных же случаях эти идеалы содержательно различаются.

Экстраполированный на социальную сферу, императив удовольствия/счастья выливается в учение утилитаризма, которое многие философы ошибочно пытаются представить в виде единственно верной теории справедливости. В действительности принцип всеобщего блага (пользы) не имеет к справедливости никакого отношения, поскольку не отвечает на вопрос о том, как польза должны распределяться среди членов общества. Это давно стало общим местом критики утилитаризма¹. Таким образом, как и этический идеал, идеал пользы сам по себе еще ничего не говорит нам об идеале справедливости. Идеалы этики и пользы формулируются с индивидуальной перспективы, а идеал справедливости – с социальной перспективы.

Однако сказанное не означает, что к всеобщему благу не следует стремиться. Будучи членами общества или государственного союза, мы рассчитываем на то, что пребывание в них будет для нас полезным, социальные институты и публичная власть будут работать по возможности эффективно, а обеспечивая общий экономический рост. Вытекающие отсюда требования существуют независимо от требований, касающихся прав человека, справедливого распределения благ или представлений о смысле жизни, хотя, безусловно, должны быть с ними каким-то образом согласованы. Так, утилитаризм способен выработать свои собственные взгляды относительно должных поступков, добродетелей и мотивов. Джон Локк, в частности, писал: «Вещи бывают добром и злом только в отношении удовольствия и страдания. «Добром» мы называем то, что способно вызвать у нас или увеличить удовольствие, либо уменьшить наше страдание... «Злом», напротив, мы называем то, что способно причинить нам или увеличить какое-нибудь страдание, либо уменьшить какое-нибудь удовольствие... Под «удовольствием» и «страданием» я разумею либо то, что относится к телу, либо то, что к душе»².

¹ См., напр.: Шапиро И. Указ.соч. С. 39; Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2011. С. 158-160; Хёффе. О. Политика. Право. Справедливость. М., 1994. С. 38.

² Локк Дж. Опыт о человеческом разумении. // Локк Дж. Соч.: в 3 т. Т.1. М., 1985. С. 280.

При этом, как и другие учения об идеале, утилитаризм сталкивается со своими специфичными проблемами. Например, мы должны найти убедительные способы измерения совокупного удовольствия, т.е. экономического роста. Традиционные критерии, такие как ВВП, сегодня всё больше подвергаются сомнению¹.

Подводя итоги рассмотрению идеалов права и морали, обратим внимание на то, что в современной политической и моральной теории сложились три основных течения - утилитаристское, аристотелевское (этическое) и кантианское (деонтологическое) – выражающие соответственно идеалы целесообразности, блага и справедливости². Наш тезис, вытекающий из вышеизложенного, состоит в том, что каждый из названных идеалов имеет право на существование. Однако сама постановка вопроса о должном социальном (!) регулировании подразумевает некоторый приоритет требований справедливости перед пользой и добродетелью. Вместе с тем, последние не вытесняются полностью и сохраняют огромное значение в области социального регулирования. Кроме того, не следует забывать, что с индивидуальной перспективы стремление к счастью или реализация своего предназначения могут иметь приоритет перед справедливостью.

Позитивное право и позитивная мораль. Итак, мы рассмотрели соотношение права и морали как выразителей должного. Помимо этого, мораль, подобно праву, допустимо определить позитивистски. Если право с точки зрения этого подхода означает совокупность установленных или санкционированных публичной властью нормативных предписаний к подвластным субъектам, то мораль представляет собой сложившиеся в том или ином обществе устойчивые представления о правильном или неправильном (хорошем и плохом, добром и злом и т.д. – конкретные термины не столь важны), выраженные в нормативных предписаниях к членам данного общества. Позитивистский характер подобного определения морали заключается в том, что мы не выражаем в нем своего отношения к сложившимся моральным устоям и не соотносим их с каким-либо нравственным идеалом. Уточнение приведенного определения позитивной морали позволит отличить ее не только от права, но и от других социальных регуляторов (напр., от обычаев и традиций), но это сейчас не входит в нашу задачу. От этих уточнений зависят суждения о времени появления морали, поэтому вопрос о том, относится ли появление морали и права к одной и той же исторической эпохе, мы

¹ См., напр.: Стиглиц Д., Сен А., Фитусси Ж.-П. Указ.соч.

² Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 7-17.

также опустим (хотя очевидно, что человеческое общество существует столько, сколько существует человек, в то время как публичная власть в таком обществе появилось не сразу).

В чем *определяющие* отличия позитивного права от позитивной морали? Если право исходит от государства или иной публичной власти (установлено или санкционировано ею), причем, как правило, подразумевает формальные процедуры правотворчества (установления или санкционирования) и правоприменения, то мораль исходит от всего общества, и зачастую какие-либо формальные процедуры создания, изменения, отмены и применения моральных норм отсутствуют (более того, как верно отметил Г.В. Мальцев, каждый человек, соблюдая ту или иную норму морали, одновременно как бы вновь создает ее; отсутствует четкое разграничение создания и реализации моральной нормы¹). Грубо говоря, единственный критерий, который позволяет четко разграничить понятия права и морали – это такая характеристика права, как установленность или санкционированность его публичной властью.

Из сказанного следует, по всей видимости, и разграничение права и морали с точки зрения их основных норм. Если в сфере права основная норма, согласно Кельзену, санкционирует определенный публично-властный порядок, продуцирующий право («Должно вести себя так, как предписывает конституция»²), то в сфере морали такая основная норма, по всей видимости, должна выглядеть следующим образом: «Должно следовать предписаниям общественного мнения».

Многие другие отличия права от морали, обычно рассматриваемые в литературе, хотя и имеют место, но уже не являются абсолютными, т.е. не выводятся чисто логически из самих по себе понятий права и морали, но тесно связаны с определяющими характеристиками права и морали.

Так, например, право обычно обеспечивается соответствующим властным механизмом. Однако, это вовсе не обязательно означает наличие санкций в правовых нормах. Следует признать, что очень многие нормы международного, конституционного и других отраслей права попросту не имеют санкций (в смысле возможности привлечения к ответственности за нарушение этих норм). В действительности норма может обеспечиваться не только угрозой наказания, но и государственной политикой в соответствующей сфере. Более того, так называемые рекомендательные нормы права могут быть вообще ничем не обеспечены, кроме

¹ Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2009. С. 152.

² Кельзен Г. Указ.соч. С. 249. Хотя более корректна, на наш взгляд, формулировка: «Должно следовать нормативным предписаниям публичной власти».

морального авторитета самого законодателя. На самом деле обеспечение право во много зависит от самого общества, от правосознания и правовой культуры его членов. В свою очередь моральные нормы, как правило, обеспечиваются санкциями со стороны любого из членов этого общества (к негативным моральным санкциям, вопреки распространенному мнению, относится не только осуждение, но и лишение внимания, отказ от сотрудничества, исключение из группы, а также общественное давление с целью побудить к соблюдению нарушенной нормы, а иногда даже имущественные и физические наказания; положительные моральные санкции не менее разнообразны). Но важно понимать, что мораль может обеспечиваться и проводимой государством политикой (а если моральная норма является одновременно и правовой, то она зачастую обеспечивается и государственным принуждением). Так что нельзя сказать, что право всегда обеспечивается только государством (публичной властью), а мораль – всегда только обществом, хотя определенные тенденции здесь вытекают из самих определений права и морали.

В отечественной литературе О.Г. Дробницкий предлагал различать право и мораль как институциональный и неинституциональный способы регуляции, в том смысле, что право создается и применяется специальными учреждениями (органами), имеющими на то полномочия¹. Как отмечается некоторыми исследователями, иногда привлечение к моральной ответственности также осуществляется отчасти институционально², но на наш взгляд, пока речь в подобных случаях не идет об институтах публичной власти, нельзя говорить и о юридической ответственности. По всей видимости, именно публичная, то есть особым образом организованная, институционализируемая власть как таковая (в том числе протогосударственная, международная и пр.), не обязательно только государственная, является "источником формирования" правовых норм и тем критерием, который позволяет четко разграничить право и мораль. Если же мы говорим о критерии институционализированности в отрыве от понятия публичной власти, но следует признать, что этот критерий носит относительный характер.

С этим же критерием связано давно подмеченное Ю.А. Агешиным отличие в характере развития права и морали: «если развитие нравственной материи характеризуется в целом постоянством движения, его относительной непрерывностью (плавностью), то право развивается

¹ Дробницкий О.Г. Моральная философия. М., 2002. С. 237.

² Мальцев Г.В. Указ.соч. 153.

скачкообразно, прерывисто»¹. Это утверждение, обусловленное спецификой самой правовой формы, обладает большой долей истины даже и в том случае, когда государство осуществляет реформы законодательства максимально плавно. Но и здесь имеет место некоторая относительность: наряду с постепенно изменяющимися законами мы можем предположить резкую смену моральной парадигмы общества в результате каких-либо социальных потрясений. От названного аспекта следует отличать вопрос о том, какой из двух социальных регуляторов более динамичен: здесь встречаются прямо противоположные точки зрения², но совершенно очевидно, что ответ на этот вопрос также относителен и зависит от воли соответственно законодателя или общества, а также от конкретных источников права, которые мы рассматриваем (религиозные тексты, например, вообще лишены динамизма).

