

D e n n i s L L O Y D

T H E I D E A
O F L A W

A r e p r e s s i v e e v i l o r s o c i a l
n e c e s s i t y ?

First published 1964
Pelican Books
London

Д е н н и с Л л о й д

И Д Е Я
П Р А В А

Регрессивное ЗЛО и, социальная
необходимость?

Перевод с английского

М. А. Юмашева

Ю. М. Юмашев

научный редактор

Ю. М. Юмашев

ЮГОНА

МОСКВА 2002

УДК 34
ББК67.0
Л11

* » >

• **С Е У**

Г

< А V

Данное издание выпущено в рамках программы
Центрального Университета «Translation Project»
при поддержке Центра по развитию издательской
деятельности (OSI— Budapest) и Института
«Открытое общество. Фонд содействия»
(OSIAF - Moscow)

Деннис Ллойд

ЛИ **Идея права**/Перевод с английского М.А.Юмашева, Ю.М.Юмашев
научный редактор Ю. М. Юмашев - М.:«ЮГОНА», 2002. - 416 с.

ISBN 5-901902-01-7

УДК 34

Право является структурообразующим элементом человеческого общества. Без права оно просто не может существовать, особенно если речь идет о современном обществе. Автор данной книги, член Палаты Лордов, известный английский специалист в области философии права, доказывает это путем глубокого и всестороннего анализа места и роли права на национальном и международном уровнях. Идея права рассматривается им в свете глобальных естественно-правовых и позитивистских тенденций развития мировой юридической мысли и «вечных» проблем теоретической юриспруденции, таких, как соотношение права и силы, права и морали, права и свободы, права и справедливости, права и обычая, права, суверенитета и государства и т. д.

Книга предназначена для законодателей, представителей исполнительной власти, ученых-юристов, преподавателей, аспирантов, всех интересующихся проблемами права в современном обществе. Она может быть использована в качестве учебного пособия по курсам теории и философии права, прав человека, сравнительного правоведения, политологии.

ББК67.0

ISBN 5-901902-01-7 ©Перевод М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев
©Макет, оформление, верстка В. А. Костина

*ветлой памяти Э. М. Аметистова
перевод этой книги посвящается*

Содержание

Предисловие /	7
1. Нужно ли право?/	12
2. Право и сила/	28
3. Право и мораль/	50
4. Естественное право и естественные права/	79
5. Юридический позитивизм/	108
6. Право и справедливость/	132
7. Право и свобода/	157
8. Право, суверенитет и государство/	192
9. Право и общество/	226
10. Право и обычай/	257
11. Судебный процесс/	292
12. Понятийное мышление в праве/	324
13. Некоторые основные правовые понятия /	343
14. Заключение: возможные проблемы в будущем /	374
Примечания/	390

Предисловие

Право является одним из основных институтов социальной природы человека, без которого он был бы совершенно другим существом. Одного взгляда на оглавление данной книги достаточно, чтобы читателю стало ясно, сколь важны и обширны те сферы человеческой мысли и деятельности, в которых право играло и продолжает играть существенную роль во взаимоотношениях людей. Знаменитые философы, от Платона до Маркса, возможно и были убеждены в том, что право является злом, от которого человечеству неплохо бы избавиться. Однако, несмотря на все философские сомнения, опыт показал, что право — это одна из самых мощных движущих сил цивилизации в человеческом обществе. В свою очередь развитие цивилизации повсеместно сопровождалось постепенным развитием системы правовых норм и одновременным созданием механизма для их регулярного и эффективного применения.

Законы, однако, действуют не в вакууме, но существуют бок о бок с моральными кодексами, более или менее сложными, прописанными детально или в общих чертах. Взаимоотношения между правом и моралью несомненно являются одним из важнейших факторов жизни современного общества, в котором существуют неоднозначные, а иногда и противоречивые оценки одних и тех же явлений. Достаточно упомянуть лишь некоторые из них, такие, как преследование по закону совершеннолетних лиц мужского пола за гомосексуализм, даже если они занимаются этим сугубо в рамках своей частной жизни и по обо-

ПРЕДИСЛОВИЕ

годному согласию; или животрепещущий вопрос о смертной казни и целой философии уголовно наказуемых преступлений; вопрос о правовом аспекте проблем, связанных с неприкосновенностью человеческой жизни (и правом на жизнь) — эвтаназией, самоубийством, абортom; вопрос о том, должен ли развод основываться на понятии вины или зависеть от фактического распада семьи. Все эти проблемы отражают трения и противоречия, возникающие между морально-нравственными установками данного общества и юридическими нормами, цель которых — закрепить конкретные права и обязанности.

Более того, вера в Нравственный закон оказала огромное влияние на развитие взглядов на право. Мысль о том, что над всеми отдельными правовыми системами, существующими в разных обществах, стоит Высший закон, которому подвластны законы, разработанные людьми, и который при случае может быть востребован, часто оказывала существенное влияние на ход человеческой истории «в её минуты роковые». Именно эта мысль послужила основанием для вывода о том, что Высший закон не только отменяет нарушающие его правовые нормы данного общества, но и освобождает индивида от обязанности выполнять предписания действующего законодательства, равно как и служит оправданием для неподчинения легитимной государственной власти. Не следует также полагать, что этот аргумент полностью исчерпал себя и в наше время лишен всякого практического значения. Так, сторонники теории, согласно которой существуют определенные основные права человека, гарантируемые Нравственным Законом или Естественным Правом, настаивают на том, что законы о сегрегации, дискриминирующие ту или иную прослойку общества в зависимости от религиозной или расовой принадлежности, лишены юридической силы и вообще не могут рассматриваться в качестве таковых, ибо в корне противоречат основополагающим нормам морали. Соответственно отказ подчиняться этим законам, вполне оправдан, как с моральной, так и с правовой точек зрения. В этой книге предприни-

ПРЕДИСЛОВИЕ

мается попытка рассмотреть подобные фундаментальные облемы, касающиеся каждого в современном мире.

Пожалуй, самым насущным вопросом в наши дни является вопрос о том, что понимать под свободой гражданина и какие меры следует предпринять, чтобы сохранить эту свободу. Понятия права и свободы тесно связаны между собой, поскольку право может быть использовано в качестве орудия тирании, как это происходило на протяжении веков во многих обществах, а может быть и инструментом наделения гражданина теми основными правами и свободами, которые в демократическом обществе рассматриваются в качестве неотъемлемой части нормальной жизни. В таком обществе недостаточно, чтобы закон просто обеспечивал гражданину безопасность его личности и имущества. Наряду с этим каждому должно быть предоставлено право свободно выражать своё мнение без каких бы то ни было ограничений, свободно общаться с другими гражданами и образовывать с ними различные объединения, свободно передвигаться по миру и выбирать себе работу. А кроме того, каждый должен ощущать на себе все преимущества, которые предоставляет система, получившая название «верховенства права», и быть защищенным от всех социальных бед, которые несут с собой болезни и нищета. Эти вопросы порождают проблемы юридического характера, очень непростые в условиях государства благоденствия, и в этой книге я попытаюсь ответить на самые насущные из них.

В современных условиях действие права тесно увязывается с понятием суверенной власти, существующей в каждом конкретном государстве и правомочной создавать или отменять законы по своей воле. Эта теория имела важное значение, как для национальных правовых систем, так и для системы международного права. Можно, например, задать вопросом — «Если государство обладает суверенитетом, то как такое суверенное государство может подчиняться высшей системе международного права, имеющей приоритет над национальными законами?». Или предположим, что такое суверенное государ-

ПРЕДИСЛОВИЕ

ство связывает себя международным договором, признающим высшую юридическую силу международной организации, как это произошло в случае с договором об Общем рынке. Когда рассматривалось решение о согласии Великобритании присоединиться к Общему рынку, был поднят важный вопрос о влиянии этого шага на суверенитет нашего парламента. И это только один пример того, как философия права может влиять на важные вопросы государственной политики.

В наши дни социальные науки, хотя возможно и находящиеся еще в самом начале своего пути, уже завоевали себе важное место во многих сферах человеческой мысли и деятельности. Повсеместно признано, что их влияние на правовое мышление и юридическую практику огромно, и перед юристом-социологом лежит непочатый край для научных исследований. Кроме того, неоднократно предпринимались попытки связать правовое мышление с развитием в таких областях человеческого знания, как антропология, психология, социология и криминология. Юрист как представитель практикующей профессии во всем мире, и особенно в странах общего права, имеет тенденцию относиться к теории права с некоторым раздражением и придерживаться позиции, согласно которой его задача – это решение практических проблем, и для выполнения этой задачи он подходит благодаря накопленному профессиональному опыту больше, чем кто-то другой, хотя и лучше образованный по более широкому кругу дисциплин, но не обладающий его практическим умением схватывать юридическую суть дела. В конечном итоге, притязания социальных наук, даже и в самой сокровенной области права, должны зависеть от того, как ими освещаются правовые институты, и от той помощи, которую они могут оказать в решении актуальных правовых задач нашего времени.

Роль судебной системы в современном праве имеет огромное социальное значение, и в этой работе я попытаюсь показать природу судебного процесса и тот важный вклад, который он должен внести в эффективное функци-

онирование права в целом. С указанными проблемами тесно переплетаются вопросы самой сути и структуры правовой аргументации. Право находится в процессе перманентного развития и эволюции. И хотя этот процесс во многом зависит от нормотворческой деятельности законодателя, суды и судьи также играют значительную роль в развитии права и его адаптации к потребностям современного общества.

В дальнейшем будет рассмотрен не только общий метод, посредством которого достигается эта цель, но будут приведены многие конкретные примеры, чтобы читателю стало понятно, какие факторы вовлечены в процесс применения и толкования юридических норм и принципов в контексте современной правовой системы.

В заключении данной работы дается краткий обзор тех проблем, которые придется решать с помощью «идеи права» в самом ближайшем будущем. Особый упор делается на необходимость творческого подхода к «идее права» в наше время, если мы хотим, чтобы в обозримом будущем право полностью выполняло те социальные функции, которые оно призвано выполнять и выполнения которых общество от него ожидает. Несомненно, задачей как юристов-практиков, так и правоведов является постоянная работа над совершенствованием права, чтобы оно всегда отражало социальную реальность современного мира.

Заканчивая, я хотел бы выразить благодарность Судье Верховного Суда И.Г.Джейкобу, без поддержки которого эта работа никогда не была бы написана. Он был настолько любезен, что прочитал её дважды — в машинописном варианте и в гранках - и сделал много ценных замечаний. Само собой разумеется, он не несет никакой ответственности за возможные ошибки в данной книге или за высказанные в ней мнения.

Апрель 1964 г.

Деннис Ллойд

НУЖНО ЛИ ПРАВО ?

*Что же ты хочешь, мой дорогой друг, закон нужен,
и будучи нужным и необходимым, он хорош,
а все то, что хорошо, то приемлемо.
(Ионеско, Жертвы долга.)
Высшее совершенство общества — в союзе
порядка и анархии.
(Прудон.)*

Может показаться странным, что в самом начале нашего исследования идеи права возникает вопрос о том, нужно ли право вообще. В действительности, это - вопрос первостепенной важности. И нельзя считать ответ на него, чем-то само собой разумеющимся, поскольку он возникает из трудных и тревожных раздумий о праве: так ли уж оно необходимо для построения справедливого общества и не следует ли им пожертвовать в этой связи; не является ли оно само по себе злом и не представляет ли тем самым опасную помеху для реализации социальной функции человека? Хотя такая точка зрения может показаться совершенно фантастической членам хорошо организованного демократического общества — каковы бы ни были его недостатки и несовершенства, — тем не менее, полезно помнить, что в других не столь хорошо организованных обществах действие права может быть чревато негативными последствиями. Более того, мысль о том, что право органически присуще или необходимо человеку в хорошо организованном обществе, веками не находила должной поддержки со стороны ведущих западных философов — от Платона до Карла Маркса, которые так или иначе скорее склонялись к отрицанию права. Враждебность по отношению к праву играет важную роль и в великих религиозных системах Востока и Запада и была решающим элементом в идеологии Христианской церкви в период ее становления. Кроме марксистов су-

существует множество других серьезных сторонников доктрины анархизма, предлагаемой в качестве ответа на вечные проблемы личного и общественного бытия человека. В каждом веке ~ и наше время ни в коей мере не является исключением, – рождаются отдельные индивиды или группы лиц, которые испытывают неприязнь ко всякой власти вообще и выражают это отношение различными действиями или демонстрациями против сил права и порядка. Без сомнения, многие из этих людей совершенно искренне убеждены, что такие акты протеста с их стороны каким-то таинственным образом помогут человечеству обрести лучшую и более счастливую жизнь, но до сих пор все эти спорадические протесты почти не оказали никакого влияния на общий ход развития человеческой мысли и формирование его чувств.(1)

Таким образом, следует смотреть глубже, выходить за пределы внешних проявлений социального протеста и пытаться исследовать идеологические основы неудовлетворенности самой идеей права, с тем чтобы выяснить и понять, какие причины заставляют многочисленных представителей столь несхожих цивилизаций — существующих к тому же в различной географической и культурной среде — на протяжении всей истории человечества, либо вовсе отвергать право, как таковое, либо в лучшем случае рассматривать его, как неизбежное зло, необходимое на очень низкой, далекой от совершенства стадии общественного развития.

Далее в настоящей работе будет рассмотрен социальный феномен права, его функция, служащая укреплению механизма общественного контроля, и его взаимосвязь с концепцией справедливого общества. Вряд ли здесь есть смысл детально дискутировать по этим проблемам. Гораздо более целесообразным представляется сосредоточить внимание с одной стороны, на интеллектуальных течениях полностью отрицающих потребность в праве как таковом, а с другой — на взглядах, отождествляющих право со злом, которое можно терпеть постольку, поскольку оно лишь временный феномен, существующий до тех пор, пока человек не хочет или не может достичь действительно справедливого общественного устройства.

ПРИРОДА ЧЕЛОВЕКА

Когда речь идет об идеях или теориях, «идеологических» по своей сути, считается, что они формируют часть нашего мировоззрения, наших взглядов на отношение человека к миру и обществу во всех его проявлениях. Идея права несомненно носит идеологический характер, так что в ней неизбежно отражаются наши общие воззрения на место человека в окружающем его мире, на природу человека, или на «человеческий фактор», как стало модно выражаться среди некоторых современных исследователей, а также на те цели и задачи, которые призван выполнить человек. Утверждая, что право нужно или, наоборот, не нужно человеку, мы не просто констатируем факт, относящийся к естественным потребностям человека, как, например, невозможность для него обходиться без еды и питья, но вовлекаемся в процесс качественных оценок. При этом имеется в виду, что термин «природа человека» означает лишь наличие у него качеств, присущих только человеку в отличие от других живых существ и независимо от того, существует право или нет. Подобное утверждение уже подразумевает определенный взгляд на цели и задачи человека, на то, что является для него благом, и что ему необходимо для достижения этих целей.

Нет никакого сомнения в том, что постоянное и пристальное внимание человека к вышеуказанным проблемам послужило причиной бесконечного спора великих мыслителей всех веков и народов об этических аспектах или потенциальных возможностях человека. Многим нашим современникам этот спор представляется не только «вечным», но и совершенно бессмысленным. Тем не менее, дискуссии по данному вопросу заставили задуматься о том, необходимо ли право человеку, и если да, то да какой степени. И с этой точки зрения значение «вечного спора» о природе человека очевидно. Для тех, кто видит в человеке воплощение зла или, в лучшем случае, смесь хороших и плохих качеств, постоянно конфликтующих между собой, — причем плохое почти всегда одерживает верх над хорошим, — кажется само собой разумеющимся, что темные и разрушительные силы, присущие самой природе человека, нужно постоянно сдерживать и обуздывать. В противном случае про-

изойдет полное разрушение общественного порядка, отсутствие которого приведет к столь существенной деградации человека, что его состояние немногим будет отличаться от животного. Право, с этой точки зрения, является необходимым инструментом сдерживания сил зла, а анархия или полное отсутствие права – высшим выражением зла, которого следует избегать любой ценой. С другой стороны, те, кто рассматривает природу человека как изначально добрую, усматривают источник всех его бед не в нем самом, а в фундаментальных изъянах окружающей внешней социальной среды. Она-то и является действительной причиной всех зол, обрушившихся на человека. А так как определяющим фактором этой социальной среды является правящая верхушка и правовая система, служащая ей инструментом осуществления политической власти, то едва ли вызовет сомнение тот факт, что именно они являются мишенью всякой критики, поскольку в них видят действительный источник всех человеческих невзгод. В эпоху социальных реформ на Западе, охватывающей последние сто с лишним лет, может показаться, что критикам лучше было бы направить свои усилия на реформирование действующего права, а не на его полную отмену. Но с другой стороны, всегда следует иметь в виду, что во многих обществах пороки правовых систем рассматривались религиозными и философскими мыслителями как неизбежное зло, и замена одного режима, основанного на репрессивном законодательстве, другим могла привести лишь к новому витку преследований и угнетения. И поэтому они видели единственный выход в том, чтобы заклеить всякое ограничение, основанное на праве, в любых его проявлениях и формах.

ПРАВО И СИЛЫ ЗЛА

Две совершенно разные отправные точки использовались теми, кто рассматривал право в качестве средства достижения социальной гармонии путем сдерживания порочных инстинктов человека. Одни полагали, что в человеческой природе изначально заложено зло, и нельзя достичь никакого социального прогресса без ограничения этого зла страхом строгого наказания. Другие, наоборот, считали, что человек добр по своей сути, но из-за грехов, распущенности и других внут-

ренных недостатков, таких, например, как жадность, доброе начало в нем переродилось, и чтобы противостоять этому, необходимо осуществлять контроль над ним с помощью суровой правовой системы наказаний. Те, кто разделял этот более оптимистичный взгляд на природу человека, оглядывались назад, в «Золотой век догреховной невинности», когда люди жили просто и счастливо, и не было необходимости во внешней системе правового принуждения, призванной сдерживать проявление естественных инстинктов, которые в то время были совершенно лишены эгоизма и направлены на достижение общего блага всего человечества. Такова была идиллия простой жизни, описанная многими писателями от Сенеки до Руссо. Этот взгляд сквозь розовые очки на далекое прошлое даже в наши дни вдохновлял движение «назад к природе» в смысле обретения человеком вновь своей первоначальной неиспорченной сущности и тем самым вселял в общество радужные надежды, открывая перспективы более счастливой жизни, в которой бескорыстные естественные порывы придут на смену правовой системе принуждения.

Примеры обеих концепций о природе человека и его предназначении можно найти в обширных исторических и литературных источниках. Упомянем здесь лишь некоторые из них. В древнем Китае в III веке до н. э. существовала, например, очень влиятельная школа так называемых «легистов», которые утверждали, что в человеке изначально заложено зло и что все его хорошие поступки объясняются исключительно положительным влиянием социальной среды, а также воздействием изучения ритуалов и традиций и существованием сдерживающей системы уголовных наказаний. «Для поддержания порядка всего лишь один закон, подкрепленный строгой системой наказаний, будет весомее увещаний всех мудрецов мира» – таков был один из их самых распространенных девизов, которым они и руководствовались в своих действиях. (2)

Приблизительно в тот же период времени составители шастр в Индии писали о том, что человек лжив, подвержен страстям и, если будет предоставлен сам себе, то сотворит мир, похожий на «мастерскую дьявола», где будет торжествовать «рыбья логика», то есть большие и силь-

ные сожрут малых и слабых.(3)

Подобные взгляды нетрудно обнаружить и у западноевропейских авторов нового времени, претендующих на лавры новаторов. Так, по Бодэну, первоначальному состоянию человека было свойственно торжество силы и принуждения, отсутствие всякого порядка. А описание Т.Гоббсом жизни на примитивной стадии развития человечества, как состояния постоянной войны, в которой существование индивида было «диким, отвратительным и мимолетным», стало классическим. Согласно Д.Юму, человеческое общество не могло бы существовать без права, правительства и принуждения, и в этом смысле право является естественной потребностью человека. Н.Макиавелли же основывал свой знаменитый совет государям на отказе от данных ими обещаний, когда эти обещания приходят в противоречие с их собственными интересами. Оправданием такого поведения государей служит максима: все люди «по своей природе плохи и никогда не выполняют данного вам слова. Поэтому и государи, точно таким же образом, не должны никоим образом строго выполнять данное ими обещание».(4)

Легенда о Золотом Веке также в той или иной форме сыграла важную роль в формировании западной правовой мысли Два самых известных тезиса этой легенды времен античной классической древности воспроизводятся в трудах Овидия и Сенеки. Овидий в первой книге «Метаморфоз» дает такое описание этого периода жизни человечества:

«Первым век золотой народился, не знавший возмездий.

Сам соблюдавший всегда, без законов, и правду и верность,

Не было страха тогда, ни кар, и словес не читали

Грозных на бронзе; толпа не дрожала тогда, ожидая

В страхе решения судьи, — в безопасности жили без судей». (5)

Знаменитое высказывание Сенеки, как и подобает философу, носило более глубокий и детальный характер:

«В этом примитивном состоянии люди жили вместе мирно и счастливо. У них все было общее, и не было частной собственности. Можно сделать вывод, что у них не было рабства и тирании. Это был самый лучший порядок для людей, которые во всем следовали природе, и правили ими лучшие и мудрей-

шие из них. Они управляли людьми для их же блага, а те с радостью подчинялись им, поскольку видели, что правители поступают мудро и справедливо. . Со временем эта первобытная невинность исчезла; и алчность разрушила радость совместного бытия и наслаждения жизнью, и люди возжелали иметь все в частной собственности. Алчность разделила некогда счастливое общество... а правление мудрецов превратилось в тиранию. Тогда-то у людей и возникла потребность создавать законы, чтобы ограничивать злоупотребления власти». (6)

Хотя Сенека и полагает, что эта первобытная невинность была скорее порождением невежества, чем добродетели, он связывает позднейшие социальные пороки и необходимость введения правового регулирования с испорченностью человеческой природы по сравнению с ее первоначальным состоянием невинности и объясняет эту испорченность особенно развитием такого человеческого порока, как жадность. Идея порочности и разложения как причины для введения институтов принуждения стала основным моментом западной мысли на протяжении многих веков, и затем была использована отцами церкви в Иудейско-Христианской версии грехопадения человека. Библейское описание рая сходно с первоначальным состоянием невинности у Сенеки, и потребность в светском праве и всех связанных с ним институтах, таких как государственное принуждение, частная собственность и рабство, явилась результатом порочной природы человека после его грехопадения. Право возникло, как естественная потребность минимизировать негативные последствия грехопадения, к которым относили даже семью, поскольку в ней доминировала власть мужа над женой в отличие от равенства мужчины и женщины в условиях первобытного рая. Рабство также считалось одним из неизбежных последствий грехопадения, так как человек, свободный и равноправный в условиях первозданной невинности, в результате грехопадения стал подходящим объектом для обращения в раба, и поэтому в век порочности и разложения рабство являлось законным институтом.

Эта теория права и государства достигла своего классического выражения в трудах Августина. Государство, право и принуждение не являлись сами по себе злом, но были частью божье-

ственного порядка, и имели своей целью обуздать человеческие пороки, порожденные грехопадением. Отсюда вывод о том, что все учрежденные правовые институты и властные полномочия государства - законны, а принуждение следует применять должным образом для их нормального функционирования. Августин видел в будущем надежду для человечества не в сфере социальных реформ, нацеленных на установление более справедливого общественного устройства на земле, но скорее в достижении благоденствия для избранных в Граде Божьем, мистическом обществе, которое в конечном итоге, в угодное Господу время, придет на смену существующему, в котором воцарилась порочная природа человека. Утверждение Августина, что право является насущной необходимостью для обуздания греховного естества человека, не подвергалось сомнению в течение нескольких веков. Августин создавал свои труды в то время, когда Великая Римская Империя находилась на грани распада, и не было почти никаких надежд на возникновение хорошо организованного, - уже не говоря о справедливости, - нового общества благодаря всего лишь избавлению от рабства. Но постепенно жизнь налаживалась, и появились предпосылки для социального и экономического развития. Более того, к XIII веку некоторые научные и философские взгляды на социальные условия жизни человека, распространенные в эпоху классической античности, особенно воззрения Аристотеля, стали проникать в Западную Европу. Созрело время для смещения акцентов. Естество человека может быть порочным и греховным, но тем не менее, он обладает природной добродетелью, которая способна к дальнейшему развитию. Опираясь в значительной степени на теорию Аристотеля о естественном развитии государства посредством социальных инстинктов, заложенных в человеке, Фома Аквинский утверждал, что государство не есть необходимое зло, но естественный инструмент развития человеческого благосостояния. Фома Аквинский, будучи одним из столпов ортодоксальной католической церкви Средневековья, стремился примирить эту позицию с официальной теологией того времени. И все же он также внес свой значительный вклад в более позднюю светскую теорию права, как потенциально полезного инструмента, не только сдержива-

I

1

НУЖНО ЛИ ПРАВО ?

ющего злые начала в человеке, но и указывающего ему путь к социальной гармонии и благоденствию. Таким образом, право перестали рассматривать в качестве исключительно негативной силы, направленной на обуздание зла. Теперь его наделяли положительными свойствами и видели в нем инструмент для достижения целей, к которым устремлены добрые помыслы или общественные инстинкты человека.