Тесная связь с институтами публичной власти, создающимися во многом с целью обеспечения известной стабильности и определенности, предопределяет сравнительно больший *формализм* права и, соответственно, сравнительно большую *гибкость* не связанной с публичной властью морали³, однако следует иметь в виду относительный характер данного различия. В частности, столь распространенные источники права, как обычай (в силу того, что он не всегда закреплен письменно) и прецедент (в силу того, что лишь применительно к конкретному делу определяется то, что составляет *ratio desidendi*, а что – *obiter dictum* применяемого судебного решения⁴) имеют гораздо меньшую степень формализации, чем нормативно-правовой акт. То же самое можно сказать о доктринально формулируемых правовых принципах, а применительно к англо-саксонской правовой семье – о «максимах права справедливости», называемых в литературе «неопределёнными этическими утверждениями» («vague ethical statements») ⁵. Не всегда право достаточно четко

¹ Агешин Ю.А. Политика, право, мораль. М., 1982. С. 84.

² Так, по мнению Н.И. Матузова, право всегда более консервативно, чем динамичная и гибкая мораль. Но С.С. Алексеев отмечает, что «юридические установления подчас были впереди господствующей морали». Г.Ф. Шершеневич вообще утверждает большую по сравнению с моралью динамичность права. См.: Теория государства и права: учебник. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 2004. Электр. изд. С. 220-221; Алексеев С.С. Теория права. С.69; Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 326.

³ См., напр.: Новгородцев П.И. Право и нравственность. // Правоведение. № 6. 1995. С. 108.

⁴ Применительно к прецеденту, установленному в деле Donoghue (1932), см.: Максимов А.А. Прецедент как один из источников английского права. // Государство и право. 1995. №2. С. 97, 100.

⁵ Hudson A. Equity and Trusts. London, New York, 2009. P. 24; Романов А.К. Правовая система Англии. М., 2002. С. 112-114.

определяет и санкции за правонарушения. Так, актуальными остаются вопросы об отсутствии санкций у многих конституционно-правовых норм¹, и об абсолютно-неопределенных санкциях в международном праве, а в странах англо-саксонской правовой семьи вообще имеет место практика лишения свободы на неопределенный срок, зависящий от поведения заключенного (*indefinite imprisonment*). Одновременно моральные санкции вполне могут быть формально-определенными. Так, касаясь первобытной эпохи «исследования этнографов показывают, что зачастую моральные запреты имели фиксированную шкалу санкций»². Тем не менее, в большинстве случаев правовая норма действительно является более определенной и менее гибкой, чем моральная. Она ориентирована на известную каждому юристу структуру «гипотеза-диспозиция-санкция», в то время как моральные нормы представляют собой своего рода «общие» гипотезы и диспозиции (напр., «не лги друзьям»), уточняющиеся лишь применительно к индивидуальным случаям (напр., в конкретных обстоятельствах мы можем признать допустимой «ложь во благо»), при этом санкции моральных норм, как правило, вообще заранее не определены и избираются уже *post factum*.

Столь же относительным является различие права и морали по *степени систематизации* (долгое время в европейской истории право не было систематизировано³), но и это различие, как правило, всё же достаточно четко прослеживается, так как обуславливается самой необходимостью возникновения права. Так, хотя мораль локальных групп, очевидно, должна соответствовать морали всего общества, в состав которого они входят (т.е. имеется некоторая обусловленная логикой иерархия), но каких-либо специальных правил разрешения конфликтов ценностей различных локальных групп (даже если индивид принадлежит к каждой из них) мораль не содержит⁴. В сознании людей общественная мораль всегда конкурирует с моралью отдельных социальных групп. В то же время право обычно структурно оформлено в различные группы норм, при этом все правовые нормы выстроены в строгую иерархию, и существуют четкие правила разрешения правовых коллизий.

¹ См., напр.: Виноградов В.А. Конституционно-правовые санкции. // Законодательство. 2001. №12.

² Лукашева Е.А. Указ.соч. С.114.

³ Применительно к французским обычаям: Лукашева Е.А. Указ. соч. С. 111. Применительно к праву Англии: Романов А.К. Указ. соч. С. 81.

⁴ См., напр.: Колотова Н. В. Взаимодействие права и морали: взаимодополнительность и конфликт. Автореф. дис. на соискание ученой степени к.ю.н. М.,1997.С. 18.

Таким образом, существует ряд отличий между правом и моралью (а именно отличия по критериям формальной определенности, системности, институциональности и т.п.), которые имеют относительный характер (существование и степень соответствующих отличий зависит от исторической эпохи, от конкретного общества, от источников, в которых выражается право и мораль), но всё же тесно связаны с тем фактом, что право проистекает от публичной власти, а мораль – непосредственно от общества.

Другие называемые в литературе различия права и морали не столь очевидны.

К таковым, например, относятся крайне дискуссионные предложения разграничить право и мораль по *уровню их требовательности* (право как Existenzminimum морали и т.п.) или по *суровости их санкций*. Подобные различия не просто ситуативно и исторически изменчивы, но даже не создают какой-либо очевидной тенденции¹.

Отличия права от морали пытаются усмотреть также в *источниках их закрепления*. При этом часто безосновательно утверждается, что различие этих источников состоит в том, что право выражено в документах, исходящих от государственной власти, а мораль – в общественном сознании (как будто официальные документы не могут содержать нравственные нормы, а право не содержится в общественном сознании!). Типичные формы закрепления у права и морали действительно разные, однако и тот, и другой социальный регулятор могут фиксироваться как письменно, так и устно, содержаться в религиозных книгах, печатных СМИ, кодексах профессиональной этики и программных документах, в древних летописях и других общих для них источниках.

Помимо этого, иногда предпринимается попытка разграничить право и мораль по *методам регулирования*. Так, С.С. Алексеев утвер-

¹ Например, с точки зрения права неуплата налогов, побои, уклонение от службы в армии или безбилетный проезд в общественном транспорте могут быть серьезными нарушениями, но мораль может быть более снисходительна в этом отношении. Одновременно право во многих случаях допускает нечестность и обман (например, подсудимый может защищать себя любыми способами), тогда как мораль в этом отношении может быть более строгой. Что касается санкций, то общество может поддерживать смертную казнь, а право – запрещать. Но одновременно общество может считать некоторые административные штрафы чрезмерно высокими. Короче говоря, различия права и морали тут крайне ситуативны.

ждал, что право сосредоточено на дозволениях, а мораль – на обязанностях¹, схожим образом Х. Томазий видел основной принцип права за-прещающим, а основной принцип морали – обязывающим². Но всё же более убедительной представляется позиция, согласно которой и праву, и морали не чужды ни запреты, ни дозволения, ни обязанности, ни ориентированные на добровольное исполнение рекомендации (о существовании моральных дозволений говорит, например, такое часто используемое в быту выражение, как «иметь моральное право»).

Исследователи также делают попытки разграничить право и мораль по *сферам регулирования*, при этом одни ученые доказывают, что охватываемый правом круг общественных отношений значительно шире, чем у морали, а другие отстаивают прямо противоположный тезис³. Мы полагаем, что право и мораль действительно можно разграничить по названному критерию, но каждый из этих регуляторов в силу своей специфики имеет достаточно широкую область приложения, недоступную для другого регулятора: так, многие узкопрофессиональные процессуальные и технические стандарты безразличны для морали, в то время как многие аспекты отношений дружбы или любви не регламентируются правом. В.Д. Зорькин, говоря об ограниченных возможностях права, сравнивал его с сетчатой сумкой, в которой можно унести картофель, но не крупу⁴. Мораль, в свою очередь, ограничена известной аморфностью, вследствие чего неприменима там, где требуется деталь-

¹ Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 211.

² Фролова Е.А. Проблемы теории и философии права: монография. М., 2015. С. 120-121.

³ Р.З. Лившиц утверждает, что "мораль охватывает все сферы человеческого поведения, а право - только те сферы, где есть необходимость потенциального принуждения. В этом смысле сфера морального воздействия в обществе шире, чем сфера воздействия правового". Лившиц Р.З. Указ. соч. С.88. Однако в литературе можно встретить и прямо противоположную точку зрения, согласно которой правовые нормы действуют в самых широких различных сферах практической деятельности людей, не касаясь лишь сравнительно небольшого круга общественных отношений (дружба, любовь, сострадание и т. д.), к которому и сводится действие морали. См.: Проблемы общей теории государства и права./ Под ред. Нерсисянца В.С. М., 2006. С.206. Наконец, третью точку зрения высказывает Е.А. Лукашева, которая обращает внимание на то, что мораль хоть и встречается в "чистом" виде в сравнительно узкой сфере общественных отношений, но по сути универсальна. «Таким образом, и право, и мораль обладают способностью проникать в самые различные области общественной жизни. Ни право, ни мораль не ограничиваются предметно обособленной сферой социальных отношений. Они связаны с поведением людей в широких областях их социального взаимодействия... нельзя разграничивать право и мораль по предметным сферам их действия. Они действуют в едином "поле" социальных связей". Там же. С.206.

⁴ Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Рос. газ. 2010. №5217. С.17.

ное регулирование. Так или иначе, критерий разграничения права и морали по сферам регулирования, как и многие другие, является не просто исторически изменчивым, но и весьма неопределенным. В истории, как отмечал П.И. Новгородцев, случаются переходы юридических требований в моральные и наоборот.

Наконец, в литературе порой предпринимается попытка разграничить право и мораль *по воздействующим на них силам, закреплённым в них интересам и факторам их изменения*. "Право, - отмечал П.И. Новгородцев, - есть результат борьбы различных общественных сил - сложный продукт их взаимодействия. Отражая на себе следы этой борьбы и этого взаимодействия, оно никогда не может быть ни строго логическим, ни вполне совершенным»¹. Представляется, что указанные характеристики права справедливы и для морали. Поэтому сущностные характеристики морали и права в этом отношении одинаковы, хотя на практике, конечно, право может в большей степени закреплять интересы одних социальных групп, а мораль – других. Так, различные общественные силы (общественные институты, организации, влиятельные деятели и т.п.) воздействуют на право и на мораль не равным образом. Некоторые из них акцентируют свою деятельность на изменении законодательства, другие вызывают лишь к нравственным чувствам людей, третьи работают в обоих направлениях. Кроме того, влияние этих общественных сил (их ресурсы, интенсивность деятельности) различно. Таким образом, право и мораль имеют некоторые различия в плане воздействующих на них факторов.

Социологические трактовки права и морали. Мы рассмотрели соотношение понятий права и морали с позиций идеалистических и позитивистских. Наконец, мораль можно рассматривать с точки зрения социологического подхода. В его рамках право часто определяется как фактически и устойчиво принимаемые решения представителей публичной власти (правоприменителей) в ситуациях, урегулированных издаваемыми этой же публичной властью (правотворцами) нормативными актами. Однако если мы попытаемся дать корреспондирующее определение морали, мы столкнемся с известными трудностями, поскольку в области морали не существует специально уполномоченных моралеприменителей и моралетворцев. Один из вариантов социологического понимания морали состоит в том, что она определяется как фактические устоявшиеся модели поведения людей в ситуациях, относительно которых имеется общепринятая позитивная моральная норма.

¹ Новгородцев П.И. Право и нравственность // Правоведение. 1995. №6. С. 110.

Подобное разграничение не исчерпывает всего богатства социологических трактовок права и морали, но является возможным постольку, поскольку действия людей иногда расходятся с их словами. В литературе верно отмечается, что «нравственные утверждения можно считать нравственными и принимать в их прямом значении только тогда, когда тот, кто формулирует эти утверждения, формулирует их для того, чтобы примерить на самом себе»¹. Однако, даже искренне разделяемое большинством членов общества убеждение (например, о необходимости подавать милостыню или беречь окружающую среду, уступать место в общественном транспорте, относиться с участием к чужим проблемам, соблюдать ПДД и т.д.; о недопустимости лжи, взяток или кумовства) может не совпадать с фактически совершаемыми большинством членов общества действиями. «Нормативная сила фактического» порой заставляет большинство людей поступать совсем не так, как они считают правильным, что давно подмечено социальными психологами. Норма в значении наиболее распространенного варианта поведения сама по себе выступает в качестве ориентира для действия. Как отмечал, например, А. Смит, "при определении степени одобрения или осуждения человеческих поступков мы пользуемся обыкновенно двумя различными мерами: во-первых, представлением, какое мы имеем о том безусловном совершенстве, которого при затруднительных обстоятельствах человек никогда не достигает и не в силах достигнуть, так что в сравнении с подобным совершенством все наши поступки не выдерживают критики и даже заслуживают порицания; во-вторых, представлением о большей или меньшей близости поступков большинства людей к такому совершенству"².

Изложенный вариант разграничения права и морали с точки зрения социологического подхода представляется более продуктивным, чем смешение обоих этих социальных регуляторов с фактическими общественными отношениями и следующие отсюда попытки вынести критерии разграничения различных видов социальных регуляторов в область психических переживаний (О. Эрлих, Л. Петражицкий, отчасти Р. Иеринг), так как позволяет сохранить и позитивистское, и юснатуралистское определения права и морали, одновременно дополнив их социологическими определениями.

Заключение. Приведенные три трактовки права и морали (идеалистическая, позитивистская и социологическая) отражают три давно известных значения слова «норма». Иногда мы говорим о норме как о

¹ Гусейнов А.А., Апресян Р.Г. Этика: учебник. М., 1998. С. 30.

² Смит А. Указ. соч. С. 46-47.

чем-то таким, что считаем правильным в силу какого-то убеждающего основания или критерия совершенства (независимо от того, что думают и как поступают остальные). В других случаях нормой считается то, что соответствует мнению некоторой инстанции (например, публичной власти или большинства членов соответствующей социальной группы). Наконец, иногда мы называем нормой фактически сложившийся, наиболее распространенный вариант поведения в той или иной ситуации, независимо от того, считаем ли мы (или кто-то другой) этот вариант поведения приемлемым. Далеко не всегда в литературе четко различаются все три указанных значения, в частности не всегда разграничиваются «мнение большинства» и «поведение, свойственное большинству». Р. Дворкин, например, с одной стороны выделял идеалистическую трактовку нормы («нормативное правило»), с другой стороны смешивал во едино вторую и третью трактовки (позитивистскую и социологическую) в рамках термина «социальная норма»¹. Между тем, только четкое понимание трех различных значений термина «норма» позволяет корректно сравнивать феномены права и морали.

¹ Дворкин Р. Указ.соч. С. 81-83.

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.

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, в том числе, к морально 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»¹.

Автор настоящих очерков исходил из посылки, что на наиболее абстрактном уровне на роль общего принципа справедливости претендует идея равного отношения 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»² и общепризнанные права человека основываются на указанной идее, хотя и не исчерпывают содержание теории справедливости и, конечно, не сводятся к ней. В свою очередь на более частных уровнях существуют свои принципы. Общий принцип справедливости сформулирован абстрактно, поэтому не определяет их конкретное содержание, но, несомненно, определяет их конечную цель.

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 формальную (регулятивную) идею общественного идеала. Так, мы не отрицаем относительность любых моральных идеалов, но лишь для практических целей исходим из того, что на сегодняшний

¹ Фролова Е.А. Правовой идеал в философии права. // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. №5.2011. С. 77

² Эту терминологию мы заимствуем из: Россия в поисках идеологий: трансформация ценностных регуляторов современных обществ / под ред. В. С. Мартыанова, Л. Г. Фишмана. М., 2016. С. 10, 62, 158, 160 и др.

день способно снискать одобрение большинства участников практических дискурсов (называя это принципом равного достоинства, равной ценности лиц и т.д.), 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 с точки зрения моральных императивов. Но данные очерки, по крайней мере, могли бы показать, что, не уподобляясь, с одной стороны, «классическому» или даже «возрожденному» естественному праву, с другой стороны, постмодернистскому релятивизму, вполне возможно отвечать на вопросы о должном социальном регулировании системно, непротиворечиво, междисциплинарно, объективно и в рамках научного этоса, тем самым обосновывая направления дальнейшего политико-правового развития.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Abbott D. The Handbook of Fifth-Generation Warfare. USA: Nimble Books, 2010.
2. Achen Ch.H., Bartels L.M. Democracy for realists: why elections do not produce responsive government. Princeton: Princeton University Press, 2016.
3. Ajir M., Vailliant B. Russian Information Warfare: Implications for Deterrence Theory // Strategic Studies Quarterly. 2018. №12 (3).
4. Al-Dawoody A. The Islamic law of war: justifications and regulations. New York: Palgrave Macmillan, 2011.
5. Aral S. The hype machine. New York: Penguin Random House, 2020.
6. Arquilla J. Ethics and information warfare // The changing role of information in warfare. / Marshall A. et al. (eds.). Santa Monica: RAND, 1999.
7. 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.
8. 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.
9. Barber B. Strong democracy. Participatory politics for a new age. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2003.
10. Barry B. Sustainability and Intergenerational Justice. // Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability / Ed. by A.Dobson. Oxford: Oxford University Press, 1999.
11. Beitz Ch.R. The idea of human rights. New York: Oxford University Press, 2009.
12. Bell D.A. Beyond Liberal Democracy. Political Thinking for an East Asian Context. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2006.
13. Bell D.A. China's New Confucianism: Politics and Everyday Life in a Changing Society. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2008.
14. 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.
15. Blaakman M. Civil disobedience in a distorted public sphere. // Krisis. 2012. Iss. 3.

16. Blankinship Kh.Y. Parity of Muslim and Western Concepts of Just War. // *The Muslim World*. 2011. №101 (3).
17. Bonney R. Jihad: From Qu'ran to Bin Laden. London: Palgrave Macmillan, 2004.
18. Brownlee K., Delmas C. Civil Disobedience // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). 2017. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/>
19. Broyde M.J. Fighting the war and the peace: battlefield ethics, peace talks, treaties and pacifism in the Jewish tradition. // *War and its discontents: pacifism and quietism in the Abrahamic traditions*. / Ed. by Burns J.P. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1996.
20. 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, New York: Oxford University Press, 2007.
21. 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, New York: Oxford University Press, 2007.
22. Craig P.P. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. // *Public Law*. 1997.
23. 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*. 2019. Vol. 60. №1.
24. Denning D.E., Strawser B.J. Moral Cyber Weapons // *The Ethics of Information Warfare* / Floridi L., Taddeo M. (eds). Cham, 2014.
25. Dewey H. W., Kleimola A. M. Russian Collective Consciousness: The Kievan Roots. // *The Slavonic and East European Review*. 1984. Vol. 62. No. 2.
26. Dunford R., Neu M. Just War And The Responsibility To Protect: A Critique. London: Zed Books. 2019.
27. 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.
28. Etzioni A. The Normativity of Human Rights Is Self-Evident. // *Human Rights Quarterly*. 2010. Vol. 32. № 1.
29. Etzioni A. The Third Way to a Good Society. London: Demos, 2000.
30. Freedom from poverty as a human right. Who owes what to the very poor? / Ed. by T. Pogge. New York: Oxford University Press, 2007.