ДЕЙСТВИТЕЛЬНО ЛИ ЧЕЛОВЕК ИЗНАЧАЛЬНО ДОБР? ТОЧКА ЗРЕНИЯ АНАРХИСТОВ

Уже было показано, как попытка рассматривать право в качестве естественной необходимости обуздания зла в человеке уступила место новому взгляду на право как на инструмент рационального управления социальными инстинктами, заложенными в природе человека. Однако во все времена находились мыслители, которые полностью отвергали такой взгляд на принудительную природу права и порядка. Для таких мыслителей не подлежит сомнению, что изначально человек добр и в основном остается таким, но окружающая его социальная среда несет ответственность за все его пороки (7) и, прежде всего, – правовой режим, насаждаемый с помощью силы верховной властью.

Тоска по утраченной, но желанной простоте, ностальгия по безмятежному Золотому Веку наложила отпечаток на учения тех, кого принято называть анархистами, с древности до наших дней. Платон, к примеру, обнаруживал большую симпатию к архаичному устройству жизни, что наглядно иллюстрирует его высказывание: «Древний человек был гораздо лучше нас и ближе к Богам». (8) Тем не менее, такой подход не столь однозначен. Средоточием его интереса является не столько мифическое прошлое, сколько потенциальные возможности человека в будущем создать идеальное и справедливое общество. Более того, такое общество не будет располагать совершенной правовой системой, но, наоборот, станет свободным от всяких норм и ограничений, и в нем восторжествует гармония разума, как результат благородных чувств и общественных побуждений его членов.

В своем «Государстве» Платон рисует идеалистичес-

кую картину государства, в котором внутренняя гармония, порождаемая человеческим разумом, заменяет право. И государство достигает своего наивысшего расцвета благодаря правлению сменяющих друг друга философов, выбираемых за их мудрость и знания. (8а)

Платон возлагает большие надежды на систему образования, которая не только сможет воспитывать мудрых правителей, но и научит остальных граждан разумному повиновению. Современный опыт несомненно подтверждает веру Платона в образование или «промывку мозгов» как средство добиться от людей повиновения, но расходится с ним в вопросе о том, что любая система образования может обеспечить столбовую дорожку к вершинам мудрости или в том, что существует безошибочный метод выбора или воспитания лиц, естественно предрасположенных к управлению государством.

Можно сказать, что Платон не столько склонялся к анархизму, сколько к тому, что теперь принято называть «тоталитаризмом», как это достаточно убедительно показывает предлагаемая им в одном из последних диалогов «Законов» лишенная гибкости правовая система, неукоснительное следование которой обеспечивается силой принуждения. И еще, несмотря на то, что, несомненно, некоторые аспекты раннего Христианства несут на себе отпечаток анархизма, его влияние прослеживается скорее в пренебрежительном отношении к праву, а не в полном отказе от него. Действительно, постулат «кесарю кесарево» свидетельствует о принятии любой власти, как узаконенной Богом. В то же время многие противники раннего Христианства усматривали в учении о непротивлении злу насилием угрозу существующей власти, а позднее известные писатели, такие как У. Годвин и А. Толстой, использовали это учение для создания своих «анархистских» доктрин.

Современный период исторического развития, начиная с XVI века, характеризуется бурным расцветом науки и техники, наряду с которым развивается идея человеческого прогресса, — всемирная идеология, отвергающая веру в архаичную райскую жизнь и устремленная в счастливое будущее человечества. В течение долгого времени эта доктрина опиралась на теорию социальной эволюции человека под

воздействием экономического роста, что само по себе, если этому не мешать, приведет в конечном итоге к достижению высшей гармонии в обществе. Таковой была экономическая теория *laissez faire* Адама Смита. Но она опиралась на более широкую доктрину, согласно которой право и государственная власть, в принципе являются злом, в той мере, поскольку препятствуют естественному развитию экономики и общества. Будучи далекой от анархизма, эта теория положительно относилась к принудительной силе закона для защиты частной собственности, которую она рассматривала в качестве неотъемлемого элемента свободного рынка.

Пожалуй, временем расцвета самых изощренных анархистских теорий был XIX век, хотя Годвин внес в них свой вклад еще в 1793 году, опубликовав знаменитую брошюру «Политическая справедливость». Он утверждал, что социальные пороки возникают не из-за испорченной или греховной природы человека, а из-за вреда, наносимого институтами принуждения. Человек от рождения способен на неограниченное развитие, и лишь институты принуждения и невежество мешают этому процессу. С трогательной верой в человеческий разум и возможность достижения совершенства Годвин утверждал, что добровольный совместный труд и просвещение помогут избавиться от всякого права вообще. Этические и социальные нормы, необходимые для поддержания общественного порядка, будут соблюдаться, поскольку их нарушение повлечет за собой моральное осуждение со стороны свободных граждан — членов общества. Философский анархизм подобного толка получил дальнейшее развитие в трудах представителей русской школы анархизма, таких как М.Бакунин и К.Кропоткин, которые видели в государстве, праве, принуждении и частной собственности врагов счастливой жизни и благосостояния человека. Эти писатели подчеркивали благотворное значение совместного труда в истории человечества и верили, что в результате эволюционного развития принцип взаимопомощи поможет избавиться от всех бед, существующих в государствах, основанных на принуждении. Л. Толстой, со своей стороны, предлагал иную форму анархии, основанную на его теории простой жизни по божьим

заповедям, как это было в эпоху раннего христианства. У нее была масса последователей-энтузиастов, которые пытались создать на этих основах «толстовские поселения» в разных странах мира, но результаты этой деятельности вряд можно назвать вдохновляющими. Эймлер Мод в своей «Жизнь Толстого», написанной с большой симпатией отношению к великому русскому писателю, приводит не только примеров нелепых и курьезных ситуаций, послуживших причиной быстрого распада таких поселений. В одном из них, например, мальчик украл жилетку у соседа-поселенца, а ранее этому подростку старшие внушали, что частная собственность — это плохо и что полиция и суды являются частью аморального насильственного режима. Когда же владелец потребовал вернуть ему жилетку, подросток продемонстрировал, что он очень хорошо усвоил уроки своих наставников. «Если обладать собственностью нехорошо, то почему он не рав, лишив кого-то собственности? — вопрошал он.

Ему тоже нравилась эта жилетка, и хотя он был готов продолжать дискуссии по этому вопросу, он не сомневался в своей правоте и не собирался возвращать злополучную жилетку, которая ему нравилась ничуть не меньше, чем ее первоначальному владельцу, и он считал, что было бы совершенно несправедливо отнять ее у него. (9)

Прекращение существования другого поселения было достаточно драматично. Собственность этого поселения была приобретена на имя одного из его членов, который и предоставил ее в распоряжение других поселенцев. Однажды среди них появился эксцентричного вида человек, который после непродолжительной дискуссии заявил: «Господа! Должен сообщить вам, что с сегодняшнего дня у вашей колонии нет ни строений, ни земли. Вы удивлены? Тогда разъясню поподробней. Ваша ферма со всеми ее постройками, сады и поля принадлежат теперь мне. Даю вам три дня, чтобы съехать». Поселенцы были поражены, но никто из них не оказал никакого сопротивления, и они покинули ферму. Через два дня законный владелец зарегистрировал свою собственность в местном органе власти. (10)

Циник может лишь усмехнуться, усматривая в этом под-

тверждение своего скептического взгляда на изначально добрую природу человека. Но исход всех подобных наивных анархистских упражнений однозначно указывает на существование дилеммы, неизбежно возникающей перед теми, кто полагает, что человеческое общество может обходиться без связующего элемента в виде права, служащего инструментом принуждения. Как замечает Мод: «Уберите право и заставьте человека поверить, что не существует никаких установленных юридических норм и судов, и тогда единственными людьми, продолжающими жить достойным образом, будут те, кто подобно крестьянам в дореволюционной России, просто следуют своему традиционному образу жизни... (И) Коренной порок Толстовства заключается в том, что оно игнорирует и осуждает опыт наших предков, создавших систему, которая несмотря на все свои многочисленные недостатки, предоставила людям возможность вступать в отношения делового сотрудничества и осуществлять свою профессиональную деятельность с минимальной степенью конфликтности». (12)

Пожалуй, самым известным и самым влиятельным из современных анархистов остается Карл Маркс. Маркс предсказывал свержение капиталистического строя путем насильственной революции угнетенного пролетариата. Право, по Марксу, представляет собой всего лишь систему принуждения, изобретенную для сохранения привилегий класса собственников. Революция приведет к возникновению бесклассового общества, а государство и право «отомрут» за ненужностью поддерживать режим угнетения. Взгляд марксиста устремлен не в прошлый Золотой Век, а в будущее, когда социальная гармония будет выражением изначального добра, заложенного в человеке, проявлению которого теперь не будет мешать институт частной собственности. Однако этот социальный рай не может возникнуть в одночасье — отсюда налицо парадокс в виде переходного — а на самом деле бесконечного — периода, когда роль государства, а вместе с ним и аппарата принуждения, столь ненавистного анархистам, неизмеримо возрастает. Ниже будет более подробно рассмотрена марксистская теория права. (13)

Однако представляется совершенно бесспорным тот

факт, что марксистская модель социализма повсюду влекла за собой значительное усиление права и его репрессивных функций, нежели их отмену.

ДОБРО КАК ВРОЖДЕННОЕ КАЧЕСТВО ЧЕЛОВЕКА И ЦЕНА ЦИВИЛИЗАЦИИ

Несмотря на весь этот печальный опыт, до сих пор существуют известные защитники теории изначального добра в первобытном человеке, утверждающие, что именно цивилизация с ее социальными и политическими институтами посеяла семена насилия и беспорядка, которые в свою очередь породили системы принуждения правом. Одним из основополагающих тезисов работы Эллиота Смита «История человечества», впервые опубликованной в 1930 году, является принцип врожденной доброты и миролюбия человечества. (14) «Доказательства этого столь очевидны и многочисленны, что дискутировать на тему, почему некоторые упорствуют в отрицании факта изначального миролюбия человека, становится интересно лишь с чисто психологической точки зрения. Каждый из нас знает из своего собственного опыта, что окружающие его люди, в своем подавляющем большинстве, добры и доброжелательны... Большая часть трений и разногласий в нашей жизни с совершенной очевидностью возникает в результате раздражения и конфликтов, порождаемых самой цивилизацией. Обычно зависть, коварство, и полное отсутствие сострадания являются следствием вождения, направленного на достижение совершенно искусственных целей, которые были не известны древнему человеку». (15)

Немногие будут отрицать, что большая часть бед, от которых страдает современное человечество, является прямым результатом стрессов, противоречий и конфликтов, характерных для цивилизации и сложной модели бытия. И все же противопоставление Эллиотом Смитом древнего человека, **Жившего** в гармонии с природой, человеку, существующему в условиях современной цивилизации, представляется односторонним и весьма упрощенным. Те, кто читал «Франкенгейна» Мэри Шелли, припомнят, как Франкенштейн соал монстра в облике человека, который хотя и обладал его

свойствами, в конце концов восстал против своего создателя и уничтожил его. Эта притча имеет символическое значение, указывая на двойственную природу человека. Человек наделен от природы стремлением к тому, что принято называть «добром», иными словами — к таким отношениям сотрудничества и взаимопомощи, без которых любая общественная жизнь стала бы невозможной, и исчезло бы вообще само отличие человека от животного. Но человеческой природе присуща еще и динамика развития, которая может быть направлена как в сторону созидания, так и разрушения.

Желающий людям добра философ-анархист, стремящийся всячески возвысить созидательные побуждения человека, склонен затушевывать или вовсе игнорировать более темную сторону человеческой природы. Так, сэр Герберт Рид утверждает, что люди всегда спонтанно объединялись в группы взаимопомощи и сотрудничества для удовлетворения своих потребностей и, следовательно, можно рассчитывать на их добровольный союз с целью организации такого общественного хозяйства, которое обеспечит благосостояние всех его членов. (16) С точки зрения анархиста, сообщает он нам, общество должно находиться в состоянии равновесия или гармонии между отдельными группами. Единственной проблемой является достижение ими гармоничного взаимодействия. Но не следует ли поручить создание и поддержание этой гармонии какому-нибудь государственному органу? Ответ сэра Герберта Рида неоднозначен. Во-первых, он полагает, что необходимость в этом в значительной степени отпадет с исчезновением экономической мотивации в обществе. Преступления, например, представляют собой в основном ответ на институт частной собственности. А во-вторых, на его взгляд, такие вопросы, как воспитание и образование детей и проблемы общественной морали, являются вопросами здравого смысла, которые можно решить, опираясь на врожденную добрую волю членов общества. С повсеместной децентрализацией власти и упрощением жизни, особенно с исчезновением таких «бесчеловечных сообществ», как современные города, все проблемы можно будет решать на местном уровне. «Местные объединения могут создавать свои собственные суды, которых будет впол-

не достаточно для осуществления общего права, основанного на здравом смысле». Следует отметить, что Рид отличается от других анархистов, признавая необходимость существования некоего общеприменимого права, и лишь настаивает на непризнании всякого аппарата принуждения под централизованным контролем. «Анархизм, — поясняет он, — буквально означает общество без arkhos, т.е. без правителя, но не означает общества без закона, а значит, и общества, в котором отсутствует порядок. Анархист согласен с общественным договором, но рассматривает этот договор особым образом, который кажется ему наиболее разумным». (17)

Признание того факта, что даже в самом простом по своему устройству обществе необходима какая-то система норм и правил, представляется почти неизбежным. В любом обществе, и примитивном, и развитом, необходимо иметь свод правил, определяющих условия для вступления мужчины и женщины в интимные отношения и совместного проживания, правил, которые будут регулировать семейные отношения, а также условия для ведения хозяйственной деятельности, добычи пропитания, охоты. Кроме того, эти правила должны запрещать действия, наносящие вред благополучию семьи, или племени, или всему сообществу в целом. Ну а в более развитом цивилизованном обществе, даже доведенном до уровня простоты, столь желанной и дорогой сердцу анархиста, подобного Риду, должен существовать обширный свод норм и правил, регулирующих семейные, хозяйственные и общественные отношения. Идея о том, что человеческое общество, на каком бы уровне развития оно ни находилось, может существовать, когда каждый его член будет делать то, что ему будет казаться самым разумным в данных обстоятельствах, представляется слишком фантастической и не заслуживающей серьезного рассмотрения. Такое общество не будет, выражаясь словами Рида, «обществом без порядка», но будет отрицанием всякого общества вообще.

И здесь следует перейти от обсуждения проблемы о необходимости права в обществе к тесно связанному с ней вопросу о том, можно ли отделить идею права от режима принуждения. Этот вопрос будет рассмотрен в следующей главе.

2.

ПРАВО И СИЛА

В пантеоне богов древней Месопотамии Ану, бог неба, и Энлиль, бог грозы, почитались особо. Вселенная представлялась жителям древней Месопотамии государством, которым правят боги. Но роли двух главных богов были совершенно различны. Бог неба, отдавал приказы о повиновении, оспаривать которые никому даже в голову не приходило, поскольку они диктовались свыше, и исходили от Верховного божества. Повиновение было, таким образом, неизбежной необходимостью, категорическим императивом, не подлежащим никакому сомнению. Ану являл собой символ власти в космической иерархии божеств. Но даже эти обитатели Двуречья, поклоняющиеся божественной власти, абсолютной и непререкаемой, признавали, что не существует гарантий автоматического исполнения приказов, исходящих с небес. Поэтому необходимо предусмотреть карательные меры для нарушителей, будь то божества или простые смертные. Отсюда необходимость и силы грозы, принуждающей к повиновению, и бога грозы и наказания, который приводит в исполнение приговоры богов и предводительствует в войнах. (1)

Если попытаться проникнуть в глубь мифологии, то можно обнаружить многое из того, что составляет саму суть человеческих отношений и устремлений. Мифы об Ану и Энлиле отражают глубинную тягу человека к порядку и сопутствующую ей веру в то, что для поддержания порядка, и на небе и на земле, требуется совокупность двух необходимых элементов — власти и принуждения. Без признания некоей власти, чьи указы и вердикты определяют структуру мирового порядка, не может быть никакого организованного общества, и поэтому божественное правление делает возможным существование вселенной как социального целого. Но без элемента силы для обеспечения повиновения божест-

ственным указам вселенная никогда бы не смогла осуществлять функцию государственности. Таким образом, на широком полотне бескрайней вселенной жители древней Месопотамии разглядели важную предпосылку своего собственного человеческого общества и попытались заложить космологические основы взаимосвязи легитимной власти и применения силы в месте своего земного бытия.

Боги, вынужденные прибегать к применению силы для утверждения своей власти, — достаточно распространенный феномен на ранних стадиях развития религиозных учений. Разящие удары громовержца Зевса, как помнят читатели Гомера, не падают ни подобным ему небожителям Олимпийцев, ни простым смертным, которые осмелились нарушить его запреты, или как-то иначе прогневили его. Однако в данной работе выбран другой аспект: подчеркнуть проявление человеческой мысли в менее известных мифологических образах древней Месопотамии, поскольку они с наглядной убедительностью доказывают существование двух элементов — власти и силы, без которых невозможно существование никакого порядка, будь то на небесах или на земле. Теперь следует более подробно остановиться на каждом из этих элементов в контексте теории права.

ВЛАСТЬ

Понятие права охватывает гораздо более широкий круг идей, чем простое повиновение. Но фактор повиновения является тем не менее одним из важнейших. Следует, однако, различать виды повиновения в зависимости от тех или иных правоотношений. Жертвы банковского ограбления, например, могут достаточно быстро подчиниться угрозам вооруженных налетчиков. Однако такое подчинение грубой силе будет иметь мало общего с повиновением вассала своему сеньору, гражданина — указаниям полицейского, или тяжущейся стороны, проигравшей иск, — решению суда. И различие не только в добровольном или принудительном характере повиновения, поскольку все вышеуказанные лица — и вассал, и гражданин, и лицо, проигравшее дело, могут столь же неохотно подчиняться вышестоящей влас-

ти, как в данных конкретных случаях, так и в более общем плане, сколь и банковские служащие, вынужденные отдавать ценности налетчикам. Различие следует поэтому искать в мотивации более сложного порядка.

Понятие власти включает в себя наделение правом какого-нибудь лица требовать повиновения от остальных граждан, независимо от того, готовы ли они рассматривать данное конкретное предписание или норму в качестве приемлемых или желательных для себя или нет. Конечно, такое лицо, облеченное властью подчинять других, совсем не обязательно представляет собой отдельного индивида, как при абсолютной монархии. В некоторых социально-политических системах — это может пониматься в форме сверхестественной самостоятельной общности или некоей человеческой организации, подобной «Королеве в Парламенте» (то есть законодательной власти — ред.) в Англии или Конгрессу в США. Однако в интересах настоящей дискуссии представляется более целесообразным ограничиться случаями отдельного индивида, наделенного властью повелевать и подчинять. (1a)

Приведенные выше примеры показывают с очевидностью, что вассал рассматривает своего сеньора как имеющего право требовать от него повиновения. То же самое относится к гражданину и офицеру полиции, к истцу и суду. Иными словами, существует нечто такое, что может быть названо особой мистической аурой сеньора, полицейского и судьи, которая вызывает определенную реакцию у другой стороны, а именно, — чувство, что «высшая персона» (так можно собирательно обозначить указанных лиц для целей данного анализа) вправе отдавать приказания «низшей персоне», обязанной, добровольно или вопреки своему желанию, подчиняться. Чувство субординации, продиктованной законом, играет значительную роль в праве и требует дальнейшего объяснения.

Почему один человек каким-то непостижимым образом чувствует себя обязанным признавать авторитет другого человека и выполнять его приказы? Или, выражаясь иначе, каков источник обязанности, налагаемой на субъект воздействия (подчиненного)?

Одним из первых ответов, приходящих на ум, является то, что обязанность в основном имеет этический характер, то есть подчиненный действительно чувствует моральное обязательство повиноваться решениям своего сеньора, полицейского или судьи, как это было в вышеприведенных примерах. Концепция морали и ее соотношение с правом подразумевает большое количество вопросов, которые будут рассмотрены ниже. Здесь же следует подчеркнуть четко выраженную связь между легитимной властью, которой следует повиноваться уже лишь по причине ее легитимности, и моральным долгом, подразумевающим добровольное подчинение нормам в силу их внутренней справедливости. И авторитет власти и моральный долг считаются непрекращаемыми, поскольку в них заложено нечто требующее повиновения без всякого применения силы или принуждения. Отсюда чувство морального долга повиноваться закону, представляющему авторитет легитимной власти.

Однако, если развивать эту мысль дальше, могут возникнуть определенные проблемы, поскольку можно прийти к ошибочному убеждению в тождественности законности и морали. И действительно, подобный вывод был сделан в некоторых обществах, и идея божественного происхождения власти суверена стала подразумевать, что ни одно из его действий не может быть неправильным. Когда в дальнейшем взаимозависимость между правом и моралью будет рассмотрена более подробно, то станет ясно, что существуют убедительные причины для несогласия с подобной односторонней точкой зрения и признания того, что, несмотря на тесную связь права и морали, они, тем не менее, разделяются и существенно различаются между собой. Как уже подчеркивалось, авторитет власти, признаваемой легитимной, во многом зависит от силы, которую она черпает из связи с моральным долгом. Справедливость этого тезиса подтверждается, когда в выступлениях против существующей власти повстанцы обычно стремятся найти оправдание своим действиям, утверждая, что данная власть не является легитимной, что лишает ее представителей возможности требовать от граждан законного или морального повиновения. Такие аргумен-

ты были особенно распространены в X V I — X V I I веках, когда считалось, что легитимность власти обусловлена заключенным общественным договором, а его нарушение правителем освобождает подданных от их обязательства повиноваться данной власти. Так было в случае с Яковым II.

Х а р и з м а

Наиболее убедительный анализ того, как власть утверждает себя в обществе, был сделан известным немецким социологом Максом Вебером. Власть, или «легитимное господство», как Вебер называет ее, может принимать одну из трех форм — харизматическую, традиционную или правовую. (2) Слово «харизматический» происходит от греческого *charisma*, означающего «грациозность, привлекательность», и используется Вебером для обозначения той особой формы личной притягательности, благодаря которой индивид поднимается на вершину власти и которая распространяет ауру неоспоримой легитимности на все его действия. Такая власть часто ассоциируется с завоевателями, примерами которых являются Александр Великий, Юлий Цезарь и Наполеон. И в наши дни уже существует достаточный опыт харизматического правления в форме диктатуры Гитлера, Муссолини и Сталина, чтобы не осталось никаких сомнений в его реальности и в том, какова его природа в современный век высоких технологий. Пожалуй, не существует более выразительной иллюстрации гипнотического воздействия со стороны харизматического лидера, чем поразительный рассказ профессора Тревора-Ропера о последних днях Гитлера, совершенно беспомощного в своем подземном бункере и все же отдающего безумные приказы, которым никто не осмеливался противоречить, не говоря уже о прямом неповиновении.(3)

Власть, освященная традицией

В каком-то смысле идея харизмы — действительно ключ к пониманию концепции легитимности, так как она является крайним выражением психологизма, лежащего в основе этой концепции. Важно, что, несмотря на личностный ха-

рактика харизмы, возводящей ее обладателя на вершину власти, и, как следствие этого, на возможность ее исчезновения со смертью харизматического лидера, никоим образом нельзя делать вывод о ее распространении только на личность своего обладателя. Как подчеркивает Вебер, власть, источником которой является прежде всего сама личность лидера, может переходить к его преемникам, хотя и в не столь ярко выраженной форме. Этот феномен можно наблюдать в новых монархиях, где источником легитимности власти преемников харизматического основателя династии является их происхождение, хотя они уже могут и не обладать притягательными свойствами своего предка. Ту же ситуацию можно наблюдать и в других сферах, далеких от политики. Основатели новых религий обычно обладают харизмой, придающей их слову непререкаемый авторитет, так что после их смерти их последователям удается удерживать и даже усиливать значимость этих религиозных учений, хотя они не обладают той харизмой, которая позволяла их учителю властвовать над последователями своего учения. Если такая ситуация сохраняется в течение достаточно долгого времени, харизма отца-основателя приобретает «институциональный» характер, то есть находит свое воплощение в создании неких постоянных институтов, учрежденных для отправления традиционных обрядов.

Наглядным примером такой институционализации является монархия, основанная в условиях феодального строя. Харизма все еще существует, но исходит не от конкретного суверена, а от института монархической власти в целом, или — как бы сказали в конституционной практике Великобритании, — «Короны». Правление все еще носит личный характер в том смысле, что суверен обладает огромной властью, дающей ему возможность часто действовать исключительно в собственных корыстных интересах, не нарушая при этом закона, но в то же время «институциональный» характер монархии создает массу обязательных к исполнению традиционных обычаев и таким образом ограничивает свободу действий конкретного носителя верховной власти. Эта теория нашла свое наиболее известное вопло-

щение в трудах средневекового юриста Брэктона, провозгласившего: «Суверен должен быть ниже Бога и Закона».