31. 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. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007.
32. Gewirth A. Why There Are Human Rights. // Social Theory and Practice. 1985. Vol. 11. № 2.
33. Gilabert P. The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration. // The Philosophical Quarterly. 2009. №59.
34. Greenberg L.T., Goodman S.E., Soo Hoo K.J. Information Warfare and International Law. Washington D.C.: National Defense University Press, 1998.
35. Griffin J. Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights. // Proceedings of the Aristotelian Society. 2001. №101.
36. Griffin J. On human rights. New York: Oxford University Press, 2008.
37. Gutmann A., Thompson D. Democracy and disagreement. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1997.
38. Habermas J. Erläuterung zur Diskursethik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
39. Harden I., Lewis N. The Noble Lie – the British Constitution and the Rule of Law. London: Hutchinson, 1986.
40. Hart H.L.A. Are There Any Natural Rights? // Philosophical Review. 1955. №64.
41. Hart H.L.A. Rawls on Liberty and Its Priority. // University of Chicago Law Review. 1973. Vol. 40: Iss. 3.
42. Hauschild E. Modern and information warfare: A conceptual approach // International Security Challenges in a Changing World (Studies in Contemporary History and Security Policy, vol. 3). / K.R. Spillmann & J. Krause (eds). Bern: Peter Lang Publ., 1999.
43. Heinze E. Waging humanitarian war: the ethics, law, and politics of humanitarian intervention. New York: Suny Press, 2009.
44. Höffe O. Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
45. Höffe O. Kritik der Freiheit. Der Grundproblem der Moderne. München: C.H. Beck, 2015.
46. Hudson A. Equity and Trusts. London, New York: Routledge-Cavendish, 2009.

47. Jung C. Critical liberalism. // Political Representation. / Ed. by I. Shapiro, S. C. Stokes, E. Jean Wood, A. S. Kirshner. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
48. Just Wars, Holy Wars, and Jihads. / Sohail H.H. (ed.). New York: Oxford University Press, 2012.
49. Katz R.L. The Information Society: An International Perspective. New York: Praeger, 1988.
50. Khadduri M. War and Peace in the Law of Islam. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1962.
51. Kymlicka W., Banting K. Immigration, Multiculturalism, and the Welfare State. // Ethics & International Affairs. 2006. № 20(03).
52. Lai T-H. Justifying Uncivil Disobedience. // Oxford Studies in Political Philosophy. 2019. Vol. 5.
53. Lanham R.A. The Economics of Attention: Style and Substance in the Age of Information. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
54. Lee S.P. The Ethics of Cyberattack // The Ethics of Information Warfare / Floridi L., Taddeo M. (eds). Cham, 2014.
55. Libicki M. What Is Information Warfare? // Center for Advanced Concepts and Technology, Institute for National Strategic Studies, National Defense University. Strategic forum. 1995. №28.
56. Lichtenberg J. Are There Any Basic Rights? // Global Basic Rights. / Ed. Ch. R. Beitz & R. E. Goodin. New York: Oxford University Press, 2009.
57. Lin P., Allhoff F., Abney K. Is Warfare the Right Frame for the Cyber Debate? // The Ethics of Information Warfare / Floridi L., Taddeo M. (eds). Cham, 2014.
58. Lind W.S., Nightengale K., Schmitt J.F., Sutton J.W., Wilson G.I. The Changing Face of War: Into the Fourth Generation // Marine Corps Gazette. 1989. № 73 (10). P. 22-26.
59. List C., Pettit P. Aggregating Sets of Judgments: Two Impossibility Results Compared. // Synthese. 2004. № 140.
60. Luban D. Group Rights, Group Intentions, and the Value of Groups. // Journal of Genocide Research. 2018. Vol. 20.
61. Luban D. Torture, Power, and Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
62. Marmor A. The Rule of Law and its Limits. // Law and Philosophy. 2004. №23.
63. Masuda Y. The information Society as Post-Industrial Society. Washington D.C.: World Future Society, 1981.

64. Mazanec B., Shamaï P. Stigmatizing cyber and information warfare: mission impossible? // Information warfare in the age of cyber conflict / Ed. by Whyte Ch., Thrall T.A., Mazanec B.M. London, New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2020.
65. McChesney R.W. Digital Disconnect: How Capitalism Is Turning The Internet Against Democracy. New York: The New Press, 2013.
66. McMahan J. Just Cause for War // Ethics & International Affairs. 2005. № 19(3).
67. McMahan J. Morality, Law, and the Relation Between Jus Ad Bellum and Jus in Bello. // Proceedings of the ASIL Annual Meeting. 2006. Vol. 100.
68. McMahan J. The Ethics of Killing in War // Ethics. 2004. Vol. 114. No. 4.
69. 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.
70. Mirbagheri F.S.M. War and Peace in Islam: A Critique of Islamic/ist Political Discourses. London, New York: Palgrave Macmillan. 2012.
71. Mohl R. von. Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. Bd. 2. Tübingen: Laupp, 1866.
72. Monazahian D. Vergleich der UNO-Charta mit Immanuel Kant's "Zum ewigen Frieden" und John Rawls "Das Recht der Völker". Hamburg, 2008.
73. Moritz R. Xi Jinping Thought on the Rule of Law. New Substance in the Conflict of Systems with China. // SWP Comment. 2021. № 28.
74. Mueller J. The Remnants of War. Ithaca (New York): Cornell University Press, 2004.
75. Nickel J.W. Poverty and Rights. // The Philosophical Quarterly. 2005. №55.
76. O'Neill O. Bounds of Justice. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
77. O'Neill O. Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
78. Orend B. War and international justice. A Kantian perspective. Waterloo (Ontario): Wilfrid Laurier University Press, 2000.
79. Page E.A. Climate Change, Justice and Future Generations. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.

80. Payne M. Henry Shue on Basic Rights. // *Essays in Philosophy*. 2008. Vol. 9. Iss. 2. Art. 5.
81. Pettit Ph. *On the people's terms: a republican theory and model of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
82. Pogge T. *An Egalitarian Law of Peoples*. // *Philosophy and Public Affairs*. 1994. Vol. 23. №3.
83. Pogge T. *Human Rights and Human Responsibilities*. // *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights*. / Ed. by Andrew Kuper. New York: Rutledge, 2005.
84. 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.
85. Pogge T. *World Poverty and Human Rights*. // *Ethics & International Affairs*. 2005. Vol. 19. Iss. 1.
86. Pogge T. *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
87. Poisel R.A. *Information Warfare and Electronic Warfare Systems*. Norwood (MA): Artech House, 2013.
88. Rawls J. *The basic liberties and their priority*. / *Tanner Lectures on Human Values*. Michigan, 1981.
89. Raz J. *Human rights without foundations*. // *Philosophy of international law*. / Ed. by Besson S., Tasioulas J. Oxford: Oxford University Press, 2010.
90. Raz J. *Multiculturalism: a liberal perspective* // *Dissent*. Winter 1994.
91. Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
92. Raz J. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
93. *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*. / Ed. by Follesdal A., Pogge T. Netherlands: Springer, 2005.
94. 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.
95. Riker W. *Liberalism against Populism*. Long Grove: Waveland Press, [1982] 1988.
96. Rorty R. *The Priority of Democracy to Philosophy*. // *The Pragmatism Reader: From Peirce Through the Present*. / Robert B. Talisse, Scott F. Aikin (Eds.). Princeton: Princeton University Press, 2011.

97. Sen A. Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation. New York: Oxford University Press, 1982.
98. Setälä M. Referendums and Democratic Government: Normative Theory and the Analysis of Institutions. London: Palgrave Macmillan, 1999.
99. Shapiro I. Democratic justice. New Haven: Yale University Press, 1999.
100. Shue H. Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy. Princeton: Princeton University Press, 1980.
101. Stahl F.J. Die Philosophie des Rechts. Buch 4. Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts. Tübingen, Leipzig: Mohr, 1878.
102. Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin: J. Guttentag, 1902.
103. Steinhoff U. On the Ethics of War and Terrorism. New York: Oxford University Press, 2007.
104. Steinhoff U. On the Ethics of War and Terrorism. New York: Oxford University Press, 2007.
105. Suber P. Civil disobedience. // Philosophy of Law: An Encyclopedia. / Ed. Christopher B. Gray. Vol. 1. New York: Garland, Taylor & Francis, 1999.
106. Taddeo M. Information Warfare and Just War Theory // The Ethics of Information Warfare / Floridi L., Taddeo M. (eds). Cham, 2014.
107. Taddeo M. Information Warfare: A Philosophical Perspective. // Philosophy and Technology. 2012. №25 (1).
108. 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.
109. 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.
110. Taylor Ch. Politics of recognition. // Multiculturalism. Examining the politics of recognition. / Charles Taylor...[et al.]; edited and introduced by A. Gutmann. Princeton, New York: Princeton University Press, 1994.
111. The Ethics of Information Warfare / Floridi L., Taddeo M. (Eds). Cham, 2014.
112. The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought. / Ed.by G. Bowering. Princeton: Princeton University Press, 2013.
113. Tomalty J. On subsistence and human rights. A Thesis Submitted for the Degree of PhD at the University of St. Andrews. 2011.

114. Tremmel J. A Theory of Intergenerational Justice. UK, USA: Earthscan, 2009.
115. Ventre D. Information warfare. 1st ed. London, Hoboken: ISTE Ltd and John Wiley & Sons, Inc., 2009.
116. Ventre D. Information warfare. 2nd ed. London, Hoboken: ISTE Ltd and John Wiley & Sons, Inc., 2016.
117. Vosoughi S, Roy D, Aral S. The spread of true and false news online. // Science. 2018 Mar 9. № 359 (6380).
118. Waldron J. The Concept and the Rule of Law. // Georgia Law Review. 2008. №43.
119. Waltz E. Information warfare: principles and operations. Norwood (MA): Artech House, 1998.
120. Walzer M. Just and unjust wars. A moral argument with historical illustration. New York: Basic Books, 2006.
121. Walzer M. Pluralism: a political perspective. // Harvard encyclopedia of American ethnic groups. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University, 1980.
122. Walzer M. The Communitarian Critique of Liberalism. // Political Theory. 1990. Vol. 18. No. 1.
123. Walzer M. The idea of civil society: a path to social reconstruction. // Dissent. Spring, 1991.
124. Walzer M. War and peace in Jewish tradition. // The ethics of war and peace. Religious and secular perspectives. / Ed. by Nardin T. Princeton: Princeton University Press, 1996.
125. Агешин Ю.А. Политика, право, мораль. М.: Юридическая литература, 1982.
126. Актон Лорд. Принцип национального самоопределения. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Практис, 2002.
127. Александров А. О значении концепции объективной истины // Российская юстиция. 1999. № 1.
128. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: НОРМА, 2001.
129. Алексеев С.С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М.: Статут, 2010.
130. Алексеев С.С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1994.
131. Алексеева Т.А. Справедливость как политическая концепция: очерк современных западных дискуссий. М.: Изд-во МГИМО, 2001.
132. Антонов М.В. Об определении понятия «Правовое государство» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. №3.

133. 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.
134. Аристотель. Политика. М.: Эксмо, 2018.
135. Аристотель. Этика. М.: Эксмо, 2018.
136. Архипов С.И. Либертарная теория права В.С. Нерсисянца: достоинства и недостатки. // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2015. №5.
137. Афанасов Н. Новые войны - старая этика // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).
138. Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве. Саратов: СГАП, 1999.
139. Балакришнан Г. Национальное воображение. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
140. Барков А.В. Эволюция идеи о старческой дееспособности в современном российском наследственном праве // Наследственное право. 2009. №3.
141. Бауэр О. Национальный вопрос и социал-демократия. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Праксис, 2002.
142. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: Стелс, 1995.
143. Бекленищева И.В. Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора. // Цивилистические записки. 2004. Вып. 3.
144. Белоусов А. "Пропаганда" Жака Эллюля // Свободная мысль. 2010. № 4 (1611).
145. Бенеманский М. Закон градский. Значение его в русском праве. М. 1917.
146. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998.
147. Бёрлин И. Две концепции свободы. // Современный либерализм. М: Прогресс-Традиция., 1998.
148. Богданов Д.В. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве. М.: Проспект, 2013.
149. Богданов Д.Е. Влияние принципа справедливости на эволюцию учения о причинности в деликтной ответственности // Адвокат. 2012. N 7.

150. Богданов Д.Е. Триединная сущность справедливости в сфере деликтной ответственности // Журнал российского права. 2013. N 7.
151. Богданова Е.Е. Возмездность и эквивалентность в гражданском праве Российской Федерации. // Законодательство и экономика. 2016. № 5.
152. Большой юридический словарь/ Под ред. А. Я. Сухарева. М.: Инфра-М, 2006.
153. Бондарь Н.С. Конституционная категория достоинства личности в ценностном измерении: теория и судебная практика // Конституционное и муниципальное право. 2017. №4.
154. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (кн.1). М.: Статут, 2001. // СПС КонсультантПлюс.
155. Бройи Дж. Подходы к исследованию национализма. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Практис, 2002.
156. Валлерстайн И. Миросистемный анализ: введение. М.: Издательский дом "Территория будущего", 2006.
157. Валлерстайн И. Ни патриотизм, ни космополитизм. // Логос. 2006. №2.
158. Варуфакис Я. Технофеодализм. М.: Ad Marginem, 2025.
159. Васильева Т.А. Концепция достоинства личности в доктрине и практике органов конституционного контроля. // Конституционное и муниципальное право. 2018. №10.
160. Вахтин Н.Б. Условия языкового сдвига: к описанию современной языковой ситуации на Крайнем Севере. // Вестник молодых ученых. Серия: Филологические науки. 2001. №1.
161. Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник. М.: Омега-Л, 2005.
162. Вентер Ф. Верховенство права как глобальная мера конституционализма // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
163. Виндельбанд В. Критический или генетический метод? // Виндельбанд В. Избранное: дух и история. М.: Юрист, 1995.
164. Виноградов В.А. Конституционно-правовые санкции. // Законодательство. 2001. №12.
165. Виноградов В.А. Правовое государство и верховенство права: доктрины, конкуренция юрисдикций, обеспечение правовой свободы. Позиции Конституционного Суда РФ в отношении правового гос-

ударства. // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.

166. Власова О.В. Формально-правовое закрепление ценности «человеческое достоинство» // Вестник ЮГУ. 2007. №2 (7).

167. Волкова Т.А. Либералы и коммунитаристы: дискуссия о социальной справедливости продолжается. // Вестник МГТУ. 2004. Т. 7. №2.

168. Волос А.А., Волос Е.П. Слабая сторона в гражданском правоотношении: сравнительно-правовое исследование. М.: Проспект, 2019.

169. Воронин В.Н. Индивидуализация наказания с учетом характера и степени общественной опасности // Журнал российского права. 2016. № 11.

170. Воронков В. Мультикультурализм и деконструкция этнических границ. // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва: Институт этнологии и антропологии им. Н.Н. Миклухо-Маклая, 2002.

171. Воронов А.Ф. Эволюция принципа объективной истины в гражданском процессе // Законодательство. 2004. № 12.

172. Вятр Е. Социология политических отношений. М.: Прогресс, 1979.

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

174. 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.

175. Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990.

176. Геллнер Э. Нации и национализм. М.: Прогресс, 1991.

177. Геллнер Э. Пришествие национализма. Мифы нации и класса. // Нации и национализм / Б. Андерсон, О. Бауэр, М. Хрох и др. М.: Практика, 2002.

178. 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.

179. Гессен В.М. Возрождение естественного права. СПб.: тип. СПб. о-ва Е. Евдокимов, 1902.

180. Гессен С.И. Политическая свобода и либерализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: РОССПЭН, 1999.
181. Гессен С.И. Правовое государство и социализм. // Гессен С.И. Избранные сочинения. М.: РОССПЭН, 1999.
182. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Сочинения: В 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991.
183. Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права. М.: Эксмо, 2005.
184. Гранин Ю.Д. Проекты грядущего мирового порядка: между “национальным” и “космополитическим”. // Вестник российской академии наук. 2012. Т. 82. № 9.
185. Григулевич И.Р. Инквизиция. М.: Политиздат, 1976.
186. Грищенко Л.Л., Гладких В.И. О современных принципах правового обеспечения охраны общественного порядка и общественной безопасности // Вестник ГУУ. 2013. №8.
187. Грот Р. Германский Rechtsstaat в сравнительной перспективе. // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
188. Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994.
189. Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб.: Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004.
190. Гусейнов А.А., Апресян Р.Г. Этика: учебник. М.: Гардарики, 1998.
191. Даль Р. Демократия и её критики. М.: РОССПЭН, 2003.
192. Дворкин Р. О правах всерьез. М.: РОССПЭН, 2004.
193. Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
194. Дробижева Л. Российская, этническая и республиканская идентичность: конкуренция или совместимость. // Центр и региональные идентичности в России. / Под ред. В. Гельмана и Т. Хопфа. СПб.: Изд-во Европейского университета, 2003.
195. Дробижева Л.М. Идентичность и этнические установки русских в своей и иноэтнической среде // Социологические исследования. 2010. № 12.
196. Дробижева Л.М. Этничность в современном обществе. Этнополитика и социальные практики в Российской Федерации. // Мир России. 2001. №2.

197. Дробницкий О.Г. Моральная философия: избранные труды. М.: Гардарики, 2002.
198. Дробышевский С.А., Протопопова Т.В. Идея человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве. Красноярск: ИПК СФУ, 2009.
199. Евреинов Н. История телесных наказаний в России. Белгород: Пилигрим, 1994. .
200. 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.
201. Жильцов С. Смертная казнь в праве Древней Руси и юрисдикция Великого князя в ее применении. // Правоведение. 1997. №4.
202. Зайцева Т.И. В защиту русского либерализма. // Полис. 2006. №1 (91).
203. Законы XII таблиц. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. / Сост. Томсинов В. А. М.: Зерцало-М, 1999.
204. Законы Ману. М.: ЭКСМО-Пресс, 2002.
205. Законы Хаммурапи. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. / Сост. Томсинов В. А. М.: Зерцало-М, 1999.
206. Зверев Н.А. Свобода воли и право. Прибавление к "Энциклопедии права". М.: Типо-литогр. К.Ф. Александрова, 1898.
207. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. М.: Судеб.-правовая реформа, 2002.
208. Зорькин В.Д. Право эпохи модерна // Рос. газ. 2010. №5217.
209. Зорькин В.Д. Правовая трансформация России: вызовы и перспективы. // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
210. Зубофф Ш. Эпоха надзорного капитализма. Битва за человеческое будущее на новых рубежах власти. М.: Издательство Института Гайдара, 2022.
211. Иванов А.В. Этика справедливой войны в китайском "военном каноне" // Россия и Китай: история и перспективы сотрудничества: материалы VII международной научно-практической конференции, Благовещенск - Хэйхэ, 22–23 мая 2017 года. Том Выпуск 7. Благовещенск-Хэйхэ: Благовещенский государственный педагогический университет, 2017.