Власть в силу закона

Форма правления, которую Вебер описывает как «традиционную» и которая представляет собой сочетание личных и институциональных элементов, может постепенно перерасти в более развитую, «правовую», по определению Вебера, форму. Этот термин может ввести в заблуждение, поскольку предполагает, что право, в его узком определении, возникает лишь в этой последней форме правления. Это не так, и Вебер совершенно не вкладывал такого смысла в данный термин. Даже при чисто харизматическом правлении ничто не мешает существованию норм, которые могут рассматриваться в качестве правовых, хотя их принятие целиком зависит от воли харизматического лидера. В этой связи уместно вспомнить кодификацию Римского права Юстинианом, оказавшую столь колоссальное влияние на развитие права Европы нового времени. А ведь она осуществлялась в условиях правления, основным конституционным принципом которого было: «Воля императора — закон». И традиционная форма правления также не лишена правовых норм, хотя эти нормы скорее основаны на обычае, нежели носят законодательный характер. Вебер применял термин «правовое» исключительно к третьей форме правления, стремясь тем самым подчеркнуть, что именно при такой системе власть, основанная на законе, становится обезличенной и строго следует закону, так что ее институциональный характер в значительной мере, если не полностью, вытесняет личный. Например, современное демократическое государство в основном отказалось от харизматической власти в пользу институционализированных законодательных органов, бюрократии и судебной власти, которые осуществляют обезличенное правление в соответствии с правопорядком, наделяющим их исключительной компетенцией применять принуждение на законном основании. (За)

При таком положении вещей власть, основанная на праве, может обходиться без личной харизмы, но должна жи-

даться на вере в собственную легитимность. Без такой веры, настолько укоренившейся, что она не подвергается ни малейшему сомнению, автоматическое и анонимное осуществление власти, основанной на праве, было бы приостановлено, и ей на смену пришли бы анархия и беспорядок.

Следует осознавать, что эта вера в легитимность власти, являющаяся таким же решающим фактором для функционирования современного государства, каким она была и в эпоху империи Карла Великого, проистекает не из логических построений, в том смысле, что ее можно объяснить с помощью силлогизмов. Чтобы в этом убедиться, достаточно вспомнить об аргументации порочного круга, которая «подпитывает» веру в легитимность власти, основанной на праве: сначала утверждают, что законы легитимны с момента вступления в силу, а затем заявляют, что вступление в силу закона легитимно, если это соответствует предписанной процедуре. Вряд ли следует идти за Вебером слишком далеко и повторять его утверждение, что это движение по кругу носит преднамеренный характер с тем, чтобы отделить веру в легитимность от других идеалов или ценностных приоритетов. (4) Более уместным представляется утверждение, что человеческое общество зиждется на рациональных или иррациональных убеждениях, природа которых не поддается ясному пониманию. Современные юристы уделили большое внимание вопросу, можно ли вывести или найти конечную формулу логического или необходимого обоснования власти, основанной на праве, в конкретном обществе или в мировом сообществе в целом. В настоящей работе этот вопрос также будет рассмотрен ниже. Здесь же достаточно указать, что источником власти, как в широком, так и в юридическом контекстах, является твердое убеждение в ее легитимности.

Чтобы не создавалось ложного впечатления о слишком академическом характере анализа Вебера с точки зрения возможности его распространения на конкретные исторические ситуации в различных общественных формациях, необходимо отметить следующее: сам ученый не вдавался в историческую оценку, а скорее пытался определить то, что он называл «идеальными вариантами» полного развития внутренних воз-

возможностей, присущих определенным формам общественной организации. Такие варианты не являются «идеальными» в смысле моральных воззрений или взглядов Платона, но представляют собой упрощения, позволяющие создать аналитическую структуру, в рамках которой может быть осуществлено социологическое исследование. Подобное исследование будет типологическим, а не эволюционным, поскольку по мнению Вебера, социология должна заниматься исключительно общими тенденциями. Так, например, вопрос об историческом развитии западного общества является предметом исследования историка, а не социолога. Вебер полностью отдает себе отчет, что его идеальные типы не существуют в истории в чистом виде, но всегда в более или менее сложном переплетении различных свойств (5). Так, например, нацистская Германия сочетала в значительной степени черты личной харизмы и современной государственной бюрократии, которые ассоциируются с властью, основанной на праве. Подобное исследование, тем не менее, вносит свой вклад в понимание различных слоев, формирующих правовую структуру любого общества, и общей природы власти, которая неизбежно становится одной из основ этого общества.

СИЛА

В общем плане здесь уже был рассмотрен элемент легитимной власти, который так важен для функционирования права в любом обществе, — роль бога Ану в легендах древней Месопотамии. Теперь настало время поговорить о другом элементе — силе, воплощенной в образе бога грозы Энлиля.

Вначале можно выявить отношение силы к власти, анализируя те формы общества, где имеет место вполне дееспособное правление, но отсутствует уверенность по крайней мере со стороны подданных, в его легитимности. Это не распространяется автоматически на все общества с преобладанием населения, состоящего из зависимых подданных или рабов, как в древней Спарте с ее рабами-автохтонами или Римской империи с обращенным в рабство населением огромных завоеванных территорий. Ведь даже в

подобном обществе, несмотря на все трудности, с которыми была сопряжена жизнь низших слоев, легитимность власти государства принималась на веру всем населением.

Могут, однако, существовать такие общества, которые, хотя и не находятся в состоянии неконтролируемого распада, тем не менее не обладают, в том, что касается большинства населения, уверенностью в легитимности существующей власти. Например, в период оккупации нацистской Германией большинства европейских государств во время Второй мировой войны нацисты обладали достаточной властью для того, чтобы заставить население оккупированных стран подчиняться их приказам, когда все завоеванные народы, — и в этом не может быть никакого сомнения, — полностью отвергали легитимность господства оккупантов. Совершенно справедливо, что это была лишь временная ситуация и что в случае одержанной победы нацисты могли в конечном итоге заставить людей поверить в легитимность их господства, как это сделали норманнские завоеватели с англосаксами в Англии. Действительно, возникает вопрос, насколько прочной окажется власть, основанная лишь на грубой силе и страхе ее применения, без элемента легитимности. Тот же факт, что при определенных обстоятельствах такая власть может существовать в течение ограниченного периода времени, не подлежит никакому сомнению.

Означает ли это, что в конечном счете право можно объяснить только с точки зрения силы, подобно тому, как это сделал Фрасимах в «Государстве» Платона, заявляя по поводу справедливости, что это не что иное, как «право сильнейшего»? Неужели право — всего лишь совокупность норм, выполнение которых можно обеспечить силой принуждения?

Существует масса доводов против подобной точки зрения. Но наиболее убедительным представляется следующий. Любая попытка рассматривать нацистскую оккупацию с этой точки зрения будет означать сужение понятия права до рамок маргинальной и в то же время экстремальной ситуации, тогда как для всестороннего раскрытия данного явления необходимо анализировать примеры, наибо-

лее типичные и характерные для его сути. Действительно, многие утверждали, что нормы, навязанные силой в условиях нацистской оккупации из-за полного отсутствия всякого морального или правового обоснования, ни в коей мере не могут по своему статусу приравняться к законам. Их скорее можно приравнять к правилам поведения, устанавливаемым преступными или террористическими организациями, такими, как, например, сицилийская мафия. Но как бы то ни было — а подобные аргументы будут еще рассмотрены в дальнейшем, — сейчас достаточно подчеркнуть тот факт, что в исключительные моменты истории, такие, как войны и революции, обществом временно могут править сила или террор. Однако это отнюдь не является доказательством справедливости вышеприведенной точки зрения, для которой право — воплощение силы.

С другой стороны, разве можно действительно говорить о праве, — хотя бы в чисто практическом смысле, — если оно в конечном итоге опирается на силу? Очевидно, что сила права связывается и всегда связывалась с нормами, которые могут быть выполнены путем принуждения. Палач, тюремщик, судебный пристав, полицейский — все они являются частью знакомого каждому аппарата правовой системы. Этот достаточно распространенный взгляд наиболее четко был выражен одним английским судьей, заявившем, что наилучший способ проверки лица, сказавшегося душевнобольным, на вменяемость заключается в том, чтобы установить, совершило ли бы оно то же самое в присутствии полицейского.

Здесь заслуживает рассмотрения один аргумент против утверждений об исключительно принудительной природе права: он выдвигается теми, кто вполне искренне верит, что применение любой силы или насилия неправильно само по себе и что право, опирающееся в конечном итоге на насилие, противоречит принципам морали. Такие люди склонны считать, что сила является квинтэссенцией отрицания или нарушения права и ее применение выходит за рамки права, поскольку является внеправовым элементом, к которому прибегают в случае нарушения правовой

нормы. Однако очевидно, что такой подход, продиктованный благими намерениями, вносит лишь новые противоречия, а не ведет к более ясному представлению о роли права, затушевывая важные отличительные особенности права, без которых едва ли можно понять механизм его функционирования в человеческом обществе.

Во-первых, многие сторонники вышеуказанной точки зрения, признают в качестве единственного реально существующего права законы морали, исключаящие, на их взгляд, любое принуждение и вызывающие лишь к человеческой совести. Такой подход может быть чисто семантическим, в том смысле, что его можно свести к отказу принять любое определение права, выходящее за рамки законов морали, которые трактуются в качестве норм, опирающихся не на силу, а исключительно на совесть, или какое-либо другое возвышенное чувство, являющееся стержнем нравственности. Более обоснованной является точка зрения, согласно которой ни одна система норм не может квалифицироваться как правовая, если полностью не совпадает с нравственными нормами, или по крайней мере, не включает их в качестве составной части. Те, кто видит в силе антитезу права, должны сделать следующий шаг и признать, что нормы морали исключают принуждение. Тем не менее остается непреложным фактом, что цель подобной аргументации заключается в обосновании существования особого типа взаимоотношений между правом и моралью. И соответственно вопрос о роли силы в правовой системе становится вторичным. Вторичным не по степени важности, а исключительно в техническом смысле, поскольку прежде всего необходимо показать, что право уже по своей природе обязательно подразумевает определенную связь с моралью, а уж затем, по выполнении этой задачи, следует переходить к вопросу о том, какие именно моральные нормы влияют на право и влекут ли они за собой применение силы или нет... Этот аспект проблемы будет рассмотрен при дальнейшем анализе соотношения морали и права, когда будет показано, что огромные трудности подстерегают тех, кто пытается установить необходимую связь между этими

двумя понятиями, и что, если даже такая связь существует, то возникают еще большие трудности по определению сущности норм морали, как с точки зрения неприменения силы, так и в любых других случаях.

Не все возражения против подхода к праву, как к системе, основанной на принуждении, исходят от моралистов. Другое распространенное мнение заключается в том, что, когда делается акцент на силу принуждения в отправлении права, то это ведет к ошибочному пониманию самой природы его функционирования. Люди, утверждая сторонники этой точки зрения, повинуются закону, не потому, что их принуждают к этому силой, а потому, что они согласны с его действием или по крайней мере не возражают против этого. И именно это согласие, а не угроза применения силы, дает правовой системе возможность функционировать. Такой подход особенно в прошлом ассоциировался с идеей общества и права, основанных на общественном договоре, который закреплял согласие свободных людей в естественном состоянии подчиняться праву и власти. В этой форме «согласие» являлось в значительной мере, если не полностью, правовой фикцией, а в наши дни, когда от фикции общественного договора уже отказались (5а), в демократических обществах ее заменила идея всеобщего избирательного права и правления большинства, позволяющие индивиду время от времени проявлять свое отношение к действующей системе власти. Оставляя в стороне вопрос о правомерности юридической фикции данной доктрины по сравнению с предшествующей ей теорией общественного договора, можно увидеть тем не менее, что цель этого направления мысли — не устранение принуждения из правового процесса, но перенос акцента с подчинения посредством силы на добровольное согласие или молчаливое ее допущение. Более того, целью здесь является стремление показать, что на существование права не только не влияет сам факт успешного и регулярного применения силы к тем поданным, которые бросают вызов его нормам или игнорируют их, но в конечном итоге оно самостоятельно само по себе, независимо от того, будет ли оказано принудительное

воздействие на его нарушителей или нет. Таким образом, правовое принуждение сводится к простой технической процедуре, не имеющей принципиального значения для существования права как социального феномена.

Сила в международном праве.

В современном мире эта точка зрения считается имеющей особую значимость скорее для международного, а не для национального права. В сфере действия последнего роль принуждения в правовом процессе мало кем оспаривается, хотя и здесь (как будет показано ниже) подчеркивается, что чрезмерный акцент на применении силы влечет за собой неоправданно преувеличенное влияние механизма уголовно-правового регулирования на национальную правовую систему в целом, искажая ее действительную природу. Однако в области современных международных отношений сложилась система норм, не всегда, правда, точных и определенных, но признаваемых всем мировым сообществом в качестве императивных и подлежащих исполнению без применения принуждения в виду отсутствия международно-правовых механизмов, которые бы выполняли роль полицейского и судебного пристава в национальном праве. Эти нормы, тем не менее, составляют систему международного права, и многие из вышеприведенных аргументов призваны доказать жизнеспособность его функционирования, несмотря на отсутствие надлежащей системы принуждения на международном уровне. Действительно, только ирония может вызвать стремление некоторых кругов рассматривать предпринимаемые время от времени международным сообществом попытки использовать принуждение в процессе превращения международного права в действительно эффективный инструмент регулирования межгосударственных отношений, как отказ от права в пользу применения силы со стороны ООН. Такой критикой сопровождались, например, действия международных сил ООН во время Суэцкого кризиса и в бельгийском Конго. (5аа).

Далее будет показано, что те, кто выступает против принуждения посредством силы, на самом деле пытаются трак-

товать правовой процесс исключительно с точки зрения авторитета власти в ущерб элементу силы (если не полностью её отрицая), тогда как концепция принуждения в праве выдвигает на первый план применение силы (в ущерб авторитету власти) и пренебрегает авторитетом власти. Фактически же для создания всеобъемлющей концепции права необходимо принимать в расчет оба эти элемента, хотя это отнюдь не означает, что следует отдавать предпочтение семантическому подходу, согласно которому право должно обладать двумя указанными элементами в полном объеме. Иначе это не право. Право, как и мораль, представляет собой очень гибкую концепцию, и существует масса ситуаций, как это будет показано ниже, когда применение понятийного аппарата правовой доктрины полностью оправдано и целесообразно, хотя некоторые черты права, рассматриваемого, по определению Вебера, в качестве «идеального типа», отсутствуют вовсе или присутствуют в очень стертой форме. Таким образом, можно рассматривать принуждение как часть «идеального типа» права, признавая в то же время, в силу иных причин, что международное право имеет все основания называться таковым, несмотря на незначительное присутствие организованного силового принуждения, созданного на данный момент в рамках его системы. Опять же в менее развитых обществах, как будет показано ниже, принуждение имеет тенденцию принимать форму не централизованной силы государства, а скорее отдельного индивида, использующего помощь своих соплеменников для защиты собственных прав. С точки зрения моралиста, кровная вражда может рассматриваться в качестве антитезы права, тогда как у юриста могут все же найтись веские причины для определения этого кажущегося анархическим процесса в правовых терминах, хотя он и может быть очень далек от «идеального типа» права, составляющего предмет юриспруденции. (5Б)

Теоретик права, подобно другим учёным, занятым в сфере социальных исследований, стремится раскрыть общую структуру предмета изучения. Для этой цели он нуждается в понятийном аппарате, представляющем сис-

тему классификации, в рамках которой он сможет анализировать и сравнивать различные явления, происходящие в обществе. Именно такой тип классификации Вебер называл «идеальным». Он представляет собой всего лишь «обобщенное аналитическое построение. В своей концептуальной чистоте такое умозраительное построение не встречается на практике. Это - Утопия... Она носит характер модели-эталона, с которым сравниваются реальные ситуации или действия». (6)

То, что правовую науку следует рассматривать как непрерывный процесс, наглядно иллюстрирует анализ роли принуждения в международном праве. Подобно тому, как существует бесконечное множество градаций применения силы, от кровной мести до процедуры наказания за отказ выполнить решение современного суда, так и в системе международных отношений может развиваться широкий спектр различных процессов, и в некоторых из них возможно присутствие той или иной формы силового принуждения. Тем не менее, принуждение на межгосударственном уровне всегда отличается от принуждения индивида средствами национального права.

Сама суть проблемы выглядит иной, когда принуждение применяется к целым нациям, так как в этом случае применение силы может повлечь за собой уничтожение человеческих жизней и собственности в огромных масштабах. Несомненно, что даже на национальном уровне право в современных условиях должно предусматривать применение принуждения в рамках закона к отдельным гражданам или организациям, например, в случаях возбуждения уголовных дел против крупных корпораций, собственность которых сравнима с собственностью некоторых независимых государств. Факт остается фактом: национальное право в конечном счете всегда может принудить силой отдельных лиц выполнять свои законы, — например, директоров или сотрудников корпораций, — и наложить арест на корпоративную собственность, так же как оно это делает в отношении собственности отдельных граждан. (6a) Эти меры, вполне сравнимые между собой, хотя и отличающиеся по своему

характеру и диапазону воздействия, можно постепенно распространить и на область международных отношений, что представляется вполне разумным. Правда, процесс этот может быть долгим и трудным и не всегда однонаправленным, (баа) Цель правовой науки как раз и заключается в том, чтобы адаптировать устоявшиеся понятия к новым условиям путем отказа от определения понятия права, в котором бы подчеркивалась или отрицалась роль принуждения, в пользу систематически проводимой оценки форм принуждения и его места в системе правоотношений. Подобное исследование, принимающее во внимание эволюцию человеческих взаимоотношений, может повлечь за собой постоянный пересмотр моделей и концепций, в свете которого и будет анализироваться и классифицироваться право человеческого общества. Иными словами, современная теория права требует динамичного, а не статичного подхода.

Можно ли обойтись без применения силы?

Остается открытым вопрос, насколько в современных условиях оправдано включение элемента принуждения в ныне действующую модель права. В сфере международного права принуждение, как было показано выше, играет незначительную роль. И даже в национальном праве обычно признается, что люди в большинстве случаев подчиняются закону именно потому, что это — закон, а не из страха наказания в случае неповиновения. Почему тогда такой упор делается на применение силы, которая, по мнению многих, скорее является атрибутом тирании, чем права, и которую следует рассматривать в качестве потенциальной угрозы подрыва морального авторитета самого права? Здесь очень важно отметить, что рассматриваемая модель, или «идеальный тип» права, может и не совпадать с действующим правом в конкретной стране. Тем не менее подобная модель должна создаваться из элементов, отвечающих развитию человеческого опыта. Иначе она будет бесполезной, поскольку на нее нельзя будет опереться. О чем же свидетельствует этот опыт? Несомненно, что на всех стадиях общественного развития эффективность права в конечном итоге зависела от

степени организованного принуждения, на которое оно опиралось. Может показаться, что это не относилось к первобытному обществу. Но такой взгляд, когда-то не подвергавшийся сомнению, опровергается современной антропологией, как это будет показано в дальнейшем при анализе обычного права. Антропология тщательно изучила, объяснила и показала роль санкций во многих примитивных сообществах, как в прошлом, так и существующих в наше время. (6Б) Далее, если сравнить относительную анархию феодального общества, в котором принудительное исполнение закона во многом зависело от родовых кланов, поддерживаемых сильной рукой местных сюзеренов, с централизованным аппаратом современного государства, то можно увидеть, как много выигрывает авторитет права благодаря существованию постоянно действующего механизма принуждения.

Но объяснение роли принуждения в праве, как регуляторе человеческих отношений, вероятно, лежит гораздо глубже. Психоанализ научил различать под психологической маской человека факторы его поведения, вытесненные в подсознание. Среди этих факторов необходимо считаться не только со стремлением людей к социальному сотрудничеству, которое, по знаменитому выражению Аристотеля, делает человека «политическим животным», но и с явно выраженной склонностью к агрессии. Её необходимо эффективно подавлять, чтобы подчинить индивида правилам человеческого общежития. Отсюда и потребность, — как это признавалось еще самим З.Фрейдом, — в необходимости принуждения. Фрейд верил, что проявления человеческой агрессивности поддаются подавлению и сублимации, но искоренить их полностью невозможно. Так что неотъемлемой частью цивилизации всегда будет борьба между общественными устремлениями человека и его природной склонностью к агрессии. О перспективах избавления от этой склонности Фрейд писал: «Тогда наступил бы Золотой век, но очень сомнительно, что подобное положение вещей станет когда-нибудь возможным. Представляется более вероятным в этой связи, что любая цивилизация должна строиться на принуждении и инстинкте неподчинения». (7) Позднее

он заявлял следующее: «Люди — существа недобрые, недружелюбные... они совсем не похожи на тех, которые просто защищают себя, когда на них нападают...; стремление к агрессии является мощным первобытным инстинктом, с которым нельзя не считаться ...» (8) Более того, сам процесс подавления антиобщественных проявлений порождает фрустрации (разочарования), которые служат важной причиной многих социальных болезней, характерных для нынешнего этапа развития цивилизации. Один современный комментатор учения З. Фрейда, рассуждая о роли этических норм в человеческом обществе, выразил отношение «отца» психоанализа к данной проблеме следующим образом: «Эти этические нормы были необходимы — без них становление цивилизации было бы невозможно, — но в то же время они самым плачевным образом исказили самые глубинные побуждения человека. Именно по этой причине Фрейд столь упорно настаивал на необходимости взаимосвязи между цивилизованным обществом и принуждением, как элементом действующего в нем социального порядка». (9) К этому можно добавить, что вся новейшая история служит убедительным доказательством существования и силы таких агрессивных побуждений, равно как и разъедающих наше общество «фрустраций». Поэтому диагноз Фрейда, хотя и звучащий как приговор, не следует отвергать, несмотря на его не вполне научное обоснование. (10)

Конечно, всегда существует надежда, что человеческая природа может измениться и что в конечном итоге на практике восторжествует более гармоничный социальный порядок. «Даже если де Местр был прав, утверждая, что палач всегда был стержнем структуры гражданского общества, то и в этом случае можно возразить, что это не является объективной необходимостью и что во всех случаях это будет именно так». (И)

Современность и уроки истории свидетельствуют со всей очевидностью, что модель права, призванная служить действенным инструментом контроля, но игнорирующая или умаляющая значение фактора принуждения, не характерна для современного общества. Конечно, если

верить в неизбежность появления нового социального порядка, в котором нет места для принуждения, то ныне действующая модель правового регулирования может потребовать кардинальных изменений. Однако в настоящий момент к подобным сентенциям следует, по-видимому, подходить с большой долей скептицизма.

НОРМЫ, РЕГУЛИРУЮЩИЕ ПРИМЕНЕНИЕ СИЛЫ

Итак, важным элементом современной «модели» правовой системы являются нормы, регулирующие применение силы для обеспечения функционирования других ее элементов, которые содержат правила поведения всех тех, кто подпадает под действие данной системы. Амплитуда «силового блока» модели может быть очень широкой : от примитивного правопорядка, нормы которого не идут дальше простого регулирования кровной мести; или международного правопорядка с его рудиментарными нормами, наделяющими какой-либо орган, например ООН, компетенцией использовать силу *ad hoc* на межгосударственном уровне для установления контроля в ситуациях, представляющих угрозу миру, как это было, например, в случаях вооруженных конфликтов в Бейруте и на Ближнем Востоке; до сильно развитой системы государственного управления, в которой принуждение осуществляется судами, чиновниками, полицейскими, судебными приставами и пр.

Для развитого государственного права характерно, что по мере более тщательного регулирования применения силы и все более эффективного наказания нарушителей, само силовое принуждение все больше отходит на дальний план. И в этом отношении бюрократическое государство начинает, таким образом, напоминать тот порядок, от которого оно теоретически должно отличаться самым решительным образом, — а именно: личное харизматическое правление, при котором авторитет власти превосходит необходимость в использовании силы. Это часто приводит к появлению точки зрения, которая уже разбиралась выше, что сила никогда не являлась или по крайней мере перестала представлять собой важнейший составной элемент пра-

ва. Выражаясь словами современного юриста, это – «фатальная иллюзия». В целом же это высказывание достойно того, чтобы привести его здесь полностью: «Само насилие, однако, в значительной степени отодвинуто в тень. И чем дальше оно там остается, тем более эффективно и бесперебойно функционирует правовой механизм. В этом отношении многие современные государства достигли небывалого успеха, сравнимого с чудом, если принять во внимание человеческую натуру. При надлежащих условиях применение насилия в прямом смысле настолько сводится к минимуму, что становится почти незаметным.

Подобное положение вещей может привести к появлению убеждения, что насилие чуждо праву или, по крайней мере, не имеет первостепенной важности. Это, однако, — фатальная иллюзия. Одним из основных условий кардинального ограничения применения насилия является наличие организованной силы, превосходящей силу возможных оппонентов. Обычно это и является целью государств с современной системой власти. Сопротивление признается таким образом бесполезным. Число лиц, призванных использовать силу в уголовных и гражданских делах, невелико, но они хорошо организованы и в каждом конкретном случае занимаются лишь отдельным индивидом или группой индивидов». (12)

Прежде, чем завершить обсуждение предмета данной главы необходимо остановиться еще на двух моментах. Во-первых, в развитой правовой системе действие норм, которые были определены в качестве регулирующих использование силы, может быть соответствующим образом распространено на весь процесс осуществления права, поскольку нормы по применению государством мер насилия, такие, как тюремное заключение или вынесение смертного приговора, представляют собой только заключительную стадию — (до неё во многих случаях, а по гражданским делам в особенности, почти и никогда не доходит) — длительной процедуры, в соответствии с которой происходит слушание дела, регулируется его ход и принимаются решения. Они то и служат основанием для применения мер принуждения со стороны

государства * определенным лицам (13). Подобные процедуры не обязательно носят судебный или чисто судебный характер, поскольку по закону меры принуждения могут применяться по решению исполнительных или административных органов, как, например, в Англии, когда Министр внутренних дел издает приказ о задержании и депортации нелегального иммигранта.(14) Нормы по использованию силы могут рассматриваться, таким образом, в качестве всего лишь одной, хотя и очень важной, главы в объемном собрании правил и норм, формирующих механизм применения законов, посредством которого основные права и обязанности претворяются в жизнь. Это совсем не означает, что в правовых системах всегда присутствуют нормы, классифицированные по таким стройным категориям. Но указанные выше различия очень важны, так как способствуют формированию четкого представления об «идеальном типе» права, которому существующие правовые системы соответствуют в большей или меньшей степени.