212. Иванов В.В. Общая теория договора. М.: Юрист, 2006.
213. Игнатьев М. Права человека как политика и как идолопоклонство. М.: Новое литературное обозрение, 2019.
214. Ильин И.А. О сопротивлении злу силою. // Ильин И.А. Почему мы верим в Россию: Соч. М.: Эксмо, 2007.
215. Ильин И.А. Путь духовного обновления. // Почему мы верим в Россию: Соч. М.: Эксмо, 2007.
216. 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).
217. Исаев И.А. История государства и права России: Учебник. М.: Юрист, 2004.
218. История России с древнейших времен до наших дней: учебник. / Под ред. Сахарова А.П. М.: Проспект, 2012.
219. Казанцев М.Ф. Понимание гражданско-правового договора: традиционные взгляды и новые подходы // Антиномии. 2002. №3.
220. Казанцев М.Ф. Философия договора: первое приближение к решению научной задачи. // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия "Философия". 2012. №3.
221. Калдор М. Культура новых войн // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).
222. Калдор М. Новые и старые войны: организованное насилие в глобальную эпоху. М.: Издательство Института Гайдара, 2015.
223. Калинин И.К. Восточно-финские народы в процессе модернизации. М.: Наука, 2000.
224. Канарш Г.Ю. Философские теории мультикультурализма // Знание. Понимание. Умение. 2011. №2.
225. Кант И. К вечному миру. // Кант И. Соч. в 8 т. Т. 7. М.: ЧОРО, 1994.
226. Кант И. Критика практического разума. // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб.: Наука, 2007.
227. Кант И. Метафизика нравов. // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб.: Наука, 2007.
228. Кант И. Основы метафизики нравственности. // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб.: Наука, 2007.
229. Капустин Б.Г. Моральный выбор в политике. М.: Издательство Московского университета, 2004.

230. Каролина 1532 г. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Древность и Средние века. / Сост. Томсинов В. А. М.: Зерцало-М, 1999.
231. Карцева И. Общество, лишенное мифов: Изложение содержания доклада В.Э. Шляпентоха в Институте социологии АН СССР // Социол. исследования. 1991. №1.
232. Кашников Б.Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород, 2004.
233. Кашников Б.Н. Теория справедливой войны: критика основных начал // Этическая мысль. 2019. Т. 19. №2.
234. Квашис В.Е. Смертная казнь. Мировые тенденции, проблемы и перспективы. М.: Юрайт, 2008.
235. Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: ИД "Алеф-Пресс", 2015.
236. Кеннеди П. Взлеты и падения великих держав: экономические изменения и военные конфликты в формировании мировых центров власти с 1500 по 2000 г. Екатеринбург: Гонзо, 2020.
237. Кибак И.А. Общественное мнение и законотворческая деятельность. // СПС КонсультантПлюс.
238. Киево-Печерский патерик. // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 4. СПб.: Наука, 1997.
239. Кимлика У. Либеральное равенство. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
240. Кимлика У. Современная политическая философия: введение. М.: Изд. дом Гос. ун-та - Высшей школы экономики, 2010.
241. Кин Дж. Демократия и декаданс медиа. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2015.
242. Кислов А.Г., Кропанева Е.М. Вклад русской философии в развитие идеи права на достойное человеческое существование // Русская философия о человекотворческой основе гуманитарного образования : сборник научных статей по материалам 9-й Всероссийской научно-практической конференции, Екатеринбург, 15–16 ноября 2012 года / Российский государственный профессионально-педагогический университет; Отв. Ред. С. З. Гончаров. Екатеринбург: Российский государственный профессионально-педагогический университет, 2012.
243. Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб.: Изд-во Русского Христианского гуманитарного университета, 1998.
244. Клима Р.Э., Ходж Дж.К. Математика выборов. М.: МЦНМО, 2007.
245. Козлов С. Проснувшаяся деревня. // История. 2007. №12.

246. Коломиец Г.Г., Воропаева Ю.П. Этика человеческого достоинства в новое время // Вестник ОГУ. 2015. №3 (178).
247. Колотова Н.В. Взаимодействие права и морали: взаимодействие и конфликт. Автореф. дис. на соискание ученой степени к.ю.н. М., 1997.
248. Комментарий к Конституции Российской Федерации. / Под общ. ред. Л.В. Лазарева. М.: ООО "Новая правовая литература", 2009.
249. Константинов М.С. Коммунитаристская критика либеральной концепции моральной нейтральности. // Политическая концептология. 2013. № 4.
250. Конституция Российской Федерации: доктринальный комментарий (постатейный). / Под ред. Ю.А. Дмитриева. М.: Деловой двор, 2009.
251. Конфуций. Беседы и Суждения. М.: АСТ, 2024. С. 129.
252. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М.: РОС-СПЭН, 2010.
253. Корсаков К.В. Парадигмальный фон дискурса об абсолютном и утилитарном в уголовном наказании // Антиномии. 2014. №1.
254. Корсаков К.В. Религиозный подход к преступлению и наказанию: от принципа талиона и кровной мести к доктрине покаяния // Антиномии. 2015. №3.
255. Кочеров О.С. Китайская стратегическая культура и «Дао дэ цзин» // Международные отношения. 2019. № 4.
256. Крайгир М. Верховенство права (и Rechtsstaat). // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
257. Краузе И. Кант и его время: трактат «К вечному миру» на фоне французской революции и последующих войн // Кантовский сборник. 2013. №1.
258. Кревельд М. ван. Трансформация войны. М.: Альпина Бизнес Букс, 2005.
259. Кузнецов В.В. Власть духа как сущность человеческого достоинства // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2006. №21-1.
260. Кукатас Ч. Теоретические основы мультикультурализма. // URL: <https://polit.ru/article/2007/05/27/multiculturalism/>
261. Куманьков А. Д. Теория справедливой войны // Большая российская энциклопедия: научно-образовательный портал. URL: <https://bigenc.ru/c/teoriia-spravedlivoi-voiny-c54154/?v=3837865>. Дата публикации: 02.06.2022

262. Куманьков А.Д. Война в XXI веке. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020.
263. Куманьков А.Д. Принцип правого дела и "новые" войны // Этика войны и мира: история и перспективы исследования / Науч. ред. Б.Н. Кашников, А.Д. Куманьков. СПб.: Алетейя, 2016.
264. Куманьков А.Д. Современные классики теории справедливой войны: М. Уолцер, Н. Фоушин, Б. Оренд, Дж. Макмахан. СПб.: Алетейя, 2019
265. Лапаева В.В. Концепция права Р. Дворкина с позиций либертарно-юридического подхода // Труды Института государства и права РАН. 2013. №4.
266. Леонтович Ф. История русского права. Вып. 1. Одесса: Имп. Новорос. ун-т, 1869.
267. Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. М.: Издательство БЕК, 1994.
268. Лист Ф. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление. М.: Инфра-М, 2004.
269. Локк Дж. Опыт о человеческом разумении. // Локк Дж. Соч.: в 3 т. Т.1. М.: Мысль, 1985.
270. Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М.: Наука, 1986.
271. Любэн Д. Превентивная война. // Этическая мысль 2016. Т. 16. № 2.
272. Макинтайр А. После добродетели. М.: Академический проект, 2000.
273. Макмаан Дж. Переосмысляя «Справедливую войну» // Философско-литературный журнал «Логос». 2019. №3 (130).
274. Максимов А.А. Прецедент как один из источников английского права. // Государство и право. 1995. №2.
275. Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М.: Изд. СГУ, 2009.
276. Маркс К. Экономическо-философские рукописи 1844 года // К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч. Т.42. М.: Изд.полит.лит-ры, 1974.
277. Маркузе Г. Репрессивная толерантность. // Маркузе Г. Критическая теория общества: избранные работы по философии и социальной критике. М.: АСТ: Астрель, 2011.
278. Мартыянов В. Строительство политической нации и этнонационализм. // Логос. 2006. №2.
279. Мартыянов В.С. Метаморфозы российского модерна. Екатеринбург: УрО РАН, 2007.

280. Мартянов В.С. Об условиях возникновения теории справедливости в российской политике. // Полис. 2006. №4 (94).
281. Мартянов В.С. Справедливы ли этнонациональные деконструкции современных наций? // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2005. №6.
282. Марченко М.Н. Правовое государство и гражданское общество (теоретико-правовое исследование). М.: Проспект, 2015.
283. Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник для вузов. М.: Зерцало, 2004.
284. Международная и внутригосударственная защита прав человека: учебник. / Под ред. Р.М. Валеева. М.: Статут, 2011.
285. Мельниченко Р.Г. О смещении морали и права в адвокатуре. // СПС КонсультантПлюс.
286. Милль Дж.Ст. Речь в защиту смертной казни. // Этическая мысль. Выпуск 9. М.: ИФРАН, 2009.
287. Милль Дж.Ст. Утилитаризм. Ростов-на-Дону: Донской издательский дом, 2013.
288. Минович А. Ограничения и несостоятельность концепции гражданского неповиновения по Ролзу // Вестник Череповецкого государственного университета. 2013. №4 (52).
289. Монтескье Ш.Л. О духе законов. М.: Мысль, 1999.
290. Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М.: Юристь, 2004.
291. Мюнклер Г. Осколки войны: Эволюция насилия в XX и XXI веках. М.: Кучково поле, 2018.
292. Мягкова О.И. Защита слабой стороны от несправедливых условий договора в российском гражданском праве. // Российский юридический журнал. 2016. №1.
293. Назаренко Г.В. Правовая и криминологическая значимость уголовно-релевантных психических состояний. Орёл: ОрелГТУ, 2002.
294. Наумов Ф.В. Модели языковой политики в мультикультурализме // Вестн. Том. гос. ун-та. Культурология и искусствоведение. 2016. №1 (21).
295. Недзел Н.Е. Верховенство права или Правовое государство: откуда мы пришли и куда мы идем? // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
296. Нерсисянц В.С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М.: Юристь, 1996.

297. Нерсисянц В.С. Право и закон. Из истории правовых учений. М.: Наука, 1983.
298. Нерсисянц В.С. Философия права. М.: Инфра-М-Норма, 1997.
299. Нерсисянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция. // Вопросы философии. 2002. №3.
300. Нерсисянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М.: Инфра-М-Норма, 2002.
301. Никифоров А.С. О смертной казни // Государство и право. 2001. № 4.
302. Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М.: РОССПЭН, 2010.
303. Новгородцев П.И. Об общественном идеале. / Новгородцев П.И. Избранные труды. М.: РОССПЭН, 2010.
304. Новгородцев П.И. Право и нравственность. // Правоведение. 1995. №6.
305. Новгородцев П.И. Право на достойное человеческое существование. // О праве на существование. СПб.: Изд-во тов-ва М.О. Вольф, 1911.
306. Нравственные ограничения войны: проблемы и примеры. / под общ. ред. Б. Коппитерса, Н. Фоушина, Р. Апресяна. М.: Гардарики, 2002.
307. Нуссбаум М. Ответ критикам. // Логос. 2006. №2.
308. Нуссбаум М. Патриотизм и космополитизм. // Логос. 2006. №2.
309. Орлова Н.А. Дух даосизма и гуманитарная (жэнь-вэнь 人文) этика. Рецензия на: Чэнь Гу-ин. Гуманитарный дух даосизма / пер. С кит. Ян Чуньлэй, А. И. Кобзев, Н. В. Руденко. М.; СПб.: Нестор-история, 2021. - 264 с. // Общество и государство в Китае. 2022. №41-2.
310. Оружие // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. XXII: Опека-Оутсайдер. 1897.
311. Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 1.
312. Паризер Э. За стеной фильтров. Что Интернет скрывает от вас? М.: Альпина Бизнес Букс, 2012.
313. Патнэм Х. Должны ли мы выбирать между патриотизмом и универсальным разумом? // Логос. 2006. №2.

314. Пашкова Е. В. Место права на достойное существование в системе прав человека // Российская наука и образование сегодня: проблемы и перспективы. 2014. № 1-2(1).
315. Переломов Л.С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая. М.: Наука, 1981.
316. Петров А. Ю. Гражданско-правовое значение воли и волеизъявления в сделке // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2007. №45.
317. 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.
318. Петрухин И. Л. Ещё раз о смертной казни // Юридический мир. 2002. № 4.
319. Плейди Д. Испанская инквизиция. М.: Центрполиграф, 2002.
320. Плюхина М.А. Истина в гражданском судопроизводстве // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. М.: Норма, 2002. № 1.
321. Повесть временных лет. // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 1. СПб.: Наука, 1997.
322. Подольный Н.А. Методологическое и идеологическое значение проблемы истины в уголовном процессе. // СПС Консультант-Плюс.
323. Покровский И.А. "Справедливое право" Рудольфа Штаммлера (литературное обозрение книги: Stammeler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902). // Вестник права. 1904. Кн. 2.
324. Покровский И.А. Право на существование. // О праве на существование. СПб.: Изд-во тов-ва М.О. Вольф, 1911.
325. Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4(309).
326. Пономарев А.М. Право в системе национальных ценностей. Екатеринбург-Ижевск, 2009.
327. Потапова О.В. "Право народов" Джона Ролза и концепция справедливости в международных отношениях. // Вопросы философии. 2010. №9.
328. Проблемы общей теории государства и права. / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М.: Норма, 2006.

329. Прокофьев А.В. Дискуссия о пределах справедливости и обязанности перед будущими поколениями // Вестник РУДН. Серия: Философия. 2013. №3.

330. Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений в перспективе договорной этической теории // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2013. №3.

331. Прокофьев А.В. Защита интересов будущих поколений: теория и практика. // Человек. 2013. №5.

332. Прокофьев А.В. Справедливое отношение к будущим поколениям (нормативные основания и практические стратегии) // Этическая мысль. 2008. №8.

333. Пфордтен Д. Основы верховенства права и принципа правового государства (Rechtsstaat) . // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.

334. Радбрух Г. Введение в науку права. М.: Изд. "Труд", 1915.

335. Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004.

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

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

338. Резниченко И.М. Принцип формальной истины – процессуальная реальность // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1998.

339. Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного университета, 1997.

340. Рикёр П. Справедливое. М.: Гнозис, Логос, 2005.

341. Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. (Очерки IX - середины XVII вв.). М.: МГИУ, 2006.

342. Ролз Дж. Закон народов: неидеальная теория. // Неприкосновенный запас. 2002. №4 (24).

343. Ролз Дж. Идея блага и приоритет права. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.

344. Ролз Дж. Теория справедливости. М.: Издательство ЛКИ, 2011.

345. Ролз Дж. Право народов (лекция) // Вопросы философии. 2006. № 9.
346. Романов А.К. Правовая система Англии. М.: Дело, 2002.
347. Россия в поисках идеологий: трансформация ценностных регуляторов современных обществ / под ред. В. С. Мартынова, Л. Г. Фишмана. М.: Политическая энциклопедия, 2016.
348. Рувинский Р.З. Регулирование на основе данных: от верховенства права к публичным программам лояльности // Антиномии. 2023. Т. 23. Вып. 1.
349. Русская правда (Краткая редакция). // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 4. СПб.: Наука, 1997.
350. Русская правда (Пространная редакция). // Библиотека литературы Древней Руси. Т. 4. СПб.: Наука, 1997.
351. Русских Л.В. Мультикультурализм: интеграция или раскол? // Вестник ЮУрГУ. Серия: Социально-гуманитарные науки. 2013. №1.
352. Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М.: КАНОН-пресс, 1998.
353. Руссо Ж.-Ж. Трактаты. М.: Наука, 1969.
354. 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.
355. Садовников Д.В. Статус участников неправительственных вооруженных формирований по международному праву. М.: РПА Минюста России, 2013.
356. Сейерс Ш. Идея коммунизма. // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. Екатеринбург, 2017. Том 17. Вып. 1.
357. Секретарева Т.М. Ограниченная вменяемость как институт, неизвестный административному праву Российской Федерации // Российский судья. 2015. №7.
358. 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.
359. Сен А. Идея справедливости. М.: Изд-во Института Гайдара, 2015.

360. Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1910.
361. Сергиевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1900.
362. Сидоренко И.Н. Феномен «справедливой войны» и ее трансформация в современном мире // Труды БГТУ. Серия 6: История, философия. 2020. №1 (233).
363. Сисе Х. Справедливая война? О военной мощи, этике и идеалах. М.: Издательство "Весь Мир", 2007.
364. Скирбекк Г., Гилье Н. История философии. М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 2008.
365. Слиозберг Г.Б. Возмездие // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона: В 86 томах (82 т. и 4 доп.). Т. VIa (1892). СПб.: 1890—1907.
366. Словарь по этике / Под ред. И.Кона. М.: Политиздат, 1981.
367. Смирнов Г. Установить объективную истину. // ЭЖ-Юрист. 2012. №25.
368. Смит А. Теория нравственных чувств. М.: Издательство "Республика", 1997.
369. Соьер Р.Д. Искусство войны. 100 неканонических стратегий. М.: АСТ, 2018.
370. Соловьев В.С. Оправдание добра. // Соловьев В.С. Соч. в 2-х т. Т. 1. М.: Мысль, 1988.
371. Соловьев В.С. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики. // Соловьев В.С. Собр.соч. Т. 8. СПб.: Книгоиздательское товарищество "Просвещение", 1914.
372. Соловьев Э.Ю. Переосмысление талиона. Карательная справедливость и юридический гуманизм. // Новый Мир. 2004. №1.
373. 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.
374. Столяров А.В. В защиту негативной свободы: что не так с Чарльзом Тейлором? М., 2014.
375. 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.