Во-вторых, важность элемента принуждения в праве иногда трактуется совершенно неправильно или слишком широко, подразумевая, что ни одна норма, нарушение которой не влечет за собой применения насилия со стороны государства (или «санкцию» по наиболее частому выражению юристов), не может считаться правовой нормой. Такая точка зрения особенно ассоциируется с так называемой «командной теорией права», разработанной юристом Джоном Остином. Она оказала большое влияние на страны обычного права, особенно на Англию. Этой теории еще будет уделено внимание в данной книге. Здесь же достаточно отметить, что хотя принуждение может являться необходимым элементом эффективной правовой системы, отнюдь не каждая её норма должна содержать в обязательном порядке карательную санкцию. Наоборот, как будет показано ниже, в современных системах все явственнее проявляется тенденция определять в законодательном Порядке обязанности, имеющие существенное значение, Но не обеспеченные санкциями. Однако было бы странным считать подобные обязанности неправовыми.

3 .
ПРАВО И МОРАЛЬ

В предыдущей главе было показано, что аура легитимности, окружающая авторитет права, в значительной степени ассоциируется с верой в моральный долг повиноваться закону. В то же время подчеркивалось, что взаимосвязь между правом и моралью носит довольно сложный характер. Цель данной главы — исследовать эту взаимосвязь более полно и обобщенно. Последующие четыре главы будут посвящены специфическим аспектам данной проблемы. Во-первых, речь пойдет о концепции естественного права, согласно которой высший закон осуществляет регулирование и контроль над позитивным правом, созданным человеком. Во-вторых, будет изложена позитивистская теория, рассматривающая действующее право в качестве имеющего абсолютно автономную сферу действия, где ему не может противодействовать естественное или какое-либо другое; затем проанализирована проблема права и правосудия, и, наконец, отношение права к свободе. В объеме этих пяти глав будут рассмотрены различные аспекты вечной проблемы: как право, созданное человеком, («позитивное право», по терминологии, наиболее часто используемой юристами; этот термин и будет использоваться в дальнейшем) соотносится с системой ценностей, придающих смысл и цель человеческой жизни и наделяющих ее именно теми качествами, которые отличают род людской от других живых существ.

ПРАВО И РЕЛИГИЯ

В современном мире привыкли к чисто светской концепции права, как права, созданного человеком и для человека. Соответственно, оно всегда трактуется исключи-

тельно в условиях человеческой жизни и деятельности. Совершенно иным был подход к праву на более ранних стадиях человеческой истории: оно рассматривалось как нечто святое, имеющее небесное или божественное происхождение. Право, мораль и религия непреложно считались взаимосвязанными. И действительно, можно увидеть божественное происхождение некоторых законов, например Десяти Заповедей. В то же время другие, имеющие явно земной источник, наделялись божественной аурой по воле законодателя, претендовавшего на сошедшее на него с небес откровение. Более того, в древние времена существовала тенденция относиться к законодателям как к мифическим, полубожественным или героическим существам. Типичное отношение к законодателю в Древней Греции описано в первом абзаце «Законов» Платона, где афиняне спрашивают жителей Крита: «Кому принадлежит честь издавать законы? Богу или человеку?» На что те отвечают: «Ну конечно же, Богу, Богу и только Богу». (1)

Это простодушное чувство уверенности, что источником права является религия и можно взывать к божественным или полубожественным силам для наказания неповинующихся, в значительной степени объясняет ауру авторитета права, и особенно веру, о которой говорилось выше, в моральный долг повиноваться закону. Ни на одного из тех, кто твердо убежден, что боги свыше прямо или косвенно, через посредство избранных людей, прописали нетленными огненными буквами законы, не произведет никакого впечатления точка зрения современных юристов, например Остина, что действительность права напрямую зависит от должным образом узаконенных наказаний или санкций. Нельзя сказать, что наказание не играло никакой роли на ранних стадиях развития права; наоборот, античные системы Демонстрировали изощренность в изобретении и применении наказаний самого ужасающего характера, от Различного рода пыток и четвертования до таких «курьезных» изобретений Древнего Рима, как сбрасывание

отце- и матереубийц в море зашитыми в мешок вместе с собакой, петухом, змеей и обезьяной. Но даже, если провинившийся мог избежать наказания со стороны людей, не проявивших должной бдительности, он не мог уйти от божьей кары, настигавшей его рано или поздно,— таково было всеобщее убеждение. Известная история Ореста, столь драматично изложенная древнегреческими авторами, наглядно иллюстрирует веру в божественное вмешательство в судьбы тех, кто осмелился нарушить закон. Орест, мстя за своего убитого отца, убивает мать и ее любовника. Но появляются небесные Фурии, которые начинают преследовать Ореста за убийство, хотя в конечном итоге их и удается умиротворить с помощью богини Афины. Эта история также показывает достаточную степень гибкости в осуществлении божественного правосудия, хотя, может быть, это результат древнегреческого политеизма, когда один бог противостоит другому, и это противоборство смягчает суровую кару закона. С развитием иудейской концепции монотеизма строгая и негибкая воля Бога значительно уменьшила возможность достижения относительно легкого морального компромисса по сравнению с другими религиями, основанными на вере в целый пантеон бесконечно конфликтующих между собой богов.

Хотя, таким образом, религия и сыграла основную роль в наделении права некоей святостью, не следует полагать, что правовая система той или иной страны в целом рассматривалась как прямо или косвенно Богом данная. Обычно существовало разграничение между теми правовыми нормами, которые рассматривались в качестве основополагающих и неизменных, поскольку они закрепляли саму структуру общества и отношение его членов к правителям и ко всему вселенскому порядку, и теми, которые создавались самим человеком и не носили космического характера. Несомненно, что в обществе подобном Древнему Египту, где правящий фараон считался воплощением Бога на земле, такое различие было

заметить достаточно трудно, поскольку каждый указ высочайшего повелителя, даже по самому незначительному поводу, нес на себе отпечаток божественной власти. Тем не менее, по большей части античные общества не обожествляли своих правителей. И поэтому существовало четкое различие между божественной и человеческой сферами права.

ИУДЕЙСКОЕ И ГРЕЧЕСКОЕ ВЛИЯНИЯ

В античное время в реальной жизни, в первую очередь иудеев и греков, особенно наглядно проявлялся контраст между земным и божественным, и это в значительной мере повлияло на всю западную концепцию права в дальнейшем. Иудеи отвергали систему политеизма и божественных правителей, заменив её абсолютным монотеизмом. Их единый Бог устанавливает правила морали для всего человечества, а соблюдение этих правил обеспечивается угрозой божественного наказания нарушителей, будь то отдельные люди или целые народы. Иудейские пророки без устали вдохновенно проповедовали как Божьи заповеди (законы), которые должны неукоснительно соблюдаться в одинаковой мере простыми людьми и правителями, так и неотвратимость наказания Богом каждого, осмелившегося нарушить его волю. Правители, ~ а иудеи признавали царей помазанниками Божьими, обладающими в силу этого божественной святостью, — также могли издавать законы, обязательные к исполнению. Но что, если эти законы вступали в противоречие с Божьей волей? И как можно было узнать саму эту Божью волю?

В эпоху великих пророков иудейской истории, как это записано в позднейших книгах Ветхого Завета, не существовало никаких сомнений при ответе на эти вопросы. Цари предполагали, но Бог располагал. И ни один царский указ не мог противостоять воле Всемогущего Бога, выраженной в Законах Моисея. Ветхий Завет содержит много историй о справедливом наказании **Правителей** и целых народов, нарушивших эти законы в

результате несправедного образа жизни или служения чужим богам. Когда воля Божья не была прямо выражена в божественных скрижалях, она провозглашалась устами пророков, представлявших собой одно из уникальнейших явлений в истории человечества. Не обладая какими-либо государственными и церковными званиями, эти люди, лишь в силу своей личной харизмы и всепоглощающего стремления служить воле Божьей, оказались способны в конечном итоге утвердить идею о божественном происхождении верховенства морального закона во вселенной. Требования этого закона основывались не на указаниях правителей и священников, но на провидении и интуиции боговдохновенных личностей, через которых Всевышний сообщал свои божественные откровения всему человечеству. Уже сам такой способ провозглашения моральных законов Богом достаточно ясно показывал, что законы, издаваемые земными правителями могли противоречить, а зачастую и действительно противоречили божественным заповедям, которые Всевышний установил для управления людьми. Этим также доказывалось, что создаваемые человеком законы не могут по силе своего воздействия соперничать с божественными, которые правителям не дано ни провозглашать, ни толковать.

Возможность противоречий между законом человека, даже являющимся помазанником Божьим, и законом Всевышнего породила моральную дилемму, перед которой стоит современный человек. Право, с одной стороны, и мораль и религия, с другой, часто говорят на разных языках, и несмотря на ауру авторитета власти и моральную силу, которую может иметь правовая система, созданная человеком, она, тем не менее, может вступать в противоречие с той самой моралью, на которой и держится весь ее авторитет. Невозможно переоценить тот вклад, который иудеи внесли в развитие человеческого духа, отказавшись рассматривать право, созданное человеком, в качестве неперемennого олицетворения морали. Но здесь следует сделать две оговорки.

Во-первых, иудейский взгляд на божественный закон действительно возник как результат отождествления права и морали, поскольку единственным подлинным законом признавался тот, в котором воплощалась воля Божья. Все же другие указы, исходившие от властей, не признавались таковыми. Закон, таким образом, действительно представлял собой лишь нравственный или религиозный закон, провозглашенный Богом или боговдохновенными избранниками, и посему открывал возможность теократическим формам правления, которые получили распространение в еврейском государстве во времена после пророков и на ранней стадии Кальвинизма и в которых право и мораль составляли единое целое, и ни один закон не признавался в качестве такового, если не обладал божественным откровением. Как следствие этого любой потенциальный конфликт между созданным человеком правом и моралью однозначно решался в пользу последней путем толкования всех действующих законов в качестве воплощения морального закона. Такая ситуация таит в себе опасность, которую особенно подчеркивает второй аспект изложенной выше иудейской концепции. Он заключается в том, что источник морального закона, непререкаемого до тех пор, пока он записан в божественных скрижалях, находится во власти тех, кто может убедить себя и других в своей боговдохновенности. Более того, даже сами скрижали содержат множество сомнительных и неясных фраз, зачастую написанных двусмысленным и темным языком, которые нуждаются в авторитетном толковании для придания им силы закона. Отсюда и неограниченные возможности для субъективного толкования и амбиций тех, кто в условиях конкурирующих верований и фанатизма стремится навязать свою волю своим приверженцам и одновременно разоблачить (а по возможности и наказать) тех, кто придерживается других взглядов или по-другому трактует эти законы. Более того, поскольку каждое отклонение от принятого Толкования должно рассматриваться как отрицание во-

ли Божьей, то нет ничего удивительного в том, что в расхождении во мнениях по обсуждаемым вопросам усматривали тяжкое преступление. Такого никогда не может случиться в спорах по обсуждению вопросов права, созданного человеком. Результатом подобного подхода чаще всего оказывался либо триумф негибких ортодоксов, жесткие моральные догмы которых пронизали все аспекты жизни общества, как это было в Женеве во времена Ж.Кальвина, либо настоящий разгул анархии, когда каждый мог трактовать право в зависимости от собственных моральных устоев. Последняя ситуация достаточно часто имела место в различных областях Германии на ранней стадии Реформации, когда фанатичные лидеры сект подобных Анабаптистам пытались навязать свои фанатичные убеждения всему обществу, охваченному религиозным рвением, столь характерным для того периода.

Отношение иудеев к моральному закону, с его призывом к личному прозрению и божественному откровению, неизбежно подчеркивало иррациональные и мистические элементы веры. Пути Господни неисповедимы, покрыты тайной и не подвластны пониманию человека, как говорится в Книге Иова, но человек должен с любовью подчиниться Воле Божьей, даже если он и не понимает ее промысла. «Вот, Он убивает меня, но я буду надеяться...» (2) При таком подходе, далеком от того, чтобы предполагать наличие рационального морального порядка, поддающегося объяснению с точки зрения человеческого разума, непознаваемость мироздания служит единственным оправданием веры. «Credo quia absurdum» (Верю, потому что абсурдно) — такова максима подобной иррациональности.

Именно в этом пункте вера древних греков в разумный порядок вселенной, в которой царят рациональные законы, противостоит моральному мистицизму. Несомненно, и в древнегреческой религии и философии присутствовали сильные мистические и иррациональные элементы, как это доказывают Орфические гимны и Пи-

фагореизм. Также и Рок играл мистическую роль в космических и земных делах, решая человеческие судьбы неисповедимым образом (например, легенда о Царе Эдипе), когда даже боги были бессильны изменить что-либо. Но в противовес этим элементам в древнегреческой мысли получила также сильное развитие и тяга к рационализму, убеждение в том, что физический и моральный порядок в мире основываются на разумных принципах и что человеческий разум является частью этой рациональной природы вселенной и может понять ее. Современная вера в научный прогресс очень многим обязана такому взгляду на мир, равно как и уверенность в возможности существования рационалистической философии, которая сможет объяснить высшие принципы физического строения вселенной и морального порядка, управляющего поведением людей, а также отношение людей друг к другу и к миру в целом. Такая вера в человеческий разум в моральной сфере с очевидностью влечет за собой идею рациональной природы законов морали. Их императивный характер вытекает из признания человеческим разумом уже в силу своей природы рационального решения в качестве нравственного или подлинного: поскольку вся вселенная зиждется на рациональном порядке, разум требует признать те правила, которые отвечают критерию рациональности.

Греческие философы осознавали, что законы, созданные человеком и действовавшие в различных обществах, существенно различались между собой и что многие из них либо просто противоречили разуму, либо не поддавались объяснению с рациональной точки зрения. Греки не ставили знака равенства между законом Всевышнего и человеческими законами по древнеиудейскому образцу, но и не утверждали, что существование или действительность законов, созданных человеком, находились под контролем и влиянием высшего закона разума. В следующей главе более подробно будет рассмотрено развитие Идей естественного права древнегреческими мыслителями. Здесь же достаточно подчеркнуть, что, по их мне-

нию, человеческие законы, независимо от того, были ли они обязаны отчасти своим происхождением божественным или полубожественным источникам, обладали самостоятельностью. Их существование не зависело от божественного происхождения, хотя последнее и могло наделить их особым ореолом святости. В то же время человеческие законы, хотя и автономные сами по себе, могли подвергаться проверке моральными принципами, а это означало, в конечном счете, — их проверке на оселке идеального разума, присущего, по убеждению греков, вселенной в целом.

Моральный долг повиноваться закону

Взгляды древних греков и иудеев на закон имели одну очень важную общую черту: эти народы, каждый по своему, подчеркивали возможность конфликта между обязательствами, налагаемыми человеческим законом, и требованиями нравственного закона. С точки зрения древних иудеев, не было ничего проще, как проигнорировать изданный человеком закон (например, допускавший кровосмешение), который противоречил закону Всевышнего и поэтому не имел никакой силы. Все наказания и санкции со стороны людей также не могли преодолеть волю Божью, и следовало положиться на справедливость Всевышнего, которая обязательно (хотя, может быть, и неисповедимым образом) восторжествует при окончательном сведении счетов между правителем, его подданными и их Творцом.

Более сложным был подход древних греков, поскольку для них явно существовало осознанное чувство морального долга повиноваться государственному закону даже в том случае, когда они считали его неправильным или аморальным. Их позицию не ослабляла, как в случае с древнееврейскими пророками, ни вера в обязательное тождество права и морали, ни уверенность в том, что закон, даже противоречащий разуму, становится по этой причине менее действенным. Это хорошо показано Платоном в следующем отрывке из его знаменитого диалога

«Критон», когда Сократ объясняет своему собеседнику, что, хотя вынесенный ему приговор, может быть и несправедлив, тот все же должен повиноваться решению государства и будет неправ, если попытается избежать наказания:

СОКРАТ: ...если ты признал что-нибудь справедливым, нужно ли это исполнять или не нужно?

КРИТОН: Нужно.

СОКРАТ: Вот и делай вывод: уходя отсюда без согласия государства, не причиняем ли мы этим кому-нибудь зла, и если да, то не тем ли, кому всего менее следует его причинять? И не приступаем ли мы то, что сами признали справедливым?

КРИТОН: Я не могу отвечать на твой вопрос, Сократ, потому что не понимаю его.

СОКРАТ: Тогда посмотри вот как: если бы, чуть только собрались мы отсюда удрать, — или как бы мы это там ни назвали — вдруг пришли законы и само государство и, заступив нам дорогу, спросили : «Скажи-ка, Сократ, что это ты задумал? Не замыслил ли ты поступком, который собираешься совершить, погубить, насколько от тебя зависит, нас, Законы, и все Государство? Или, по-твоему, еще может стоять целым и невредимым то государство, в котором судебные приговоры не имеют никакой силы, но по воле частных лиц становятся недействительными и отменяются?» Что скажем мы на эти и на подобные вопросы, Критон? Ведь всякий — не только оратор — может многое сказать в защиту этого поправленного закона, который требует, чтобы судебные решения сохраняли свою силу. Или, может быть, мы скажем им: «Государство поступило с нами несправедливо и неправильно решило дело?» Так мы, что ли скажем?

КРИТОН: Именно так, клянусь Зевсом, Сократ.

СОКРАТ: А что сказали бы Законы? «Разве мы с тобой, Сократ, уславливались и об этом или только о том, чтобы выполнять судебные решения, вынесенные Государством?» ...А раз ты родился, взращен и воспитан, можешь ли ты отрицать, что ты наше порождение и наш не-

вольник — и ты и твои предки? Если же это так, неужели же ты считаешь, что твои права и наши права равны? ... Если бы у тебя был отец, то с ним ты не был бы равноправен, то же самое и с твоим господином, будь у тебя господин, — так что если бы ты от них что терпел, то не мог бы воздавать им тем же: отвечать бранью на брань, побоями на побои...; неужели же с Отечеством и Законами всё это тебе позволено? И если мы вознамеримся тебя погубить, находя это справедливым, то ты, насколько это от тебя зависит, вознамеришься погубить нас, то есть Законы Отечества, и при этом будешь говорить, что поступаешь справедливо, — ты, который поистине заботишься о добродетели! Или ты уж настолько мудр, что не замечаешь того, что Отечество дороже и матери, и отца, и всех остальных предков, что оно более почтенно, более свято... перед ним надо благоговеть, ему надо покоряться ... Надо либо его переубедить, либо исполнять то, что оно велит, а если оно к чему приговорит, то нужно терпеть невозмутимо, будут ли то побои или оковы, пошлет ли оно на войну, на раны и смерть; все это надо выполнять, ибо в этом заключена справедливость... И на войне, и на суде, и повсюду надо исполнять то, что велит Государство и Отечество, или же стараться переубедить его и объяснить, в чем состоит справедливость. Учинять же насилие над матерью или над отцом, а тем паче над Отечеством — нечестиво».

Что мы на это скажем, Критон? Правду ли говорят Законы или нет?

КРИТОН: Мне кажется, правду. (3)

Граждане Афин в IV веке до н. э. нередко сталкивались с этой болезненной дилеммой: их высшее неписаное право обязывало их быть законопослушными, даже несмотря на то, что неукоснительное следование законам, как показал Платон в случае с Сократом, могло привести к вынесению смертного приговора самому справедливейшему из людей. В ответ на эту дилемму Платон позднее предложил свой собственный ответ, за-

ключавшийся в том, что гражданин только тогда может пожертвовать своей жизнью ради государства, когда само это государство является воплощением идеи добра. Другими словами, Платон настаивал на отождествлении права и морали, но основанных не на слепой вере, а на человеческом разуме и мудрости. Далее об этом будет сказано более подробно (4), а сейчас особого внимания заслуживают следующие моменты из «Критона». Первый — это признание того, что повиновение законам своего государства само по себе является высочайшим моральным принципом. И поэтому не столь существенно, что Сократ в своих доводах исходит из соглашения (ранней формы общественного договора) между гражданами и государством о строгом соблюдении действующих законов, независимо от связанных с этим последствий для отдельного гражданина. Но тут возникает очень важный второй момент — моральный закон, независимый от законов государства, позволяющий выявить безнравственность или несправедливость его отдельных правовых актов. Но, однако, существует и третье обстоятельство — моральный закон никоим образом не превалирует над действующим в государстве правом в том, что касается каждого конкретного гражданина, так как долг последнего ограничен возможностью лишь попытаться убедить государство в его моральной ошибке. Но если гражданин не сможет этого сделать, то его непреложный долг будет заключаться в том, чтобы бесприкословно подчиняться законам государства, ибо Божественное право требует повиноваться даже несправедливому закону (5). Ничто не смогло бы более наглядно продемонстрировать различие в этом вопросе с верой древних иудеев не только в примат Божественного права над законами государства, но и в непогрешимость Божественных повелений, которые никогда не позволят несправедливости восторжествовать над справедливостью, как бы неисповедимы ни были пути Господни, хотя человеку и не дано сразу и легко распознать это.

Древние евреи свято верили в необходимость повиноваться законам государства только в том случае, если они не противоречат Божественному праву. Греки же, со своей стороны, считали, что действующие у них законы могут вступать в противоречие с моралью, но гражданин, тем не менее, обязан повиноваться их предписаниям, хотя может и даже должен сделать все от него зависящее с целью убедить государство изменить эти законы и привести их в соответствие с требованиями морали. (5а)

ОТНОШЕНИЕ ПРАВА К МОРАЛИ

Представляется верным мнение, что древние греки по своим убеждениям были ближе к доминирующей в современном мире концепции, за исключением определенных оговорок. Разумеется, и в новое время осталось немало сторонников доктрины бесприкословного подчинения индивида государству при любых обстоятельствах. В философии Гегеля (оказавшей в дальнейшем существенное влияние на возникновение теорий тоталитаризма) индивид погружен в «более высокую действительность» государства, высшая мудрость которого вряд ли откроется (как и ожидал Сократ) отдельному гражданину, пытающемуся убедить государство в том, что оно совершило ошибку или что решения его суда несправедливы или аморальны, поскольку само государство и является воплощением нравственной идеи. Но те, кто придерживается демократических и антитоталитарных взглядов, хотя и разделяют в какой-то степени мнение Сократа о моральном долге повиноваться действующему закону, обычно делают упор на условия, ограничивающие этот гражданский долг, в тех случаях, когда требования морали вступают в противоречие с нормами позитивного права. (6) И несмотря на то, что в большинстве случаев при возникновении такого противоречия моральным долгом гражданина все же является повиновение закону (как и считал Сократ) до тех пор, пока путем убеждений не удастся добиться его изменения, будут существовать крайние ситуации, когда действующий закон предписывает явно амо-

ральные действия (как в случае нацистской Германии, где были узаконены бесчеловечные пытки и смертная казнь миллионов ни в чем неповинных людей) и тогда, независимо от требований норм позитивного права, моральный долг будет заключаться скорее в отказе от выполнения такого закона, чем в повиновении ему.

Отличительной чертой этой концепции является признание того, что, хотя право и мораль могут и иметь и действительно имеют в своей основе много общего, не существует обязательного совпадения между императивами права и морали. Действительно, моральный долг диктует подчинение закону, независимо от того, отвечает ли он требованиям морали или нет, однако в случае явного расхождения между принципами морали и права мораль предписывает и оправдывает неподчинение закону. Последствия такого подхода, поднимающего вопросы первоочередной важности, не только для юристов и моралистов, но и для простых граждан, будут рассмотрены в следующей главе. Здесь же целесообразно более подробно остановиться на аспектах возможного совпадения права и морали, а также на причинах, которые заставляют современных юристов отвергать идею полного тождества между этими двумя понятиями.

Отношение права к морали иногда описывается в виде двух окружностей, частично наложенных друг на друга, причем именно общая часть внутри обеих окружностей и составляет сферу полного совпадения права и морали, являясь их единым фундаментом, а внешние части окружностей представляют собой четко разграниченные области, в которых безгранично царствует каждая из этих категорий. Но такая картина представляется, тем не менее, обманчивой, так как предполагает, что поскольку имеется сфера совпадения обеих понятий, то существует и некое тождество между ними. Однако это не всегда так. Можно, например, сказать, что закон, по которому осуждается убийство, исходит из запретов, укоренившихся в общественной морали. Тем не менее, существуют значительные расхождения между моралью и правом

в том, какой именно акт следует считать причиной убийства. В английском праве, если смерть наступает через год и один день после действия, явившегося ее причиной, такое действие не считается убийством, а с точки зрения морали не имеет значения, прошло 366 или 367 дней с момента действия, повлекшего за собой смерть. И все же можно оправдать подобное разграничение в правовых системах, даже иногда весьма произвольное, практической целесообразностью, даже если это прямо противоречит принципам морали.