376. Суденко В.Е. Справедливость и наказание по И. Канту. // Вестник ассоциации вузов туризма и сервиса. 2010. №3.
377. Сурнина О.С. Проблемы правового регулирования договоров с несправедливыми условиями. // Проблемы экономики и юридической практики. 2017. №2.
378. Сухобок Т.В. Влияние зарубежных учений о социальных правах на российскую политико-правовую мысль начала XX века. // Антиномии. 2022. Т. 22, вып. 4.
379. Сыма Цянь. Исторические записки. Т. VII. М.: Наука, 1996.
380. Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
381. Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М.: МИФ, 2013.
382. Сэндел М. Что нельзя купить за деньги? Моральные ограничения свободного рынка. М.: МИФ, 2018.
383. Тейлор Ч. Пересечение целей: спор между либералами и коммунитаристами. // Современный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
384. Теория государства и права. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М.: Юрист, 2004.
385. Тидеманн П. Принцип Rechtsstaat в Германии // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
386. Тилли Ч. Борьба и демократия в Европе, 1650-2000 гг. М.: Изд. дом Гос. ун-та — Высшей школы экономики, 2010.
387. Титаренко М.Л. Древнекитайский философ Мо Ди, его школа и учение. М., Наука, 1985.
388. Тихомиров Ю.А. Новые векторы регулирования — «другое» право? // Журнал российского права. 2016. № 4.
389. Тишков В.А. Нация // Большая российская энциклопедия. Том 22. Москва, 2013.
390. 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.
391. Толстых В.Л. Три идеи самоопределения в международном праве. // Евразийский юридический журнал. 2014. №9 (76).
392. Тугаринов В.П. Избранные философские труды. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1988.

393. Туманов А.А. Современные аспекты теории наказания И. Канта // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2013. Т. 3.
394. Тэйлор Ч. Демократическое исключение (и «лекарство» от него?) // Мультикультурализм и трансформация постсоветских обществ. Москва: Институт этнологии и антропологии им. Н.Н. Миклухо-Ма-клая, 2002.
395. Тэйлор Ч. Почему демократия нуждается в патриотизме. // Логос. 2006. №2.
396. Тэйлор Ч. Что не так с негативной свободой? // Логос. 2003. №2 (92).
397. Тяпин И.Н. Либертарная философия права: критический анализ в контексте социального кризиса в России // Вестник СПбГУ. Философия и конфликтология . 2014. №2.
398. Уголовное право России. Общая часть. / Под ред. В. Н. Куд-рявцева, В. В. Лунеева, А. В. Наумова. М.: Юрист, 2006.
399. Уголовный кодекс Франции 1810 г. // Хрестоматия по исто-рии государства и права зарубежных стран. Новое и Новейшее время / сост. Томсинов В.А. М.: Зерцало-М, 2012.
400. Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Концепции “rule of law” (“верховенство права”) и “rechtsstaat” (“правовое государство”): сравни-тельный анализ // Государство и право. 2015. № 5.
401. Уланов М.С. Религиозно-философский взгляд буддизма на проблему войны и мира // Вестник КалмГУ. 2015. №4 (28).
402. Уолдрон Д. Теоретические основания либерализма. // Со-временный либерализм. М.: Прогресс-Традиция, 1998.
403. Уолцер М. О терпимости. М.: Идея-Пресс, Дом интеллек-туальной книги, 2000. –
404. Уолцер М. Сферы привязанности. // Логос. 2006. №2.
405. Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэди-сона и Дж. Джея. М.: Изд.группа «Прогресс» - «Литера», 1994.
406. Фёдоров В.А. История России 1861-1917. М.: Высш.школа, 2000.
407. Фейербах П.А. Уголовное право. Кн. 1. СПб.: Медицинская типография, 1810.
408. Филиппова Е.И. Нации, государства, культуры. // Культур-ная сложность современных наций / Отв. ред. В. А. Тишков, Е. И. Фи-липпова. М.: Политическая энциклопедия, 2016.
409. Философия: Энциклопедический словарь. / Под редакцией А.А. Ивина. М.: Гардарики. 2004.

410. Фишман Л.Г. Происхождение демократии ("Бог" из военной машины). Екатеринбург: УрО РАН, 2011.
411. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. СПб.: Типография Министерства путей сообщения, 1889.
412. Фоушин Н. Две теории справедливой войны // Этическая мысль. 2016. Т. 16. №2.
413. Франкл В. Человек в поисках смысла. М.: Прогресс, 1990.
414. Фролова Е.А. Право и мораль (критическая философия права и современность). // Государство и право. 2013. №1.
415. Фролова Е.А. Правовой идеал в философии права. // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2011. №5.
416. Фролова Е.А. Проблемы теории и философии права: монография. М.: Юрлитинформ, 2015.
417. Фролова Е.А. Этико-правовые проблемы философии права неокантианства. // Государство и право. 2013. №7.
418. Фромм Э. По ту сторону порабащающих нас иллюзий. Дзен-буддизм и психоанализ. М.: АСТ, 2010.
419. Фромм Э. Психоанализ и религия. // Сумерки богов. М.: Политиздат, 1989.
420. Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М.: Ad Marginem, 1999.
421. Фукуяма Ф. Идентичность: стремление к признанию и политика неприятия. М.: Альпина Пабlishер, 2019.
422. Фуллер Л.Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007 .
423. Хабермас Ю. Вовлечение Другого. Очерки политической теории. М.: Наука, 2008.
424. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М.: Academia, 1995.
425. 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.: Праксис, 2002.
426. Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. М.: Весь мир, 2011.

427. Хабермас Ю. Постнациональная констелляция и будущее демократии. // Логос. 2003. №4-5 (39)
428. Хабермас Ю. Спор о прошлом и будущем международного права. Переход от национального к постнациональному контексту. // Вопросы философии. 2004. №3.
429. Хан Б.-Ч. Инфократия. М.: АСТ, 2025.
430. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. М.: Издательство АСТ, 2017.
431. Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5.
432. Хёсле В. Справедливость в отношениях между поколениями. // АПЕ. 2000. №2.
433. Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М.: Изд. Дом «Дело» РАНХиГС, 2015.
434. Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М.: Гнозис, 1994.
435. Хёффе О. Справедливость: философское введение. М.: Праксис, 2007.
436. 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: Санкт-Петербургское философское общество, 2005.
437. Холики А., Рахимов Н.Т. Межэтнические отношения в Средней Азии: история и тенденции. // Вестник ТГУПБП. 2013. №3 (55).
438. Хомченко К.А. Право человека на достойное существование: история возникновения идеи и современные прочтения // Труды Института государства и права РАН. 2011. №2.
439. 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.
440. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2. М.: Международные отношения, 2000.
441. Чебаненко С.Б. Основные черты вечевого правосудия в Древней Руси. // ROSSICA ANTIQUA. 2013. №2.
442. Честнейшин Н.В. Консерватизм и либерализм: тождество и различие. // Полис. 2006. №4 (94).
443. Чиркин В.Е. Верховенство права: современные варианты терминологии // Журнал российского права. 2015. №12 (228).

444. Чуев Н.И. Ранние даосы о проблемах войны и мира // Вестник ЧелГУ. 2004. №1.
445. Шавеко Н.А. Jus post bellum как раздел теории справедливой войны // Вестник Удмуртского университета. Социология. Политология. Международные отношения. 2022. Т.6. Вып.3.
446. Шавеко Н.А. Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хёффе. // Кантовский сборник. 2018. №1.
447. Шавеко Н.А. Принципы справедливой войны. М.: Инфра-М, 2024.
448. Шамаю Г. Теория дрона. М.: Ad Marginem, Garage, 2020.
449. Шамсудинов И. У. Теории наказания в доктрине уголовного права и дискуссия о его целях; альтернативы уголовному наказанию // Молодой ученый. 2016. №13.
450. Шанченко Е.П. Новые дилеммы теории «справедливой войны» // Вестник РУДН. Серия: Политология. 2023. №2.
451. Шапиро И. Моральные основания политики. М.: КДУ, 2004.
452. Шарандин Ю.А., Кравченко Д.В. Верховенство права, Правовое государство и другие международные правовые доктрины: лингвистические аспекты конвергенции и разграничения // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире. Сб. ст. / Отв. ред. В.Д. Зорькин, П.Д. Баренбойм. М.: ЛУМ, Юстицинформ, 2013.
453. Шепель Т. В., Балашов П. П. Понимание сознания и воли в психологии и праве: сравнительный анализ. // Вестник ТГПУ. 2006. №2.
454. Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М.: Статут, 2016.
455. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910.
456. Шмелев А.Н. «Русская рулетка» правосудия, или К вопросу об установлении объективной (материальной) истины в уголовном процессе. // СПС КонсультантПлюс.
457. Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М.: Типография И.Д. Сытина, 1908.
458. Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Том 1. СПб.: Начало, 1907.
459. Элементарные начала общей теории права. / Под общ. ред. В. И. Червонюка. М.: КолосС, 2003
460. Этика войны в странах православной культуры. / Науч. ред. П. Боянич. СПб.: Владимир Даль, 2022.
461. Этциони А. От империи к сообществу. М.: Ладомир, 2004.

462. Юм Д. О достоинстве и низменности человеческой природы. // Юм Д. Сочинения. Т. 2. М.: Мысль, 1996.
463. Якушев Л.В. Современные трансформации теории справедливой войны // Этическая мысль. 2016. Т.16. №2.
464. Якушев Л.В. Универсальность морали и обоснование прав человека. // Этическая мысль. 2018. №2.
465. Яркеев А.В. Этническая идентичность в дискурсе социального мифа. Ижевск: Удмуртский университет, 2009.

Н.А. Шавеко

ОЧЕРКИ ПО ТЕОРИИ СПРАВЕДЛИВОСТИ

Монография

Издание второе, переработанное

Подписано в печать 05.12.2025.

Формат 60×90/16. Усл. печ. л. 28,0.

ООО «Русайнс».

117218, г. Москва, ул. Кедрова, д. 14, корп. 2.

Тел.: +7 (495) 741-46-28.

E-mail: autor@rus-science.ru

<http://rus-science.ru>