Тем не менее достаточно легко обнаружить обширную сферу, общую для права и морали. В обоих случаях речь идет о стремлении ввести определенные стандарты поведения, без соблюдения которых человеческое общество вряд ли сможет выжить. И в большинстве этих основополагающих стандартов право и мораль дополняют и усиливают друг друга, сплетая надежную ткань общественной жизни. Только путем воздержания от применения физической силы и от посягательства на чужое имущество, можно обеспечить безопасность общественной жизни, равно как и осуществление мер по обеспечению жизнедеятельности и процветания человеческого общества. Кодексы моральных норм и принципов, требующих от нас отказа от подобных действий, дополняют силу закона, также их запрещающего. А моральное порицание этих действий в свою очередь подкрепляется уголовными и иными санкциями, налагаемыми законом. Правовая система является предпосылкой для морального кодекса. Она служит ему опорой, поскольку, скажем, моральный принцип, требующий уважать чужую собственность, обязательно предполагает наличие правовых норм, которые определяют условия существования собственности (так как «собственность» — понятие юридическое, подразумевающее применение правовых норм с целью выявления того, что подпадает под это понятие, кто и как становится собственником или прекращает им быть, как осуществляется передача прав собственности и т.д.). (7) И поскольку подразумевается, что правовые системы в широком

смысле существуют для поддержания нравственных принципов в обществе, моральный долг повиноваться закону воспринимается в целом всем обществом и играет важную роль в установлении авторитета закона и обеспечении его соблюдения в большинстве случаев без применения мер принуждения.

Близкие параллели между моралью и правом особенно наглядно проявляются в употреблении во многом схожей нормотворческой лексики. В обоих случаях речь идет об установлении правил или «норм» поведения людей, и это выражается как на языке морали, так и права в терминах обязательств и долга или с точки зрения того, что правильно, а что – нет. И законы и моральные принципы постулируют, что наш долг — делать то или это, или что мы должны поступать таким-то образом, или воздержаться от каких-либо действий, и что мы имеем право действовать определенным образом, или что поступать так будет неправильно. Это соответствие языка, хотя оно и подчеркивает взаимосвязь обеих понятий, таит в себе опасность оказаться ловушкой для не очень сведущих людей, поскольку они могут подумать, что право обязательно подразумевает моральное обязательство (представляется, что это заблуждение в определенной степени нашло свое отражение в процитированной выше речи Сократа), или что моральное обязательство должно быть закреплено в законе.

РАЗЛИЧИЕ МЕЖДУ ПРАВОМ И МОРАЛЬЮ

Здесь естественно возникает вопрос о различии между правом и моралью и о причинах этого различия. Представляется целесообразным начать с одного-двух простейших примеров, показывающих, как право и мораль, даже исходя из одной и той же предпосылки, могут далее идти совершенно различными, а иногда даже и диаметрально противоположными путями. Право может порицать и даже наказывать различные формы безнравственного поведения, но в то же время воздерживаться от преследования по закону таких аморальных явлений, как

проституция, содержание любовницы, прелюбодеяние, если в эти действия не вовлечены несовершеннолетние и отсутствует элемент насилия. С другой стороны, моральный долг спасения и сохранения человеческой жизни может во многих случаях не являться гражданской обязанностью по закону. В соответствии с законом родители должны заботиться и защищать своего ребенка, но никакой закон не обязывает приходить на помощь тонущему, даже если ему можно помочь без угрозы собственной жизни. И еще, человек, взявший займы, например, нож у друга, может по закону не иметь «права» отказать требованию возвратить этот нож, даже если у него есть веские причины подозревать, что друг может использовать этот нож в качестве орудия нападения на третье лицо. Во всех этих случаях закон, по той или иной причине, не следует моральным принципам.

Причины такого расхождения различны и не равноценны. Существует множество примеров, когда соображения высшего этического порядка не находят отклика в общественном сознании, и тогда законодатель не создает нормы, позволяющей действовать в соответствии с этими соображениями. Закон может отражать существующую в обществе мораль, хотя последняя постепенно уступает место более утонченному или гуманитарному подходу. Значительная часть сферы действия раннего уголовного права с его жестокими наказаниями за незначительные проступки и постепенный переход (до сих пор не завершённый) к более гуманной пенитенциарной системе отражают взаимоотношение права и господствующих в обществе настроений и постепенное совершенствование как моральных, так и правовых принципов, находящих отражение друг в друге и взаимозависимых. В подобных ситуациях многое обычно зависит от небольшой группы граждан, решительно настроенных и обладающих моральным авторитетом, чтобы повернуть общественное мнение в сторону необходимых правовых реформ. В Англии, например, все законы по защите детей и животных от жестокого обращения были приняты почти исключительно

благодаря такому давлению. И это служит иллюстрацией того, как возникают и признаются общественным мнением новые моральные обязанности, закрепленные в дальнейшем в законодательном порядке, что, в свою очередь, ведет, благодаря их опосредованию правом, к распространению более гуманных взаимоотношений между людьми и к повышению уровня этических стандартов.

С другой стороны, существуют сферы человеческой деятельности, где законодатель сознательно предпочитает воздерживаться от поддержки моральных норм, поскольку считается, что механизм правосудия слишком громоздок и неповоротлив для решения конкретных проблем, и вмешательство в эту сферу скорее повлечет за собой еще большее социальное зло, чем его предотвращение с помощью существующих законов. Примером такого положения в наши дни является отказ от наказания за прелюбодеяние или пьянство, совершаемые в частном порядке. Фактически в некоторых странах (например, в ряде штатов США), где супружеская измена рассматривается как уголовное правонарушение, буква закона мертва, и тем самым наносится большой вред праву в общем плане, поскольку создается впечатление, что с ним можно не считаться. Многие доводы, приводившиеся в 1957 г. Комитетом Уолфендена (8) в пользу изъятия из уголовного законодательства наказания за гомосексуальные отношения, совершаемые в частном порядке по обоюдному согласию совершеннолетними гражданами, основывались на уверенности в том, что закон, который предусматривает подобное наказание, будет очень трудно осуществлять на практике, а если это все же удастся, то может принести больше вреда, чем пользы, так как сделает возможным поощрение шантажа. Комитет привел также аргумент более отвлеченного характера в пользу невмешательства закона в дела подобного рода, а именно: предложение либертэнов, восходящее к Джону Стюарту Миллю о том, что закон не должен вторгаться в дела частного морального поведения, за исключением случаев, когда необходимо поддерживать общественный порядок и защищать гражд-

дан от нанесения им ущерба и оскорблений. Другими словами, существует сфера действия морали, которую лучше оставить наедине с человеческой совестью, как, например, в случае со свободой убеждений и вероисповедания. (8а)

Взгляды либертэнов подвергались суровой критике на том основании, что эффективность уголовного права зависит от того, насколько полно оно включает в себя моральные установки современного общества, а их изъятие из правовой сферы ослабляет моральный авторитет как самого права, так и общества, существование которого это право призвано поддерживать в целом. Отказ признать эту насущную потребность был заклеен как «ошибка юриспруденции» в докладе Уолфендена (8б). Тем не менее, когда задают вопрос, как распознать эти общественные моральные установки, в ответ слышат призыв обратиться к тому, кого закон обозначает как «обычного разумного человека», мужчину (или женщину) со скамьи присяжных, или по еще одному весьма распространенному и поверхностному определению «пассажира автобуса в Клэпхеме» (район Лондона — прим. пер.).

Такой ответ звучит не совсем адекватно, поскольку этот надуманный образец, если он вообще существует, может оказаться человеком, отягощенным массой предубеждений, невежества, собственных нерешенных проблем, хотя взгляд человека с улицы на простые вопросы морали (если вопросы морали могут быть простыми) может служить таким же подходящим критерием, как и другие. Но факт остается фактом: многие подобные вопросы требуют наличия глубоких познаний, проведения тщательных исследований и тонкой аргументации, которые вряд ли можно ожидать от обычного присяжного заседателя.

Пример из законодательства о разводе

Современное законодательство о разводе служит показательной иллюстрацией. До 1969 г. оно основывалось главным образом на доказательстве посягательства на

семейные устои. В частности, имелась в виду супружеская измена, жестокое обращение или уход мужа или жены. В отношении жестокого обращения английские суды в течение достаточно долгого времени придерживались точки зрения, согласно которой подобное поведение мужа должно было быть «направлено» на жену в том смысле, что он отдает себе отчет о возможных серьезных последствиях для ее здоровья. В дальнейшем Палата лордов отказалась от этой точки зрения в пользу объективной проверки и установления того факта, действительно ли поведение одного из супругов было настолько жестоким, что другой не был более обязан мириться с подобным обращением. (9) Закон о разводе 1969 г. отменил прежнее обоснование развода, указав, что его единственным основанием может служить необратимый распад супружеского союза. (9а) Но это может быть доказано лишь путем установления определенных фактов, перечисленных в законе, три из которых очень схожи, хотя и не полностью совпадают, с прежними обоснованиями развода из-за супружеской измены, жестокого обращения и ухода из семьи. В частности, факты, схожие с прежним обоснованием развода по причине жестокого обращения, должны доказывать, что один из супругов вел себя таким образом, что сделал невозможным разумно требовать от другого супруга и дальше продолжать совместную жизнь.

Суды столкнулись с рядом трудностей при разработке критериев, применяемых в подобных случаях. Во-первых, всеми признано, что именно суд, а не потерпевшая сторона, принимает решение о том, разумно ли истцу продолжать совместную жизнь с ответчиком. Суд должен затем рассмотреть поведение ответчика и последствия этого поведения для истца в свете всех перипетий их совместной жизни. Иными словами, как высказался один из судей: «Может ли здравомыслящий человек прийти к заключению, что именно этот муж вел себя таким образом, что именно эта жена не в силах более продолжать совместную жизнь с ним, принимая во внимание все обстоя-

тельствва, характеры и личности обеих сторон?» (9Б) Очень поучительно сравнить дела, по которым выносились положительные решения после выявления вышеперечисленных обстоятельств, с отрицательными для истца решениями. Так, муж получил согласие суда на развод на том основании, что его жена поддерживала отношения с другим мужчиной, хотя факт супружеской измены и не был доказан. (9с) С другой стороны, было отказано в удовлетворении исков, когда муж жаловался, что его жена не проявляет к нему тех чувств, которые он от нее ожидает, а также в случае, когда жена жаловалась, что болезнь мужа сделала его раздражительным и это заставляет его будить ее среди ночи. (9d) Другие судебные решения ясно показали (учитывая прежний закон о жестоком обращении), что психическое расстройство не всегда служит достаточным возражением по иску (9е), хотя могут возникнуть и трудности, когда обжалуемые действия являются совершенно непреднамеренными, как, например, в случае припадка эпилепсии. (10)

Может показаться, что самый простой выход — оставить все подобные вопросы на усмотрение присяжных заседателей, чтобы они, руководствуясь здравым смыслом, в каждом конкретном случае решали, разумно ли требовать от одного из супругов продолжать терпеть поведение другого. Несомненно, это будет определенным решением проблемы. И оно в большинстве случаев видимо приведет к тем же результатам, которых добиваются в настоящее время с помощью гораздо более сложных судебных процедур. Однако, одной из целей судебного процесса является попытка прийти, насколько это возможно, к единообразию результатов по делам аналогичного характера. Это достигается (не всегда с одинаковым успехом) путем применения различных критериев к конкретным делам, рассматриваемым судом. Тем самым постепенно вырабатываются рациональные принципы, которые затем могут применяться во множестве различных ситуаций без малейшего ущемления справедливости. Таким способом общество получает бо-

лее тонкий и изощренный механизм приведения права в соответствие с требованиями современной морали, чем если оно просто оставляет каждое дело на усмотрение обычных присяжных заседателей, которые руководствуются здравым смыслом и собственными моральными соображениями.

История правовых реформ не была бы столь показательной, если бы в пользу перемен, сколь бы желательными они ни провозглашались, не было мобилизовано общественное мнение, поскольку без этих перемен право могло бы утратить свой высокий авторитет. Действительно, как уже было показано выше, очень часто только с изменениями в самом праве постепенно становится более прогрессивным и умонастроение общества в целом. Сомнительно, например, чтобы без поддержки большинства населения можно было бы добиться сокращения числа дел, по которым предусматривалась высшая мера наказания, или вообще отказаться от смертной казни.

Дело о «Женском справочнике»

Концепция непосредственной связи права с существующими в обществе моральными установками очень часто находит свое выражение на практике. В известном деле о «женском справочнике» его издатель, указав адреса и телефоны проституток и предоставив о них другую информацию, был признан виновным в сговоре с целью растления общественной морали. Обвинение поддержала Палата лордов, а судьи особо отметили роль суда как гаранта общественной морали и его долг поддерживать здоровый моральный климат в обществе. (11) Палата лордов не уклонилась от признания того факта, что вынесение подобного вердикта было равнозначно наделению судей и присяжных полномочиями устанавливать новые виды правонарушений в соответствии с требованиями общественной морали, которые время от времени меняются. Роль законодательства в правовой системе в целом будет рассмотрена ниже, поскольку оно представляет собой важную сферу в общем

функционировании права. Особенно это относится к развитым обществам; но дело о «женском справочнике» затрагивает еще и область взаимодействия личной свободы и верховенства права, что более подробно также будет рассмотрено в дальнейшем, когда пойдет речь об отношении права к свободе. По поводу этого дела достаточно подчеркнуть, что определение того, каковы на данный момент требования общественной морали, фактически доверено присяжным, волею случая участвующим в том или ином судебном процессе. В соответствии с английской судебной процедурой дело, однако, предварительно объясняется присяжным заседателям судьей, который, несомненно, попытается передать им свой взгляд на существующую в обществе мораль. Такой механизм вряд ли можно назвать идеальным для развития уголовного права. И приходится лишь удивляться тому, что судьи, которые в других сферах отказываются видеть в прецедентном праве инструмент «узурпации законодательной функции» (12), с олимпийским спокойствием признают перспективу установления новых видов преступлений путем принятия судебного решения, основанного на несколько сомнительном выводе присяжных о требованиях, которые, по их мнению, диктуются общественной моралью.

ПРЕСТУПЛЕНИЕ И НАКАЗАНИЕ

Трудность в достижении согласия по вопросу о том, что является истинным требованием морали, привела к попытке определенных кругов изъять принцип морального осуждения из уголовного права и сосредоточиться на достижении его социальных задач: защитить общество и перевоспитать заключенного, вместо того, чтобы стремиться к несколько туманной цели установления его вины и степени моральной ответственности за совершенное преступление. Некоторые утверждают, что человек не властен определять степень моральной ответственности за противоправное поведение, и что, если бы право ограничивалось лишь более конкретными социальными зада-

чами, которые оно в состоянии осуществить, исчезла бы значительная часть современных противоречий по поводу важнейших вопросов преступления и наказания. (13)

Разумеется, подобное утверждение нельзя опровергнуть с помощью аргументов, согласно которым в юридическом плане для признания человека «виновным» в совершении конкретного преступления достаточно лишь судебного решения, то есть установления факта, что данный человек совершил действие, квалифицируемое законом как преступление. Такая аргументация не учитывает трех важнейших соображений относительно влияния морали на право. Во-первых, понятие «вины» в уголовном праве связывается с идеей моральной ответственности, и тем самым мораль усиливает авторитет права и обязанность следовать его предписаниям. Во-вторых, «ответственность» в праве рассматривается, как исключаящая возможность вины в случае, если существуют некие смягчающие обстоятельства, которые позволяют нам с моральной точки зрения оправдать обвиняемого в совершении поступка, квалифицируемого как преступление. Например, он мог находиться в невменяемом состоянии и не осознавать, что совершает преступление (то есть, если он убивает полицейского, одержимый бредовой идеей, что перед ним солдат иностранной армии, вторгшейся в его страну), или он был принужден под воздействием превосходящей его силы совершить этот акт, либо сделал это в состоянии помутнения рассудка или «автоматически», бессознательно. (14) Смысл (*raison d'etre*) всех этих оправданий в том, что ответственность за совершенное преступление предполагает определенное душевное состояние (определяемое юристами как «*mens rea*», или виновная воля, злоумышление). А обстоятельства, которые служат опровержением этого состояния, могут освободить обвиняемого от юридической ответственности. У данного правила есть исключения — например, преступления, за которые человек всегда отвечает полностью, независимо от его душевного состояния. Но это обычно распространяется только на сравнительно

мелкие правонарушения. (14a) В своем недавнем решении Палата лордов (15) довольно неожиданно признала исключение даже в отношении самого тяжкого преступления — убийства. Согласно ее решению, человек может быть обвинен в совершении убийства, если с точки зрения здравомыслящего человека он обязан был осознать, что его действия нанесут серьезный ущерб жертве. А по сему фактическое душевное состояние обвиняемого в том, что касается предвидения им тяжких последствий для жертвы, не имеет значения. Это решение подверглось суровой критике в Англии и за границей, как сводящее на нет необходимость установления личной ответственности обвиняемого.

В-третьих, мораль оказывает влияние на юридическую ответственность при принятии решения о том, какое будет вынесено наказание. В этой связи существует мнение, что отказ от идеи моральной ответственности за совершенное преступление ведет к более рациональной форме вынесения приговора по сравнению с теми случаями, когда суды (как в настоящее время) пытаются дать оценку не поддающейся точному определению степени моральной вины. Хотя подобные аргументы довольно привлекательны (16), на них можно возразить, что они игнорируют то обстоятельство (возможно и переоцениваемое, как было показано выше, школой «моралистов», но тем не менее имеющее важное значение для функционирования правовой системы), что праву, для обеспечения его непререкаемого авторитета, необходима поддержка моральных убеждений, господствующих в обществе. (17) Более того, трудно понять, как можно устранить идею моральной ответственности из понятия юридической вины за совершенное преступление без подрыва самой основы осознанной ответственности за свои действия и замены ее выяснением того, совершил ли обвиняемый эти действия и если совершил, то каково наилучшее социальное решение, подходящее для данного дела. Представляется маловероятным, по крайней мере на современной стадии развития человеческого общества,

что подобная замена уголовного права, в основе которого лежат принципы морали, будет понятной обществу в целом или что она будет отвечать чувству справедливости простых граждан, от которых, по большому счету, и зависит эффективность правосудия.

Вероятно компромисс может быть найден посредством сохранения понятия вины и ответственности в отношении совершения преступления, с одной стороны, и отказа от этого понятия при принятии решения о наказании — с другой. Таким путем суд сможет избежать весьма сложной, если вообще разрешимой, задачи определения степени моральной ответственности и вместо этого сосредоточиться на рассмотрении вопроса о вероятных по-

действиях наказания для каждого конкретного обвиняемого, во-первых, с учетом наличия доказательств, представленных на основе психиатрической экспертизы, а во-вторых, степени положительного воздействия на него данного наказания. Этот метод, однако, не означает, что при отсутствии оснований для выводов о благотворном влиянии наказания на осужденного, его вообще не следует наказывать. Поскольку суд должен также заботиться и об общественной безопасности, — а это его прямая обязанность в современных условиях, — он наделен правом и обязан потребовать заключения обвиняемого под стражу, если поведение последнего в случае его освобождения может представлять серьезную угрозу для общества. Окончательное освобождение заключенного зависит от того, будет ли его состояние в дальнейшем считаться представляющим угрозу для общественного порядка. Такой же позиции современная система правосудия придерживается и в отношении душевнобольных с преступными наклонностями.

Не исключено, что если бы подобная процедура вынесения приговоров была принята и доказала бы свою эффективность при применении на практике без ущерба для благосостояния государства в большей степени, чем действующая ныне система, она могла бы также выполнять и просветительскую функцию, постепенно подго-

тавливая общественное мнение к мысли, что уголовное право в целом должно заниматься исследованием фактов конкретного преступления, а также социальных, психологических и других аспектов жизни обвиняемого, без необходимости вообще оперировать понятием ответственности. Если бы подобное могло случиться, то вполне возможно, как это утверждает Барбара Вуттон (18), что концепция ответственности постепенно просто бы «увяла». Есть даже некоторые признаки определенного движения в этом направлении в некоторых государствах с развитой социал-демократической системой, в частности, в скандинавских странах. В то же время следует отметить, что такой подход основывается на ряде не всегда доказанных допущений, таких, как возможность современной психиатрии вносить значительный вклад в реабилитацию преступных или социально опасных элементов. Для многих опасность, связанная с отказом признавать моральную ответственность индивида или с умалением ее роли, остается значительно большей, чем та, которая проистекает из очевидных несовершенств существующей системы.

КОНФЛИКТЫ

МЕЖДУ ДЕЙСТВУЮЩИМ ПРАВОМ И МОРАЛЬЮ

Из вышеизложенного следует, что право и мораль взаимосвязаны и взаимодействуют между собой довольно сложным образом. Более того, всегда в любой конкретной ситуации остается возможность серьезных расхождений между обязанностью, налагаемой законом, и моралью. Выше уже были перечислены три основных подхода к подобным расхождениям, но здесь представляется уместным повторить их еще раз.

Согласно первому подходу, право и мораль обязательно должны совпадать или в силу того, что моральный закон диктует фактическое содержание позитивного права, как в теократиях иудеев и кальвинистов, или из-за того, что мораль сама по себе представляет собой содержание предписаний права. Первая альтернатива ведет к предположению,

что на самом деле действует лишь моральный закон и все, что ему не соответствует, не может считаться правовой нормой, обязательной к исполнению. Противоположная точка зрения в рамках этого подхода была весьма популярна среди различных философов. Томас Гоббс, к примеру, утверждал, что мораль в действительности означает не что иное, как повиновение закону, поэтому несправедливый закон — это абсурд с точки зрения терминологии. Гегель в своей мистической теории о моральном превосходстве государства над индивидом также настаивал на том, что у гражданина не может быть более высокого права, чем подчиняться праву государства, частью которого он является, но весьма мелкой и незначительной, с точки зрения государственного масштаба.

Второй подход признает, что закон, создаваемый человеком, и моральный закон действуют каждый в своей сфере, но последний выше и представляет собой оселок для проверки юридической силы человеческих законов. Конфликты между ними следует разрешать в пользу морального закона, хотя последствия такого решения могут быть весьма различны. Например, можно предположить, что в случае конфликта закон, по всей видимости, подлежит отмене, и в силу этого гражданин освобождается от обязанности соблюдать его. С другой стороны, можно сказать, что решение этой проблемы надо оставить на усмотрение Господа Бога и правителя, издавшего несправедливый закон, а долг гражданина в любом случае — подчиняться требованию закона. Очевидно, что существует множество других более или менее логичных и авторитетных вариантов, которые имели хождение в разное время. В широком смысле, однако, эта теория двух законов ~ права и морали — имела со времен Древней Греции и до наших дней большой резонанс и широко обсуждалась в западной юриспруденции, в основном с точки зрения так называемого закона природы или естественного права, который, как полагают, содержит предписания высшего порядка, идущие либо от Бога, либо составляющие часть естественного мирового порядка. Эта

доктрина всегда связывалась с важной идеей «естественных прав» человека, которая сыграла такую огромную роль в развитии демократической мысли со времен американской и французских революций. Особенно актуальна эта идея в наши дни.

В-третьих, существует позиция, рассматривающая каждую сферу действия — как права, так и морали, как исключительно автономную, так что ни одна из них не может иметь приоритета перед другой, и каждая занимается решением своих собственных проблем. В современной науке эта теория получила название «правового позитивизма». Согласно ей, действие правовой нормы может зависеть только от правовых критериев, в то время как действительность морали должна определяться посредством критериев, соответствующих именно системе моральных принципов и никакой иной. Приверженцы этой теории обычно весьма прагматично рассматривают моральный закон, полагая, что он основывается на таких принципах как полезность, целесообразность, соблюдение традиций или обычаев, принятых в обществе. Для них любой конфликт между этими двумя сферами не может отменить действие человеческого закона или изменить налагаемые им обязанности, хотя он и создает моральную проблему, а именно: не следует ли изменить существующий закон. И в крайних случаях конфликт между моральным долгом и правовой обязанностью может быть разрешен так, как подсказывает человеку его совесть, и зависеть от его морального мужества противостоять закону, который, по его мнению, неправилен и несправедлив с моральной точки зрения.

В двух последующих главах предполагается более подробно рассмотреть возникновение этих конфликтующих между собой теорий естественного права и правового позитивизма и их влияние и воздействие на современное общество. Теория полного совпадения морали и права под названием «гегельянство» будет рассмотрена ниже, в главе 9, поскольку оно явилось основной формой проявления этой теории в современную эпоху. (19)

4. ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО И ЕСТЕСТВЕННЫЕ ПРАВА

Идея двух видов права — одного, целиком опирающегося лишь на власть человека, и второго, заявляющего о своем божественном или естественном происхождении и в силу этого имеющего приоритет над законом, всего лишь созданным человеком, — имеет долгую и сложную историю и жива до сих пор. Действительно, можно сказать, что в то время, как научно-технический прогресс в XIX - XX вв. играл ведущую роль в распространении позитивизма и отказе от идей естественного права, социальные потрясения, революции, войны и имевшее место в недавней современной истории варварство, а также их тесная ассоциация в умах многих людей с технологическими достижениями, которые служили потребностям жестоких тиранических режимов ничуть не меньше, а может быть, и больше, чем достижению прогресса и счастья всего человечества, привели к некоему возрождению естественно-правового мышления.

Целью данной главы является краткое исследование значения естественно-правовой идеи в прошлом, анализ форм ее проявления в нынешнюю эпоху и попытка дать оценку тому вкладу, который она может внести в развитие актуальных правовых проблем.

ЧТО ТАКОЕ ПРИРОДА?

На ранних стадиях развития общества, а также в древних цивилизациях, не было четкого разграничения между миром природы, одушевленной и неодушевленной, и миром человека с его повседневными заботами. Боги и сверхъестественные существа, если не воплощали собой действующие во Вселенной силы, то управляли ими, и им подчинялось все, включая человека и его мирские дела. Не

делалось никакой разницы между физическими законами природы, управляющими мировым порядком, и заповедями Бога или его посланников на земле, определяющими порядок в человеческом обществе. Боги или сверхъестественные существа господствуют над всем, и в их силах приостанавливать или изменять нормальный ход вещей, превращать ночь в день, влиять на движение небесных тел, а также вмешиваться и в дела человека, решать исходы сражений и битв, уничтожать правителей, империи и целые народы, возносить одну нацию и ниспровергать другую, посылать божью кару отдельным людям или целым народам, вызвавшим гнев божий, убивать и возвращать к жизни.

На том этапе развития человеческой мысли, если попытаться объяснить его, применяя современную терминологию, природе противостоят значительно превосходящие ее сверхъестественные силы, которые постоянно контролируют ее и вмешиваются по прихоти своих капризов. Солнце, например, согласно установленному естественному порядку восходит и вращается определенным образом. Но если Бог пожелает, он может изменить незыблемый круговорот солнца и остановить его для достижения какой-либо особой цели, как ОН это сделал, чтобы помочь Иисусу Навину выиграть битву у Аморреев. (1) Природа, таким образом, в лучшем случае означает нормальный ход бытия людей и существования вещей, но так как сверхъестественные силы могут вмешаться в нее в любой момент, то именно к богам и сверхъестественным силам следует обращаться для истинного объяснения хода вещей, как земных так и небесных.

Немногим народам удалось найти иной подход к пониманию природы, существенно отличающийся от описанного выше. Даже китайцы, несмотря на их огромный вклад в развитие цивилизации и культуры на протяжении многих столетий, не смогли прийти к выводу о существовании незыблемых физических законов, управляющих вселенной. Китайцы отвергали идею единого небесного повелителя, который устанавливает законы и для вселенной и для человека, но полагались скорее на идею гармонии как главного принципа мироздания. Этой гармонии, и

во вселенной, и в человеческом обществе нельзя достичь с помощью естественного или позитивного права. Она возникает либо спонтанно, либо путем воздействия на нее определенных ситуаций. Таким образом, не существует никаких предначертанных от века законов ни в природе, ни в человеческом обществе, но можно достичь справедливости и гармонии, если следовать особым ритуалам и соблюдать определенные обычаи. Считается, что именно по этой причине в Китае так никогда и не получило развития научное мировоззрение по западному образцу, которое предполагает признание существования вечных законов, из которых вытекают причинно-следственные связи. (2)

Пример Китая показывает, что если идея воли богов как постоянной и своенравной силы преуменьшает значение естественного по сравнению со сверхъестественным, то существование связи между волей Божьей и природой может, при других условиях, возвеличить природу и вознести ее на недосягаемый пьедестал. Второй вариант ассоциируется с монотеизмом иудейской и христианской религий. Отход от политеизма привел к отказу от идеи непредсказуемости божественного вмешательства в пользу уверенности в существовании божественного замысла, постепенно открывающегося по мере развития человеческой истории. Это, в свою очередь, привело к возникновению веры в естественный порядок вещей — и небесных, и земных, — установленный по воле Всевышнего. Бог, таким образом, представал как Верховный законодатель, который, с одной стороны, навечно создал незыблемый порядок вселенной, а с другой — ниспослал законы, обязательные для людей. Правда, остается возможность божественного вмешательства время от времени, но это чудодействие Творца, как бы часто оно ни происходило, считается тем не менее исключением, не влияющим на божественный замысел или вселенский порядок, но, наоборот, служащее еще одним подтверждением этого замысла.

Столь новый подход имел ряд очень важных последствий. Благодаря ему стало возможным научное объяснение законов как незыблемых принципов, управляющих физическим миром, хотя лишь значительно позднее вопрос об

источнике или происхождении этих законов был отделен от вопроса об их существовании и действии. В результате произошло отделение науки от теологии, и природа была поставлена во главу угла как незыблемый порядок, достойный особого поклонения, поскольку ниспослан волей Божьей. Более того, уже не делалось различия между неизменным, навеки установленным Божественной волей порядком во вселенной, а именно — вращения Земли и планет вокруг Солнца, положения звезд на небосводе и т.п., и нормами поведения людей, также данными свыше, как вечный закон, ниспосланный Богом человеку.

РАННИЕ ГРЕЧЕСКИЕ ФИЛОСОФЫ

Важный вклад в развитие научного подхода к природе внесли так называемые досократики. Хотя некоторые из них несомненно находились под влиянием мистических и теологических доктрин, их главной целью было исследование мира природы с тем, чтобы найти некий принцип или принципы, управляющие вселенной, которые могли бы объяснить ее строение и механизм функционирования. Частично их изыскания представляли собой то, что сегодня принято называть спекулятивной философией, а частично — научные исследования. Однако их уникальность заключалась в том, что эти философы не полагались исключительно на свое вдохновение или интуицию в качестве метода мышления, но скорее верили в человеческий разум и опыт как средство познания окружающего мира. Отсюда возникла вера в рационализм, то есть в идею, что миром управляют разумные законы, подвластные познанию человеком. Эта идея сыграла важную роль в последующем развитии западной науки и философии. Кроме того, она имела значительные последствия для определения места человека в мире: благодаря тому, что вселенная в силу господства «логоса», мирового разума, лежащего в ее основе, рассматривалась в качестве мыслящей субстанции, а человеческий ум был частью этой мыслящей субстанции, представлялось возможным установить рациональные принципы, которые управляли поведением человека и как индивида, и как чле-

на общества. По мнению досократиков, и в частности, Гераклита, «логос» представлял собой мировой закон, и разумность человека состояла в его сознательном подчинении закону. Не случайно Гераклит видел этическую и политическую задачу человека в верховенстве закона.

Эта склонность греческих философов рассматривать мир исключительно с точки зрения природы со всей очевидностью наделяла особой аурой естественный порядок вещей, как в области физического бытия, так и в сфере человеческих отношений, поскольку то, что естественно, то может считаться истинным и правильным.

Однако когда эти доводы применялись к поведению человека, немедленно возникали трудности. Наблюдая за движением небесных тел, можно было определять естественные законы, которым они подчиняются; но что «естественно» для человека? Можно, например, утверждать, что природа позволяет сильному господствовать над слабым. Значит ли это, что господство первого над вторым предусмотрено природой в качестве того, что правильно для человека? Или можно утверждать, что попытка каждого подчинить себе своего более слабого собрата может привести лишь к анархии, и, таким образом, природа требует, чтобы каждый человек, в целях самосохранения, отказался от применения силы к своему соседу, и потому законы должны защищать слабых от сильных. Также можно утверждать, что не существует никаких правил в отношении поведения человека, которые были бы естественны для него, поскольку эти правила различны в разных обществах. Следовательно, законы — всего лишь соглашения, заключаемые для удобства, и в природе не существует ничего, что могло бы диктовать содержание этих законов. Природа человека — не более, чем инстинкт, и значительная часть законов направлена не на то, чтобы предоставить свободу действий этим инстинктам, а на то, чтобы их обуздать, как, например, сексуальные потребности человека.

Подобные мнения стали частью многочисленных дискуссий в Греции в V веке. Но совершенно новый поворот в них внесли два основных философа античной Греции — Платон и Аристотель.

ПЛАТОН И АРИСТОТЕЛЬ

Платон рассматривал вышеприведенные проблемы в свете своей идеалистической философии. Для него личный опыт, полученный человеком через ощущения, представляет собой всего лишь мир теней, бледное отражение реальности, находящейся в сфере действия абсолюта, не поддающегося немедленному восприятию посредством чувств-впечатлений. Эта философия несколько мистического свойства была, тем не менее, связана с типичной для эллинов верой в рационализм, поскольку Платон был убежден, что разумный человек, достаточно образованный в области философии, (конечно, его, Платона), может достичь видения совершенного мира, лежащего за пределами мира чувств и ощущений.

Идеалистический подход, рассматривающий «идею» как некую абсолютную вещь в себе, обладающую большей степенью подлинной реальности, чем чисто материальные видимости окружающего мира, применялся Платоном как к сфере действия морали, так и к физическим феноменам. Его самая известная работа «Государство» посвящена исследованию «идеи» справедливости в той мере, в какой она поддается изучению с позиции идеалистической философии. Справедливость трактуется как разновидность абсолюта, способного быть понятым только философом. Она может быть полностью реализована лишь в идеальном государстве, управляемом государем-философом. Справедливость, так, как она выражена в законах различных государств, представляет собой в лучшем случае лишь бледную тень подлинной справедливости. Таким образом, становится очевидно, насколько дальше пошел Платон по сравнению со своим учителем Сократом, весьма почтительно относившимся к законам родной страны. Тем не менее, Платон не рассматривал высшую идею справедливости в качестве закона, данного природой, которому подчиняются все законы, созданные человеком. Правда, уже в зрелом возрасте он попытался в своих «Законах» подробно показать, как можно приблизиться к идеальной справедливости с помощью принятия определенных зако-

нов в конкретном государстве. Но у него никогда не возникал вопрос о зависимости действующих в обществе законов от совокупности идеальных законов, воплощенных в «идее» законов, как едином целом. Более того, Платон, подобно большинству утопистов, видел в справедливости нечто статичное и неизменное. Это повлекло за собой тоталитарную концепцию права и государственной власти самого жесткого и негибкого образца.

Аристотель начинал как ученик Платона, но постепенно пришел к отказу от идеалистической философии своего учителя. Его серьезно занимала теология. Он был также известен своими попытками развить научный подход к различным областям знания на основе опыта и наблюдений. В качестве естествоиспытателя Аристотель пришел к взгляду на природу как на динамическое явление, обладающее способностью развивать заложенные в предметах свойства (врожденные начала). Он рассматривал вещи с телеологической точки зрения и, подобно Платону, использовал его подход как в отношении явлений морали, так и феноменов окружающего материального мира. Согласно Аристотелю, в сфере человеческой деятельности и взаимоотношений понятие справедливости может быть обыденным, житейским, и тогда его содержание меняется от полиса к полису в зависимости от истории и потребностей данного сообщества. А когда справедливость рассматривается как нечто естественное, как явление природы, это понятие может быть универсальным, общим для всего человечества, поскольку отвечает основным целям индивида, как социального или политического существа. Аристотель, однако, не вдается глубоко в данную тему, хотя и делает важнейшее замечание о том, что если среди богов все неизменно и постоянно, то среди людей все подлежит переменам, включая даже и понятие естественной справедливости.

Между взглядами Платона и Аристотеля есть одно существенное различие, которое и по сей день имеет важное значение для теории естественного права. Естественная справедливость, или естественное право, может, в широком смысле, иметь два совершенно различных подхода к

понятию «природы». С одной стороны, на природу можно смотреть, как на идеальное выражение основных чаяний человека при условии полной реализации его потенциальных возможностей. С другой стороны, в ней можно видеть всего лишь способ поведения человека, зависящий от его психофизического склада. Согласно первой концепции природа действует нормативно, как идеальный стандарт, служащий эталоном для всех других обычных явлений неприродного характера. Вторая концепция более прагматична, она основывается на изучении человека, каковым он является на самом деле, а не такого, каким бы он мог быть в идеале, порожденным в результате спекулятивных умозаключений. Но даже эта вторая концепция явно содержит нормативный элемент, так как при анализе фактического поведения человека необходимо применять определенные стандарты для того, чтобы понять, что является естественным для человека, а что — нет. С этой целью можно использовать многочисленные критерии — например, здоровье, умственное или физическое состояние, а в социальном плане — такие понятия как социальная гармония или благо-состояние. Но все подобные концепции так или иначе оперируют различными ценностями и в силу этого являются изначально нормативными по своему характеру.

Но тем не менее, с точки зрения прояснения сути естественного права, до сих пор существует большое расхождение между концепцией, которая рассматривает его в качестве идеального понятия, содержание которого постигается разумом, интуицией, или в результате других аналогичных процессов, и прагматическим подходом, основанным исключительно на поведении человека. Для последнего характерно считать естественными те нормы и стандарты, которые являются общими для всего человечества и для всех типов человеческого общества. Это служит наилучшим доказательством их пригодности к управлению поведением человека в обществе. Таким образом, если естественное право и существует вообще, сравнительное изучение человеческих обществ может быть основным ключом к его содержанию. А первая концепция

часто склонялась, как, например, у Платона, к чисто идеалистическому взгляду на естественное право, как нечто такое, что может приоткрыться человеческой интуиции, но которое, вероятно, никогда не существовало, а возможно, так никогда и не будет существовать на земле.

Более поздние концепции естественного права колебались между двумя этими взглядами на природу, как на факт и как на идеал, пытаясь извлечь наиболее существенное из каждого из них. Уже у Аристотеля можно обнаружить некое слияние обеих концепций, фактической — когда он рассматривает естественную справедливость, как основанную на нормах, общих для всего человечества, и идеальной — когда он утверждает, что для человека естественным является все наилучшим образом способствующее достижению его целей как общественного «животного».

ФИЛОСОФИЯ СТОИКОВ

Последующее развитие естественного права многим обязано философии стоиков, возникшей после Аристотеля. Хотя Аристотель ссылаясь на естественную справедливость как общую для всех людей, его концепция идеальной справедливости, как и концепция Платона, распространялась лишь на относительно небольшой греческий полис. Действительно, Аристотель был далек от того, чтобы мыслить в категориях всеобщего права, обязательного для всех людей без исключения в силу их общей природы. Аналогичным образом он оправдывал рабство, как естественный институт, поскольку для него некоторые люди являлись рабами по своей природе. Идеальная справедливость в лучшем случае представляла собой нечто, что могло применяться по отношению к свободным грекам, но не к рабам или варварам. С распадом старого мира независимых греческих полисов в результате завоеваний Александра Македонского в греческой философии начал превалировать менее ограниченный подход. Возникли две основные философские школы — эпикурейцев и стоиков. Первая имела много общего с утилитарным позитивизмом, анализ которого будет дан в следующей главе. Стоицизм, с другой сто-

роны, подчеркивал универсальность человеческой природы и братство людей, делал акцент на разум как основную черту человека. (3) Соответственно, когда в философии позднего стоицизма получили развитие две правовые доктрины — права определенного города-полиса, с одной стороны, и права универсального (всемирного) города-космополиса, — с другой, последнее рассматривалось, как чисто рациональное, как право (всемирного) разума (*purely rational law*) и в качестве такового могло претендовать на моральное превосходство над местными и обычными законами конкретных полисов. Таким образом, для стоиков существовал универсальный закон природы, познаваемый человеческим разумом и служащий оселком для определения справедливости человеческих законов. Однако еще не был сделан вывод о том, что в случае конфликта приоритет получает универсальный закон природы.

Возникновение этой более поздней разновидности стоицизма совпало с распространением влияния Римской империи на все Средиземноморье, и философские воззрения стоиков стали ассоциироваться, но ни в коем случае не совпадать полностью, с важной римской концепцией *jus gentium*, — правом, которое применялось в римской империи и к самим римским гражданам, и к палатинам. Идея общего права, распространяющегося на всех людей, по крайней мере в весьма обширных границах Римской империи, придала конкретные очертания до тех пор достаточно туманной концепции стоиков об универсальном законе природы. Римские юристы, однако, мало или вовсе не использовали эту идею естественного права, хотя ссылки на нее можно обнаружить и в Римском праве, и у таких авторов-риторов, как Цицерон, что и послужило средством передачи античной идеи естественного права последующим поколениям.

ХРИСТИАНСТВО И ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

Огромная территория и мир внутри Римской империи в период ее расцвета сделали возможным всеобщее распространение не только доктрин естественного права стоиков и *jus gentium*, но и новой христианской веры, стреми-

тельно завоевывавшей весь мир. В действительности, именно сочетание христианского учения вкупе с постулатами греческой философии и римского права привело к возникновению средневековой схоластической доктрины естественного права, которая сыграла такую важную роль в дальнейшем развитии западной философии права.

Однако христианскому взгляду на право была присуща одна проблема, которую удалось преодолеть лишь в результате длительного болезненного процесса. Выше уже отмечалось, что древние иудеи рассматривали право как воплощение воли Божьей на земле. По этой причине оно не могло иметь недостатков. Но ранние христиане были приучены презирать все земное в ожидании конца света и наступления «Царства Божия». Из этого делался вывод, что мирским правителям следует повиноваться до тех пор, пока они не будут свергнуты с престола по Божьему велению, мирские законы же — суть воплощение зла, проистекающего из греховности человека в результате его грехопадения. Таким образом, хотя ранние христиане и разделяли веру стойков в братство людей, они были совершенно равнодушны к идее господства всеобщего закона разума на земле. Влияние христианства на платонизм показано в известном труде Св. Августина «Град Божий», появившемся в IV веке н.э., где он сравнивает царство идеальной справедливости у Платона с концепцией Града Божьего на земле, с пришествием которого, наконец, воцарится христианская справедливость.

В то же время христианские авторы признавали, что даже в несовершенных государствах, существующих на нашей земле, есть потребность в справедливости, заповеданной Богом. «Государство без справедливости, — замечает Св. Августин, — всего лишь рука обирающая». (4) Справедливость является частью высшего закона, Богом данного для управления родом человеческим, пока продолжается его грешный путь на нашей земле, и, таким образом, — частью божественного порядка, хотя и представляет собой низшую форму той окончательной божественной справедливости, которая воцарится в Граде Божьем. Все институ-

ты, созданные человеком — такие, как, право, собственность и рабовладение, несовершенны из-за греховной сути человека, но являются, тем не менее, частью необходимого порядка вещей на земле. Естественное право приравнивается, таким образом, к божественному закону, который частично открывается чудесным образом, а частично поддается познанию разумом, но недостатки, свойственные природе человека из-за его греховности, заставляют прибегать к естественному праву, в котором отсутствуют многие элементы идеальной справедливости. В то же время связь естественного права (natural law) с христианским учением значительно усилила его авторитет по сравнению с более ранним естественным правом, или Законом природы, (Law of nature) стоиков, для которых «природа» была тождественна разуму, и жить следовало в согласии с общим законом природы и подчиняться ему. В отличие от стоиков теперь естественное право провозглашалось Богом и разъяснялось главой Католической церкви, Папой Римским, который, в качестве наместника Бога на земле, был наделен властью толковать Божественное право, обязательное для всех — как правителей, так и их подданных. Отсюда берет свое начало идея о том, что естественное право выше человеческого и даже отменяет последнее в случае конфликта между ними. Кроме того, теперь был создан механизм, в виде полномочий Папы и католических иерархов не только толковать это право с тем, чтобы все знали, что им позволено, а что — нет, но также требовать от королей и императоров (как всего лишь светской ветви высшего духовного порядка) признания и приведения в исполнение его предписаний. Одновременно Церковь могла еще и налагать свои собственные санкции, среди которых самой суровой мерой было отлучение от церкви.

ФОМА АКВИНСКИЙ И СХОЛАСТИКА

Важным элементом развития философии католицизма в эпоху позднего Средневековья явилось открытие заново работ Аристотеля (переводов из арабских источников, хотя и в довольно искаженной форме) и попытка их адапта-

ции к христианскому учению. Так возникла схоластика, наиболее блестящим выразителем которой был Св. Фома Аквинский. Под влиянием взглядов Аристотеля на человека, как на «общественное животное», реализующее свое естественное развитие не в природной, а в социальной среде, Фома Аквинский отверг существовавшую до него теорию о несовершенстве права и государственной власти как порождения греховной сути человека. По его мнению, следует различать между Божественным правом, познаваемым лишь через духовное прозрение, и естественным правом, которое настолько рационально, что любой разумный человек может его понять и объяснить без всякой посторонней помощи. Философия схоластов была, таким образом, чрезвычайно рационалистической в том смысле, что она в значительной степени полагалась на истину, постигаемую посредством логического и дедуктивного мышления. Но в то же время ее постулаты основывались не на умозаключениях ученого, свободного в своем творчестве, а обуславливались догматами христианской веры. Рационализм мог, таким образом, ставить под сомнение истинность этих постулатов, но был не в состоянии целиком их отвергнуть. Инквизиция служила постоянным напоминанием того, что рационализм имеет свои границы, научного или чисто еретического характера.

Фома Аквинский заложил основы современного естественно-правового мышления и в другом крайне важном аспекте. Естественное право не было системой норм, опосредствовавших все области человеческой деятельности в целом. Существовало множество сфер, нуждавшихся в правовом регулировании, но нейтральных с точки зрения морали, как это было отмечено еще Аристотелем. Правила дорожного движения являются типичным примером, так как очень важно избрать определенную сторону дороги для движения в одном направлении. Но, с точки зрения морали, абсолютно безразлично, какая сторона будет избрана для движения в ту или иную сторону. Фома Аквинский пошел дальше, утверждая, что природа не есть навечно заданный и неизменный феномен. А посему неко-

торые положения естественного права (правда, недостаточно четко определенные) могут быть отменены и заменены другими в соответствии с требованиями времени.

Тем самым полностью восстанавливался авторитет созданного человеком права в качестве основного инструмента светского правления. Это достигалось, как посредством заполнения пробелов в естественном праве, так и путем дальнейшего развития презюмируемых естественно-правовых принципов, касающихся многих сложных сфер человеческих отношений, которые не подлежали прямому регулированию естественным правом, но в отношении которых оно содержало лишь некие общие указания. Однако что произойдет, если людские законы войдут в противоречие с требованиями естественного права? В таком случае естественное право будет иметь явный приоритет. Впрочем, Фома Аквинский так и не прояснил до конца, как следует поступать подданному, если его правитель наложил на него обязательства, противоречащие естественному праву. В целом же, как представляется, Фома Аквинский считал, что в подобных ситуациях, во избежание волнений и беспорядков, необходимо повиноваться, предоставив решение конфликта Божьей воле.

ЭПОХА РЕНЕССАНСА И СВЕТСКОЕ ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

Гуманизм эпохи Возрождения, начавшейся в Италии в XV веке, имел важные последствия для будущего развития правового мышления. В то время как схоластическая философия продолжала оставаться незыблемым интеллектуальным оплотом Католической церкви, возник новый научный подход, который в значительной степени игнорировал или отклонял притязания теологов и был основан на обобщениях наблюдений и опыта, достигаемых с помощью человеческого разума. В странах с сильным влиянием кальвинизма Реформация усматривала возможность воссоздания теократии в духе Ветхого Завета, когда только священники могли непосредственно толковать волю Божью с целью править человечеством. Одна-

ко в конечном итоге Реформация, с ее упором на национальные церкви под контролем государства, привела к антирелигиозным революциям, в результате которых начал превалировать новый научный подход.

Эту новую эпоху, далекую от того, чтобы сбрасывать со счетов законы природы, можно назвать Золотым веком естественного права, длившимся до конца XVIII века. Основное значение придавалось теперь рациональному характеру естественного права. Может быть, в далеком прошлом Бог и создал Землю и все сущее на ней, и естественное право есть Богом данное, но даже это не было столь важно для Гуго Гроция, одного из наиболее последовательных сторонников естественного права и основателя международного права на естественно-правовых началах. Он утверждал, что даже, если бы не существовало Бога, естественное право все равно бы применялось. Причина этого – в уникальном свойстве человека — его разуме, и данная способность к мыслительной деятельности присуща всему человечеству. Отсюда следует, что порядок в человеческом обществе диктуется разумом, может быть объяснен только с точки зрения разумных доводов и, по крайней мере, в общем плане, должен действовать повсюду. И таким образом, систему естественного права, являющуюся по своей сути творением разума, следует рассматривать в качестве универсальной. На уровне национального права такой подход имел относительно незначительный резонанс, не считая небольшого числа ученых-правоведов, хотя в конечном итоге все-таки привел к важным попыткам кодификации, самым значительным результатом которых явился французский гражданский кодекс 1804 года. В области международных отношений, однако, превалировала идея, что независимые государства находятся в естественном состоянии по отношению друг к другу и поэтому должны придерживаться принципов естественного права. Так постепенно начала утверждаться современная концепция межгосударственных отношений, которые *inter se* должны регулироваться международным правом.

Каково же было отношение этого нового светского, исключительно рационалистического естественного права к праву, создаваемому человеком? Как и следовало ожидать, позиции не были четко определены и оставались достаточно расплывчатыми. Право, созданное человеком, должно было служить инструментом осуществления естественного права. Такая ситуация презюмировалась за исключением случаев возникновения совершенно явных конфликтов между позитивным и естественным правом, что, однако, случалось довольно редко, поскольку не было единого мнения о том, каковы должны быть принципы естественного права на самом деле. Теоретически, в случае конфликта между ними приоритет имело естественное право, так что выдающийся Верховный судья Королевской скамьи сэр Эдвард Коук, который, будучи одержим патриотическим рвением, рассматривал английское общее право, как воплощение человеческого разума, а потому равнозначное естественному праву, мог заявлять, что общее право может отменить действие статута, если последний противоречит здравому смыслу. (5) Впрочем, подобная доктрина так никогда и не была реализована на практике ни в Англии, ни в какой-либо другой стране, хотя Блэкстон в XVIII веке все еще продолжал восхвалять ее. Более весомым вкладом в развитие национального права был вклад естественно-правовой школы, рассматривавшей право в качестве научно разработанной с позиций рационализма системы норм, направленных на достижение справедливости в существующих социально-экономических условиях. Распространение подобных взглядов постепенно вытесняло из права сохранившиеся в нем пережитки архаики и феодализма. Но следует признать, что в отсутствие революционных бурь и потрясений процесс избавления европейского права от этого наследия был медленным и болезненным. В этом отношении, однако, новое, не связанное с религией светское право обладало определенным революционным потенциалом, который принес свои плоды, особенно во Франции и США.

ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО И ЕСТЕСТВЕННЫЕ ПРАВА

Раннее естественное право представляло собой явно консервативную силу. Оно требовало повиновения существующему правителю, обладающему властью в силу естественного, Богом данного, порядка. Тем не менее в естественно-правовой доктрине с самого начала не присутствовало ничего такого, что заставляло бы всегда поддерживать существующих монархов и правителей. Даже в средние века такие авторы, как Марцелий Падуанский, основываясь на постулатах естественного права, высказывались в пользу демократии не только в государстве, но и в самой Католической церкви. Эпоха Ренессанса принесла с собой торжество подобных взглядов, получивших самое широкое распространение. Кроме того, постепенно стала укореняться идея, что человек в первобытном естественном состоянии обладал определенными основными правами и что после возникновения гражданского общества он сохранил эти права в качестве своего нового гражданского статуса. Причем эти права продолжали оставаться под защитой естественного права. В Англии Дж.Локк внес ценный вклад в развитие этой доктрины, утверждая, что по условиям общественного договора (который большинство авторов того времени рассматривали как начало, по крайней мере в теории, гражданского общества) власть в государстве основывается исключительно на доверии народа по отношению к своим правителям. Поэтому нарушение последними основных естественных прав человека уничтожает это доверие и дает народу право взять власть в свои руки и изменить правительство.

Подобный взгляд на естественные права совершенно очевидно зависел от веры в существование естественного права, поскольку только благодаря ему такие права и могли осуществляться. Тем не менее, произошла заметная смена акцентов. Если в прошлом естественное право рассматривалось в основном как налагающее обязанности и запреты, то теперь его стали считать источником основных демократических прав, ограничивающих свободу действий правителей, власть которых до сих пор признавалась абсолютной.

Философские взгляды Локка оказали сильнейшее влияние на американскую революцию. Конституция С Ш А представляет собой документ, в значительной степени основанный на естественном праве, в соответствии с которым устанавливается власть народа и гарантируются естественные права граждан. Действительно, эта конституция воплотила в себе большую часть наследия естественного права, завещанного современному миру, причем в то время, когда естественно-правовые идеи начали терять свою популярность. Конституция С Ш А не только неразрывно связала закон с понятием прав и свобод, но также закрепила чрезвычайно важную идею, столь влиятельную в наше время, что естественные права могут гарантироваться законом и быть предметом судебной защиты, точно так же как любые другие права и обязанности, предоставляемые или налагаемые светским правом. Более того, поскольку эти права были записаны в Конституции, они получили особое преимущество, что позволило судам рассматривать их в качестве имеющих высшую силу и приоритет над любыми другими законами и правовыми актами в случае конфликта с ними. Таким образом, впервые в истории был создан действующий механизм, посредством которого естественные права могли быть включены в правовую систему и получить признание в качестве законных и подлежащих соблюдению прав.

Другим фактором, оказавшим важное влияние на революционное развитие естественного права, были взгляды Ж. Ж. Руссо, который, однако, исходил из иных предпосылок, нежели Локк. В соответствии с философией Руссо, естественное право, далекое от того, чтобы создавать неотъемлемые естественные права для отдельных индивидов, наделяло абсолютной неотчуждаемой властью весь народ, который в этой связи рассматривался, как некое довольно расплывчатое и мистическое единое целое, «общая воля», отличающаяся от простой совокупности индивидуальных волеизъявлений граждан. Эта общая воля и была, в соответствии с естественным правом, единственной и неограниченной законной властью в государстве, а любой правитель являлся таковым лишь в силу делегирования ему этой влас-

ти народом и мог быть лишен ее, как только переставал удовлетворять общую волю. Эта доктрина, в определенном смысле была более революционной, чем теория Локка, так как подразумевала, что только народ является настоящей властью в государстве и может избавиться от любого правящего монарха по своему усмотрению. Именно под влиянием этих философских взглядов французская революция покончила с ненавистным «старым режимом» и попыталась поставить на его место естественный закон разума. К сожалению, однако, в это время проявилась ограниченность философии Руссо, поскольку благодаря ей любой демагог, захвативший власть, мог провозгласить, что представляет «общую волю» и таким образом утвердить свое правление. Более того, даже при должном образе организованном демократическом правлении философия Руссо на самом деле означает всего лишь тиранию большинства: остающихся в меньшинстве недовольных, в соответствии с достаточно зловещим высказыванием Руссо, необходимо «заставить быть свободными» (6). Кроме того, в его доктрине не нашлось места для наделения естественными правами отдельных граждан с тем, чтобы защитить их от власти самого государства. А мистический характер «общей воли» как единого целого, неравнозначного понятию граждан, позднее позволил Гегелю включить эту доктрину в свою идею высшей ценности государства, как единой общности, более реальной и рациональной, чем составляющие его отдельные граждане. (7) Таким образом, по иронии судьбы философия Руссо, возникшая из веры в демократию и свободу, превратилась в институт тоталитаризма.

СОВРЕМЕННЫЕ КОНЦЕПЦИИ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА

XIX век стал свидетелем заката естественно-правовой школы. Ей на смену пришел юридический позитивизм, тесно связанный с расцветом научного позитивизма (который будет рассмотрен в следующей главе), а также историческая школа, имевшая отношение, по крайней мере в ее немецком варианте, к гегельянству. (8) Не подлежит

сомнению тот факт, что стечение различных факторов и обстоятельств повлияло на резкое падение интереса к естественному праву. Наиболее значительными среди них были реакция на эксцессы рационализма в философии Просвещения XVIII века и уверенность в том, что естественное право лишено какой-либо научной или эмпирической основы и совершенно игнорирует ключевую роль исторического процесса в развитии права. Кроме того, связь доктрины естественных прав народа (если не отдельных граждан как таковых) с Французской революцией придавала ей некий «большевистский» оттенок в глазах реакционных правящих кругов начала XIX столетия.

Тем не менее, естественно-правовая идея никоим образом не иссякла полностью (на самом деле кажется, что она обладает почти неистребимой способностью выживать в любых условиях) и в наше время нашла свое проявление во множестве различных форм. Она также продемонстрировала, в результате катастрофических последствий II Мировой войны, сопровождавшейся невиданными актами варварства, все признаки явного возрождения. Здесь следует сначала немного поговорить об основных типах современной естественно-правовой теории, а затем – о характере и значении ее недавнего возрождения, особенно в Европе и Америке.

Теории естественного права могут быть подразделены для удобства на 3 категории: католические, философские и социологические. Католические теории, которые продолжают сохранять свое ведущее положение в странах, где велико влияние католической церкви, до сих пор принимают форму, заданную еще Фомой Аквинским, хотя и предпринимаются попытки, получившие название неотомизма, приспособить ее к требованиям настоящего времени. Философские формы современного естественного права на Европейском континенте в основном носят неокантианский характер, то есть пытаются развивать взгляды И.Канта на сферу морали. По Канту, её основным законом является категорический императив. Согласно этому понятию индивид во всех своих поступках всегда должен руководство-

ваться правилом, которое могло бы стать всеобщим законом поведения. Категорический императив Кант считал принципом, абсолютная истинность которого познается чисто интуитивно, но который тем не менее остается формальным принципом без всякого конкретного содержания. Философы права, придерживающиеся неокантианских взглядов, такие как Штаммлер и дель Веккио, пытались вычислить путем логических принципов структуру реальных норм, содержащихся, на их взгляд, в универсальном законе Канта. Штаммлер, однако, признавал, что подобные нормы не могут не меняться с течением времени и условий. Поэтому его концепцию можно определить, как «естественное право с меняющимся содержанием». Подобные философские взгляды с их чрезмерным акцентом на логику имели весьма незначительное (если вообще имели) распространение в странах общего права с их традиционной склонностью к эмпирическому решению проблем.

Обе вышеупомянутые концепции, судя по всему, подходили к естественному праву с идеалистических позиций. Их сторонники идеализировали природу и при этом исходили из довольно произвольных предположений о возможностях человеческого разума. Социологическую теорию естественного права, с другой стороны, характеризует подход, основанный скорее на анализе фактов. Здесь важным элементом развития стала попытка применять научные методы, разработанные возникающими социальными науками, для обобщения первичных данных об основных побуждениях человека, его стремлениях и потребностях, а также норм поведения, о которых можно сказать, что они необходимы для реализации этих стремлений человека в обществе. Значительное внимание, уделяемое социальным наукам в США, привело к более быстрому развитию подобных концепций в Америке, чем где бы то ни было. Здесь естественное право было защищено от атак позитивистов при помощи оружия из их собственного арсенала. Но более подробное обсуждение попыток отстоять естественное право с научной точки зрения, целесообразно провести в последующих главах при рассмотрении позитивизма. (9)

Следует добавить, что в настоящее время среди известных ученых достаточно распространенным является публичное выражение своей симпатии по отношению к естественному праву. Но обычно это делается в таких туманных и расплывчатых формулировках, что его скорее можно отнести к чистой риторике в духе древнеримских ораторов, чем к серьезным попыткам наполнить содержанием понятие естественного права и дать оценку его потенциальному вкладу в развитие права в современном мире.

ПОСЛЕВОЕННОЕ ВОЗРОЖДЕНИЕ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА

Причины возрождения интереса к естественному праву уже в наши дни совершенно очевидны. Приход к власти фашистских диктатур, распространение тоталитаризма, ужасающее варварство, выражающееся в массовых убийствах миллионов ни в чем неповинных людей во имя торжества расистской идеологии, сознательный отказ ведущих мировых держав от всех норм морали и культуры, считавшихся ранее неотъемлемыми элементами человеческой цивилизации, привели к огромному всплеску духовных поисков и переоценке принципов права и государственного управления. Действительно ли, как постоянно утверждают позитивисты, право, созданное человеком, должно действовать и исполняться независимо от его содержания с моральной точки зрения, а также от того, насколько поведение в строгом соответствии с его нормами может противоречить всем принятым в цивилизованном обществе этическим стандартам?

Эти вопросы особенно остро встали после поражения фашистской Германии. Во время Нюрнбергского процесса над нацистскими главарями и впоследствии на судебном процессе над Эйхманом в Израиле необходимо было принять во внимание заявления обвиняемых, ответственных за массовые уничтожения людей в концлагерях, что они действовали в соответствии с законодательством своей страны. Существует ли высший закон, по которому эти действия могут подлежать наказанию, независимо от то-

го, каковы законы страны обвиняемого? Очевидно, что подход с позиций естественного права мог указать выход в подобной ситуации. Тем не менее, определенное нежелание основывать конкретные судебные решения на этом достаточно зыбком фундаменте привело членов Международного трибунала к поискам более прочного юридического обоснования. Таким образом, слушания на Нюрнбергском процессе стали рассматривать (справедливо это или нет – вопрос другой) как дальнейшее развитие обычного международного права. Его связь с историей естественно-правовой теории несомненно придавала респектабельность этому процессу в глазах многих государственных деятелей и юристов, а также просвещенного общественного мнения. Здесь следует также добавить, что суд над Эйхманом происходил в соответствии с действующим израильским законодательством, принятым ретроспективно, хотя многие его положения, например, в отношении «преступлений против человечества», носили ярко выраженный естественно-правовой отпечаток.

Вновь созданная Федеративная Республика Германия должна была решать проблему действительности нацистских законов в отношении ситуаций, имевших место в период правления национал-социалистов. Следовало ли, например, предоставить право обвиняемому сослаться на явно аморальный закон в качестве оправдания своих действий, причинивших тяжкий ущерб третьим лицам? Бывали случаи, когда один из супругов доносил в гестапо на антинацистские высказывания другого супруга, которые тот позволял себе в частной беседе. Следовало ли теперь в качестве оправдания подобного доносительства сослаться на то, что «стукач» действовал всего лишь в соответствии с нацистским законом? Некоторые суды ФРГ продемонстрировали склонность решать дела такого рода на естественно-правовой основе, хотя в целом они избегали этого, предпочитая другой выход из создавшегося положения, — например, толкуя нацистские законы не в пользу обвиняемых. (10)

Следует иметь в виду, что в XIX веке, когда естественное право сдало свои позиции, его место прочно заняли не-

зыблмая вера в моральный и материальный прогресс и твердое убеждение в постоянном приумножении и постепенном распространении благ цивилизации на все человечество в целом. Поэтому, независимо от того, основаны существующие законы на естественном праве или нет, можно считать, что пока они действуют на практике, эти законы направлены на достижение высших целей человечества в социальном контексте. Конечно, раздавались и голоса протестующих. Например, Ф. Ницше, который выражал сомнение по поводу традиционных моральных ценностей в целом и стремился поставить на место морали культ супермена. Ему возражали толстовцы, отрицавшие всякое право и государственную власть в пользу осознания своих обязанностей и исполнения персонального долга каждым индивидом в духе раннего христианства. Эти и другие подобные взгляды означали приход нового иррационализма, который начал проникать во все сферы человеческого общества как реакция на рационалистический и научный эмпиризм XVIII - XIX веков. Те, кто читал великолепный роман Т. Манна «Волшебная гора», впервые опубликованный в 1926 году, возможно вспомнят, как спорили между собой бывший иезуит Нафта и «восторженное дитя» эпохи Просвещения итальянец Сеттембрини. В их жарких спорах сталкивались силы рационализма и иррационализма, но исход этих столкновений так и остался неясным. Естественное право и позитивизм разделяли, каждый по-своему, веру в рационализм, и именно этим объясняется достаточно безболезненный переход в XIX веке от естественно-правового рационализма к основанной на разуме вере (каковой ее тогда считали) в закон человеческого прогресса. Но скорее именно в XX веке, характерной особенностью которого стало бурное развитие идеологий, отрицавших разум, таких как нацизм и фашизм (11), рациональная вера в естественное право получила новый импульс к самоутверждению, хотя для достижения этой цели и выбрала себе в главные оппоненты доктрину позитивизма, основывающуюся в равной степени, как будет показано ниже, на рациональных предпосылках.

Тем не менее, эта контратака естественного права на позиции позитивизма является вполне логичной, так как с исторической точки зрения именно позитивизм сыграл основную роль в подрыве авторитета естественного-правовой доктрины.

ЗНАЧЕНИЕ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Все аргументы, которые в наше время можно привести за или против теории естественного права, следует отложить до тех пор, пока не использована полностью возможность проанализировать предысторию и нынешний статус доктрины позитивизма по отношению к развитию правовой теории в целом. Но остается пока открытым вопрос, каков на самом деле вклад этой доктрины в решение правовых и моральных проблем современного мира и имеет ли она, как полагают многие, особое отношение к острым конфликтам, оказывающим отрицательное влияние на современное человечество не только во внутрисударственных и международных, но даже и в космических делах.

Выше уже говорилось, что одним из наиболее важных моментов в истории развития идеи естественного права явилось включение «Билля о правах человека» в американскую конституцию, в результате чего эти права получили не только конкретное содержание, но и юридическое признание. Без сомнения, это могло произойти только благодаря естественному праву. Более того, и в Америке, и в других странах при толковании проблем, связанных с правами человека, часто ссылаются на естественное право в качестве их обоснования. (12) Тем не менее, после того, как определенная шкала ценностей принята и закреплена в конкретных конституционных нормах, судебные власти должны относиться к этим нормам, как и к любым другим законодательным актам, хотя скорее всего они будут пытаться давать им весьма широкое толкование, взывая скорее к духу, нежели к букве конституции. Трудно понять, как можно помочь подобному толкованию в материально-правовом плане дальнейшими ссылками на неясное и спорное содержание

системы права более высокого порядка (то есть естественно-го права), само существование которого подвергается сомнению и действительные императивы которого уже либо нашли должное отражение в основном законе (и тогда на них можно больше не ссылаться), либо излагались неверно, - в таком случае ссылки на них абсолютно неуместны. Ведь долг судьи заключается в толковании действующей конституции, а не его собственных воззрений на некую высшую правовую систему, на основе которой, по его мнению, эта конституция могла возникнуть.

Помимо прав, гарантированных конституцией, естественному праву приписываются и многие другие достижения. Некоторые приверженцы этой доктрины готовы относить к области естественно-го права каждый случай, когда правовые нормы оперируют такими понятиями, как разумное, справедливое, честное или сделанное с добрыми намерениями, поскольку эти понятия основаны на естественно-правовых постулатах. Однако, по-видимому, нет никаких причин считать, что правовые системы, для которых использование подобных понятий является насущной необходимостью, должны при их применении делать нечто гораздо большее, чем просто отсылать к определенным нормам позитивного права, без всяких упоминаний о концепции высшего закона, которому подвластны все «руководные» законы и который обязателен для всего человечества. Конечно, существуют случаи, когда правовая система отсылает к «естественной справедливости». Так, по английскому праву решение внутреннего трибунала (например, постановление профсоюза, клуба или ассоциации об исключении одного из их членов) может быть отменено, если оно противоречит естественной справедливости. По той же причине может быть отказано в выполнении решения иностранного суда. Но это означает всего лишь необходимость следовать определенным стандартам, которые английское право (отражающее степень юдизации установившихся норм поведения в Англии) считает важными. Таким образом, необходимо объективно разбираться в каждом отдельном случае исключения из членства в проф-

союзе или клубе. (13) А решение иностранного суда не будет признано, если оно было принято в результате обмана или без должного предварительного уведомления ответчика. (14) И опять же в этих случаях подобные нормы совсем не предполагают существования высшего закона для того, чтобы объяснить или оправдать позицию английского законодателя, который вправе иметь, и в реальности имеет, свою точку зрения на справедливость.

Как же быть с теми серьезными и нерешенными проблемами в сфере соприкосновения права и морали, порождающими столько сомнений, противоречий и сложностей? Закон обязан требовать определенного решения проблем, связанных с человеческой жизнью, — таких как эфтаназия, самоубийства, аборт, — либо запретив их, либо разрешив безоговорочно или при соблюдении определенных условий. Кроме того, существует проблема смертной казни, вызывающая острые противоречия морального характера, в отношении которой закон также должен высказаться со всей определенностью — разрешить ее или запретить. Все это чрезвычайно сложные и деликатные моральные проблемы. Они оказывают серьезное влияние на любую правовую систему, поскольку можно привести массу аргументов этического, социального, практического и юридического характера, как за, так и против разрешения действий подобного рода. Тем не менее, представляется крайне сомнительным, чтобы ссылка на высший закон морали или естественное право оказала действительную помощь в разрешении этих противоречий до тех пор, пока нет единого мнения по вопросу о самом существовании естественного права и его содержании. (15) Кто, например, может сказать, разрешает оно или нет аборт или смертную казнь? Конечно, если бы человечество в целом признало единый авторитетный орган (Католическую церковь, например) в качестве толкователя и интерпретатора этого права, решение проблемы не заставило бы себя долго ждать. Впрочем, и в данном случае такое решение означало бы не более, чем замену одной системы законодательства другой. Однако со времен Реформации не просматривалось никаких реаль-

ных перспектив для подобного развития событий. И в наши дни, даже после исчезновения «железного занавеса», мало что изменилось в этом отношении.

Надо ли говорить, что в области международных отношений наличие многих конфликтующих между собой правовых систем и государств, заявляющих о своих претензиях и интересах, ставит на повестку дня вопрос о признании некоей высшей системы правосудия, при помощи которой все эти конфликты могли разрешиться ко всеобщему удовлетворению? Потребность в такой системе никогда не казалась столь насущной, как сегодня, когда мир разделен на отдельные враждующие регионы, религии и идеологии. Более того, прорыв в космическое пространство и возможность в не столь отдаленном будущем совершать межпланетные путешествия только усиливают настоятельную потребность в рациональном способе развития международного сообщества и установлении норм поведения, отвечающих требованиям справедливости, мира и процветания человечества. Но заявить о наличии проблемы, еще не означает — тут же найти и ее решение, как полагают некоторые сторонники естественно-правовой теории. Международное право достигло к настоящему времени лишь достаточно примитивного уровня развития по сравнению с национальными правовыми системами многих государств. Но его целью является постепенное и мирное разрешение проблем различными методами. Это подразумевает дальнейшее развитие существующих норм (то есть таких традиционных норм, как, например, регулирующих свободу морского судоходства, действие которых может быть распространено после внесения незначительных поправок и на космическое право), установление новых норм путем подписания международных договоров, к которым присоединяется большинство, если не все государства мирового сообщества, а также создание новых международных институтов, таких, как ООН и постоянно действующий Международный Суд. Эта система норм международного права, несмотря на все свои недостатки, во многом обязана своим существованием всеобщей вере в рациональное и универсальное

естественное право. Тем не менее, трудно понять, как можно на практике содействовать решению проблем, стоящих перед человечеством, ссылками на весьма зыбкую систему, якобы воплощающую справедливость самого высокого порядка, когда никто не в состоянии четко определить и авторитетно разъяснить, каковы же на самом деле ее требования. Каким образом, к примеру, это может помочь понять, что естественное право предписывает свободное использование космического пространства? Ведь подобное утверждение мало что значит, без детально разработанного кодекса конкретных норм, о которых едва ли можно будет сказать, что они продиктованы естественным правом. Более того, предложение по этому поводу вряд ли вообще будет сделано, если наиболее влиятельные мировые державы не придут к убеждению, что в их национальных интересах целесообразно и желательно осуществить его. Таким образом, эффективная роль естественного права представляется столь же сомнительной на международной арене, как и во внутригосударственных делах.

Пожалуй, наиболее сложному испытанию на способность разрешать противоречия между моралью и правом естественное право подвергается в условиях, когда одна часть общества устанавливает режим террора и угнетения его другой части в идеологических целях. Подобные ситуации имели место в нацистской Германии, где большинство стремилось уничтожить явное меньшинство населения, или когда в Южной Африке белое меньшинство, обладая всей полнотой власти – военной, социальной, экономической и административной, — использовало свои законы для того, чтобы держать в постоянном повиновении черное большинство, мотивируя это целью увековечения цивилизации белой расы. Применительно к таким условиям часто утверждают, что лишь с помощью естественного права может быть найден выход из подобного правового тупика. Но прежде, чем анализировать столь трудные случаи, имеющие решающее значение для оценки роли естественного права, необходимо вначале ознакомить читателя с точкой зрения сторонников позитивизма.

5. ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ

ФИЗИЧЕСКИЕ И НОРМАТИВНЫЕ ЗАКОНЫ

Хотя есть указания на существование на более ранних этапах развития человечества того, что, с точки зрения современной терминологии, можно назвать позитивистским подходом — например, взгляды достойных соперников стоиков эпикурейцев, — но действительно мощный импульс развитию в этом направлении был дан в эпоху Возрождения с его акцентом на гуманизм и развитие науки. Эмпиризм, основанный на наблюдении как средстве познания законов науки, был тесно связан с выдающимися достижениями и оказывал сильное влияние на все сферы человеческой деятельности. В Англии возникло мощное движение, не потерявшее своего значения и в наши дни, сторонники которого стремились обосновывать философские умозаключения солидными опытными данными. При этом они руководствовались тем же методом, который столь успешно применялся в области чистой науки. Вдохновленное скептицизмом Рене Декарта, используемым французским философом в качестве приема для нахождения достоверного начала знания, это движение получило мощную поддержку в лице Джона Локка и его последователей, самым знаменитым среди которых был Дэвид Юм.

Одно из достижений этого движения имело особенно важное значение для развития философии права и морали. Оно заключалось в четком разграничении между физическими законами вселенной, которые, как считалось, управляют поведением всех субстанций живой и неживой природы, включая человека и животных, в соответствии с неизменными принципами причинности, — и нормативными законами правового, морального или любого другого характера, диктующими нормы человеческого поведения.

До XVIII века не проводилась четкой границы между законами физики, которые имеют дело с проблемами материального мира и истинность которых может быть опровергнута опытным путем, — с одной стороны, — и нормативными правилами, устанавливающими принципы поведения человека, — с другой. В предыдущей главе уже шла речь о теологическом происхождении естественного права, рассматривавшего и физические и нравственные законы как выражение воли Божьей, что в значительной степени стирало эту границу, так как, если каждый закон зависит от божественного волеизъявления, то по существу между ними нет никакой разницы.

«Сущее» и «Должное»

Юм подчеркивал, что существуют две области человеческого познания. Одна — в сфере фактов. Она связана с установлением реального положения вещей. И любые предположения в этой области могут приниматься как истинные или отвергаться как ложные. Другая — в сфере «должного», где устанавливается, каковым надлежит быть порядку вещей. Юм утверждал, например, что невозможно, сделать вывод об идеальной, должной норме морального поведения, исходя из фактически существующей в реальной действительности. Прекрасной иллюстрацией тому может служить смертная казнь, которая всегда существовала в мире. Данный факт неоспорим, но на его основе нельзя сделать вывода о необходимости разрешать смертную казнь или о запрете сомневаться в моральной безупречности подобной практики. Ныне принято обозначать относящееся к категории «должного», — то есть, когда не констатируются факты, а утверждается, что «должно» быть сделано, — как «нормативное». Фактические же суждения о «должном» часто обозначаются, как «нормы», относящиеся к стандартам поведения. В данной книге будет использована именно эта терминология.

Утверждения Юма в основном касались разграничения между сущим и должным. Совершенно ясно, что, хотя между правом и моралью существует большая разница, о

чем уже говорилось выше, и праву и морали присуща общая черта — нормативный характер обоих, поскольку и то и другое устанавливают правила поведения, а не констатируют факты. Например, правовая норма, запрещающая убийство и предусматривающая за него наказание в виде смертной казни, не устанавливает факта поведения лиц, на которых распространяется действие данного закона и которые могут продолжать совершать действия, квалифицируемые законом как убийство. Она также не предсказывает и поведения властей, поскольку в ряде случаев убийства могут совершаться с освобождением от наказания. Что закон действительно делает — так это устанавливает стандарты, или нормы поведения для граждан или представителей власти и обычно указывает, какие санкции должны (по закону) последовать за нарушение этих норм.

Таким образом, закон не констатирует факты как таковые, но он и не подлежит отмене (в отличие от закона физики) в случае его нарушения или несоблюдения. Закон, однако, отличается от норм морали именно в этом отношении — требованием его регулярного соблюдения, так как без этого атрибута он вряд ли будет иметь право вообще называться законом. Моральная норма, с другой стороны, может считаться действующей, даже когда ее редко, если вообще, соблюдают: например, принцип — «возлюби ближнего своего, как самого себя». Более того, это различие распространяется не только исключительно на правила «высокой морали», но и на обычные правила общежития в человеческом обществе. Например, общество может рассматривать в качестве действующих правила морали в отношении сексуального поведения человека, хотя ценность таких правил чаще всего выявляется при их нарушении, а не при регулярном соблюдении. Поэтому совершенно очевидно, что право поднимает достаточно специфические вопросы в отношении обстоятельств, при которых, с нашей точки зрения, какой-либо закон будет считаться обязательным, хотя его, например, с течением времени просто перестали выполнять, а также обстоятельств, при которых всю правовую систему в целом можно рассматривать, как не-

действительную, либо в силу того, что она отменена произошедшей революцией, либо по причине анархии и беззакония, воцарившихся на данной территории. (1)

Различие между «сущим» и «должным» влечет за собой серьезные последствия и для естественно-правовой мысли, так как благодаря этому опровергается идея о возможности использования факта повсеместного соблюдения конкретных естественно-правовых норм в качестве доказательства их истинности. В результате, естественное право стало выглядеть не как высшая система права или справедливости, истинность которой была самоочевидной или доказуемой с помощью разума, но скорее всего лишь, как претенциозное обозначение нравственных принципов (норм морали). И обоснование этих принципов следовало искать, по Юму, в определенных целях и стремлениях человеческой жизни, которые диктуются вовсе не разумом, но желаниями людей, или теми чувствами, которые Юм называл «страстями». Отвергая естественное право, он делал различные предположения о способах, посредством которых человеческие страсти создают нормы морали. Но оставался открытым вопрос, можно ли найти какой-либо рациональный критерий для определения того, что правильно, а что — неправильно. Если такой критерий был бы найден, он заменил бы естественное право, хотя во многом и отличался бы от последнего, как будет показано ниже. Кант в конце XVIII столетия пытался ответить Юму. Он признавал существование двух сфер — «сущего» и «должного», но утверждал, что последнее содержит в себе абсолютный нравственный принцип — «категорический императив». Сложность с признанием этого принципа заключалась не только в том, что его невозможно было доказать вообще или по крайней его существование не было доказано, но и в том, что он был не в состоянии вооружить эффективным методом решения существующих проблем.

Существовал, однако, и другой подход, весьма распространенный в XVIII веке, — принцип полезности — утилитарности. Своим развитием и популярностью этот принцип, который приобрел исключительное влияние в

XIX столетия, обязан Иеремии Бентаму. Из семян, посеянных его школой утилитаристов, произросли в дальнейшем мощные всходы юридического позитивизма.

УТИЛИТАРИСТЫ

Утилитаристы придерживались идеи, согласно которой определяющими факторами поведения человека являются боль и удовольствие. Уменьшая боль и увеличивая удовольствие, можно добиться счастья. Утилитаризм, таким образом, на самом деле означает всего лишь средство достижения счастья при помощи конкретного способа действий, направленного на увеличение удовольствий и уменьшение боли в процессе жизнедеятельности человека. С этой целью были даже разработаны количественные критерии, причем, счастье каждого отдельного индивида считалось равным по своей ценности счастью любого другого индивида. Так что эталоном утилитаризма было то, что служило для достижения счастья наибольшего количества людей. Принцип Бентама имел своей целью «максимальное увеличение» человеческого счастья и выражался лозунгом: «наибольшее счастье для наибольшего количества людей». Хотя Бентам с презрением отвергал естественное право, — для него естественные права были не просто глупостью, но «высокопарной глупостью», — тем не менее, он был всего лишь рационалистом в духе Просвещения, а его аргументы в пользу утилитаризма основывались непосредственно на том факте, что человеческий разум не в состоянии каким-либо иным образом сделать рациональный выбор в пользу того или иного конкретного способа действий. Любопытно, что собственный принцип Бентама о равнозначности счастья одного человека по отношению к любому другому, был во многом обязан одному из широко распространенных «естественных» прав — праву на равенство. Более того, — и с этим соглашался даже сам Бентам, — принцип утилитаризма является метафизическим принципом, истинность которого нельзя доказать, поскольку «то, что используется для доказательства всего остального, само (по себе) доказано быть не может». (2) Но Бентама совсем не волновала уязвимость его

принципа с философской точки зрения. Он был скорее озабочен другим — показать, как этот принцип будет действовать на практике, хотя и здесь для поддержки своих аргументов он взывает к опыту человечества, чье поведение повсюду обуславливается двумя факторами — боли и удовольствия — что и составляет суть его системы.

Несмотря на определенную долю наивности, присущей вере Бентама в возможность количественного измерения человеческого счастья в почти арифметических показателях, его труды заложили серьезный юридический базис для многочисленных правовых реформ, потребность в которых назрела к началу XIX века. Концепцию утилитаризма, вопреки оптимизму самого Бентама, было, по мнению его последователя Джона Стюарта Милия, не столь просто обосновывать с философской точки зрения. И потому она имела значительно меньшее влияние в области этики и морали, но тем не менее в значительной мере раскрыла полезность факторов, которые в дальнейшем все в большей степени рассматривались либеральными мыслителями в качестве основных для решения задач социальных и правовых реформ. И не случайно. В конечном итоге, какая иная цель в век прогресса может быть более очевидной, чем та, что направлена на увеличение счастья всего человечества, хотя и остаются некоторые разногласия относительно средств, наиболее подходящих для ее достижения ?

ПЕРЕХОД К ЮРИДИЧЕСКОМУ ПОЗИТИВИЗМУ

Учение утилитаристов обеспечило не столько необходимые логические обоснования, сколько создало благоприятные условия для перехода к юридическому позитивизму. Последний характеризуется двумя аспектами, каждый из которых требует специального рассмотрения. Во-первых, — это четкое разграничение между правом, как оно «есть» и каковым оно «должно быть», а во-вторых, — это тенденция рассматривать право в качестве науки наравне с другими науками, как с точки зрения целей, так и методов.

**ПРАВО, КАК ОНО ЕСТЬ
И КАКОВЫМ ОНО ДОЛЖНО БЫТЬ**

Утилитаристское учение о морали и полное отрицание естественно-правовой мысли неразрывно связаны у И. Бентама с твердым убеждением, что право может быть правильно понято только в качестве совершенно самостоятельной отрасли знания, в которой не затрагиваются вопросы этики, религии и тому подобное. Основная критика естественного права касалась не только мифической природы этого понятия (таковым оно не казалось лишь тем, кто придерживается определенных религиозных воззрений, хотя и среди них не было единства относительно его фактического содержания), но и того, что оно сеет смятение в умах, смешивая проблемы правового характера с морально-этическими. Является ли та или иная норма законом в данном государстве — вопрос чисто юридический, подлежащий решению в рамках конкретной правовой системы на основании признаваемых ею критериев. Такая постановка вопроса в корне отличалась от той, которую в большей степени можно было бы ожидать от сторонников другой точки зрения, рассматривавших действующий закон либо как хороший, либо как плохой. Каково состояние права на самом деле и каковым оно должно быть — два совершенно разных вопроса, каждый из которых достоин отдельного исследования в своей особой области. И. Бентам определял их, как толкующую и надзирающую юриспруденцию (или науку о законотворчестве) соответственно. Отсюда следует, что при определении действительности той или иной правовой нормы, неуместно задаваться вопросом, хороша она или плоха, справедлива или нет, поскольку все эти вопросы связаны с её моральной ценностью или целесообразностью. Правовая норма остается таковой, независимо от того, хороша она или плоха.

Не следует, однако, подобно некоторым критикам позитивизма, ошибочно усматривать в этих рассуждениях И. Бентама и его последователей, что право и мораль абсолютно не связаны между собой и что плохой закон заслуживает исполнения точно так же, как и хороший. Думать

так было бы совершенно абсурдно, если принять во внимание, что сам И. Бентам, который всю свою жизнь высмеивал современное ему английское право, критикуя чванство и самодовольство юридического сословия и правящего класса вообще, активно боролся за реформы во всех областях права. Некоторые авторы, среди которых наиболее известным является, пожалуй, Томас Гоббс, утверждали, что каковы бы ни были предписания закона, они служат синонимом морали. Подобные взгляды не получили, однако, широкого распространения, и ни одна школа не отвергала их более яростно, чем утилитаристы и их преемники позитивисты. В соответствии со взглядами Бентама вопрос о том, хорош или плох тот или иной закон, необходимо рассматривать с точки зрения столь дорогого ему принципа полезности – основного оружия, которое следует решительно применять в борьбе за правовые реформы. По его мнению, величайшее преимущество такого метода заключается в выработке навыков ясного мышления посредством четкого разграничения между моральным долгом и юридической обязанностью. Когда же они вступают в явное противоречие друг с другом (выявляемое при помощи критерия полезности), гражданин должен использовать всю силу своих нравственных убеждений, чтобы добиться изменения закона. И. Бентам не обращал особого внимания на возникающий в связи с этим последующий вопрос – если закон подвергается моральному осуждению, вправе ли гражданин не соблюдать его? Для него это вряд ли имело какое-либо практическое значение (2а), так как, будучи рационалистом, он полагал, что крепостные стены реакции в конце концов должны пасть под натиском разумных доводов, особенно по мере того, как конституция будет становиться все более демократичной, делая реальными притязания населения на причитающуюся ему долю человеческого счастья. Опыт показал, по крайней мере в том, что касается западных демократий, что в целом оптимизм И. Бентама оправдался, поскольку история человечества в XIX и XX веках и рост в XX государствах благоденствия предоставили убедительные доказательства эффективного воздей-

ствия общественного мнения на реформирование права. Причем существенную роль в этом сыграл критерий «максимизации» человеческого счастья, столь дорогой сердцу И. Бентама. Конечно, при диктаторских режимах (а иногда и в условиях демократии, например, при принципиальном неприятии воинской службы) конфликт между властью и гражданами может принимать более резкую форму. И тогда последние решают, следует ли им соблюдать закон, который они считают совершенно аморальным, или проявить непослушание и принять все связанные с этим последствия юридического характера. Взгляд И. Бентама на подобное развитие событий не оставлял сомнений в том, что правовая обязанность не перестает быть таковой даже тогда, когда гражданин приходит к убеждению в ее несправедливости с точки зрения морали. Но соблюдать ее или нет — это уже вопрос личной совести человека. Именно такую позицию обычно занимает и английский суд, исходя из того, что задача судов заключается в контроле за должным соблюдением законов, а не в оценке того, насколько хорош или плох тот или иной закон. Соответственно, и призывы к высшим моральным принципам рассматриваются как неуместные в таких, например, случаях, как осуждение воинствующих феминисток или протестующих против ядерного оружия за их нарушения закона или неуважения к нему, хотя всегда во власти суда, при рассмотрении возможного наказания, принять во внимание морально-этические мотивы поведения правонарушителей.

Позитивисты выступали с критикой идеи естественного права не только потому, что оно вносит путаницу в образ мысли. Существенным мотивом для критики послужил и тот факт, что сторонники этой идеи, считая одним из основных свойств права присущий ему определенный моральный характер, без которого оно не было бы правом вообще, пытаются не всегда обоснованно наделить действующее право некоей святостью, и тем самым создают препятствия на пути реформ. Выше уже упоминалось, что моральное требование соблюдать закон играет важную роль в наделении правовой системы должным авторитетом, и

это не будет отрицать ни один позитивист. Тем не менее, очевидно, что во времена, подобные тем, когда жил и работал И. Бентам и когда законы содержали массу бессмысленных архаизмов и служили механизмом жесткого подавления, теория, столь тесно сближающая право и мораль, должна была привести либо к реакционному утверждению правящих кругов о праве, как о венце разума и совершенства, либо к его полному отрицанию со стороны угнетенных по причине его противоречия основным принципам естественной справедливости. Обе позиции, по мнению И. Бентама, были чреваты опасными осложнениями и могли оказаться серьезным препятствием продвижению просвещенного человечества по пути прогресса. Только трезво оценивая существующее право с точки зрения критериев утилитаризма, подкрепленных убежденностью в разумности его постоянной эволюции, можно достичь конечной цели реформ. Следует признать, что подобные аргументы берут свое начало в эпохе Просвещения с ее верой в абсолютную силу и могущество человеческого разума и могут показаться совершенно оторванными от реальности человеку либеральных убеждений, проживающему в фашистском государстве. Тем не менее, даже в такой далекой от оптимизма ситуации сторонник юридического позитивизма станет утверждать, что нет никаких причин смешивать правовые и моральные понятия. Более того, он будет настаивать, что уже сам факт разделения морального долга гражданина и его правовых обязанностей обнажает суть конфликта и побуждает к действиям в соответствии с нравственными убеждениями.

Предположим, к примеру, что мы поддерживаем позицию противников существовавшего в Южной Африке апартеида, которые убеждены в абсолютной аморальности репрессивных законов, основанных на расовых различиях. Те из них, кто разделяет естественно-правовые взгляды, будут утверждать, что эти законы противоречат высшему праву, обязательному для всего человечества, и поэтому лишены юридической силы. (3) Позитивист, наоборот, признает их юридическую силу, при условии, что эти зако-

ны формально действуют в соответствии с национальной конституцией, но осудит их с точки зрения этических принципов, которых он придерживается. Существование моральной дилеммы становится совершенно очевидным, как при утверждении: «Это закон, но я не буду его соблюдать, поскольку считаю его неправильным», так и когда говорят: «Это вовсе не закон в прямом смысле этого слова, поэтому я не обязан следовать ему». Более того, вопиющая слабость позиции сторонника естественного права зиждется на предположении, что он может установить в качестве условий, предшествующих его просьбе, не только то, что естественное право существует, а также и то, что оно – особое понятие расового равенства и что это отменяет любой человеческий закон, противоречащий ему. Помимо неопределенностей, связанных с первым и третьим из вышеперечисленных условий, сторонник естественного права еще столкнулся бы в Южной Африке с другими сторонниками естественного права, столь же убежденными в том, что естественное право подразумевает расовое неравенство. Как разрешить этот спор на основе чистых умозаключений, представить себе достаточно трудно.

Судья и его моральный облик

Что сказать о судьбе или любом другом служителе правосудия, который на основе действующего законодательства должен вынести решение, представляющееся ему, в силу его моральных убеждений, явно несправедливым? К примеру судья с антифашистскими взглядами в условиях гитлеровской Германии или судья, убежденный в равенстве всех рас, в условиях апартеида. С точки зрения естественного права такой судья при действительном исполнении им своих служебных обязанностей должен отказаться от применения несправедливых законов, как не имеющих юридической силы. Это, однако, как теоретически, так и практически поставит его в совершенно безвыходное положение, так как он должен будет объявить себя *ex cathedra* (публично) сторонником естественного права и признать, что в соответствии с его постулатами он не будет выполнять за-

конов собственного государства. На подобное заявление, не говоря уже о его маловероятном практическом осуществлении, законные власти могут совершенно обоснованно возразить, что естественное право является чрезвычайно противоречивой проблемой даже в сугубо теоретическом плане. Поэтому, если они и признают его существование, то будут придерживаться мнения, что расовая сегрегация вполне соответствует природе, а не противоречит ей; и что в любом случае судья назначается и получает жалование за то, чтобы применять на практике действующее право в соответствии с волей законодателя, а не за то, чтобы он получал удовольствие, реализуя свои собственные фантазии по поводу примата некоей системы высшего права. Позитивист, наоборот, будет считать, что обязанности судьи в соответствии с существующими в его государстве законами совершенно очевидны, а именно: он должен применять действующий закон согласно его букве и духу; если же он убежден в его моральной несостоятельности, то его моральный долг явно вступает в противоречие с его профессиональным долгом. Какие действия ему следует предпринять, целиком зависит от его совести, но самое меньшее, что он может сделать в подобном случае, – это уйти с занимаемой должности. Данное решение проблемы представляется наиболее разумным и обоснованным с практической точки зрения по сравнению с первым. Можно, тем не менее, спросить, а как же быть с теми случаями, когда нацистские судьи после войны были призваны к ответу и осуждены в Германии и других странах за их действия, предпринятые ими в рамках их служебных обязанностей во исполнение чудовищных законов гитлеровского режима? Этот вопрос поднимает совершенно иную проблему чисто юридического характера, а именно — по каким законам следует судить и наказывать этих судей? В том, что касается права Германии и других заинтересованных стран, такими законами должны быть либо действовавшие на момент совершения судьей действий (обжалуемых ныне), либо законы, принятые впоследствии, но имеющие обратную силу. Законы, имеющие обратную силу, особенно в сфере уголовного пра-

ва, обычно вызывают возражения (4), хотя иногда их применение считается оправданным даже в современных демократических государствах. Без сомнения, значительно легче оправдать подобные законы, если они вызваны требованиями совершенно особой ситуации, такой, например, как, сложившейся в Германии сначала с приходом к власти нацистов, а затем — после падения их режима. Более того, еще легче согласиться с ними, когда есть основание утверждать, что даже в то время обвиняемый должен был осознавать всю моральную пагубность своих действий, предпринимаемых под эгидой государственной власти. В таком подходе — и это следует подчеркнуть — нет ничего противоречащего взглядам позитивистов, согласно которым человек при исполнении своих служебных обязанностей может отдавать себе отчет в том, что его действия противоречат требованиям морали.

ПРАВО, КАК НАУКА

Стремление позитивистов провозгласить автономию права и рассматривать его в качестве науки имело важные последствия для будущего теории права, которая, в свою очередь, как это часто бывает в подобных случаях, сама стала катализатором собственного развития. В XIX веке наука обрела весьма престижный статус, который она заслужила благодаря своим замечательным достижениям, как в области теоретических знаний, так и в сфере развития технологий. Люди пришли к пониманию того, что каждая отрасль знания должна иметь научную основу, если только цель знаний — внести вклад во всеобщий прогресс, путь к которому и указывают научные методы. Теория эволюции Дарвина объясняет и современное состояние животного мира, и собственное развитие человека. Подчеркивая непрерывный и постепенный характер развития человечества со стадии животного состояния, она не только поставила под серьезное сомнение уникальное положение человека во вселенной, но также указала метод исследования человеческой деятельности в свете научного анализа, подобного анализу других физических явлений. Термин «позитивизм»

был впервые введен в научный оборот французским философом Огюстом Контом в первой половине XIX века для обозначения своей собственной философской системы. Но фактически он обязан своим происхождением взглядам, которые составляли общественную атмосферу того времени и которые можно охарактеризовать как позитивистские в более широком, чем в философском смысле. Они были порождены уверенностью в том, что подлинных знаний можно достичь лишь благодаря применению научных методов изучения окружающего нас мира путем наблюдений с последующей проверкой разработанных на основе этих наблюдений теорий опытным путем. Тем самым были отвергнуты априорное знание и метафизические вопросы, лежащие вне сферы наблюдений. Конт утверждал, что существуют три ступени познания мира человеком: религиозная, метафизическая и, наконец, позитивистская, которой, как он надеялся, и достиг современный ему человек. Чтобы способствовать ему в этом процессе, Конт начал изучать поведение человека в обществе и попытался создать новую науку «социологию» (этот термин также принадлежит ему), с помощью которой всю деятельность человека во всей его совокупности можно исследовать научными методами. К сожалению, в более поздних работах Конт отказался от своих собственных научных принципов в пользу абсолютно недоказанных априорных допущений (*a priori*) о социальном поведении человека, и в конце концов его догматизм нашел свое выражение в крайней форме — создании «религии человека», призванной подкрепить его авторитарную концепцию нового «позитивистского» общества. В этой связи Джон Стюарт Милль, в прошлом восторженный почитатель Конта, писал: «Иные могут смеяться, но нам скорее подобает оплакивать этот печальный закат великого ума». (5) Подобные фантазии не добавляли уважения к идее позитивизма в целом. Но не следует упускать из вида, что экстравагантные зигзаги Конта в развитии его собственной философской системы фактически не влияли на основное течение позитивистской мысли, порожденной отнюдь не Контом, а научным духом того времени.

Этот дух был настолько всепроникающ, что его влияния не избежали даже искусство и литература. Так, новыми направлениями в художественной литературе XIX века стали натурализм и критический реализм. Наиболее яркий и талантливый представитель этих направлений французский писатель Э. Золя во многом опирался на научный анализ и научные методы в своих романах, посвященных описанию современного ему общества. Это наделяло литературу частью того престижа, которым пользовались великие ученые. (6) Подобные цели служили стимулом и для многих достижений и в области живописи, особенно в жанре пейзажа. Джон Констебль, например, пытался с помощью непосредственного изучения природы передать на своих полотнах подлинно реалистическое и научное воплощение того, что было дорого его сердцу. «Живопись, — писал он в 1836 году, — это наука, и заниматься ею нужно точно так же, как изучением законов природы. Почему бы в таком случае не рассматривать пейзажную живопись как раздел физики, где картины являются всего лишь одним из экспериментов?» (7) К этому можно добавить, что и реалистические полотна Курбе по отзывам его современников отражали новую науку Конта — «социологию» (8), а великие мастера французского импрессионизма ставили перед собой задачу достичь научной подлинности в изображении природы, руководствуясь изучением теории зрительного восприятия и структуры света. (9)

Таким образом, нет ничего удивительного в том, что в век, когда наука и научные методы познания приобретали такой невиданный авторитет, и когда самое серьезное внимание уделялось развитию таких ее отраслей, как социология, социальная антропология и психология, юристы также пришли к убеждению, что теория права может и должна развиваться на научной основе. Уже Бентам указал пути к достижению этой цели, продемонстрировав (по крайней мере, к своему собственному удовлетворению) метод, в соответствии с которым можно было научно развивать принцип утилитаризма и применять его к проблемам криминалистики, а также к уголовному и граждан-

Ю Р И Д И Ч Е С К И Е П О З И Т И В И З М

скому праву в его новой науке законотворчества. Принято было считать, что Бентам проявлял меньший интерес к тому что он называл объяснительным (интерпретационным,¹ толковательным -expository) разделом юриспруденции. Но относительно недавние находки его неопубликованных работ показывают, что он уделял самое серьезное внимание общей системе и структуре права. Эти рукописи, опубликованные теперь под общим названием «О праве в целом», показывают, что по глубине и многогранности мысли он намного превосходил своего последователя Джона Остина, чьи работы принято рассматривать в качестве основного источника того, что он называл «наукой позитивного права». (9а) Эта наука выдвигала на первый план различие между позитивным правом, то есть законами, созданными человеком, как они есть (или были, если смотреть с исторической точки зрения), и правом, каким оно должно быть. Только первое может служить предметом научного исследования, второе же, представляя собой совершенно иную, особую самостоятельную сферу, должно изучаться не юристами, а теологами и специалистами по этике.

«Наука позитивного права» Остина

К сожалению, взгляды Остина на эту науку в целом не отличались тщательной продуманностью. Остин находился под сильным впечатлением от того факта, что право, будучи самодостаточной совокупностью норм, применяемых к человеческому обществу, действует посредством системы понятийного мышления. Поэтому он, видимо, ставил перед собою цель изучить, руководствуясь объективным научным методом, основные черты этой понятийной системы. Это означало не только попытку определить действительную структуру права и механизм функционирования правовой системы, но и дать научное объяснение всех основных понятий, составляющих ее каркас. Этот каркас создается посредством таких ключевых понятий, как права и обязанности, юридические и физические лица, собственность, право собственности, владение собственностью,

ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ

преступление, деликт, договор и т.д. Соответственно, теория Остина активно развивалась в рамках анализа основных юридических понятий. Научный характер этой теории предполагал отбор данных для исследования на основе действительных фактов, выявленных в процессе наблюдения. Остин признавал, что эти данные приходится собирать по крупицам из действующих правовых систем прошлого или настоящего. Он признавал также, что анализ может быть ограничен одной правовой системой или распространяться на правовые системы в целом. В основном же, однако, он был убежден, что существует достаточно много общего в понятиях, составляющих суть всех правовых систем, для доказательства существования универсальной юриспруденции, благодаря которой станет возможным принимать решения, повсеместно имеющие силу. Впрочем, он ограничивал свои исследования анализом того, что несколько туманно называл «наиболее развитые» правовые системы.

Остается открытым вопрос, был ли сам Остин удовлетворен правовой наукой, занимавшейся исключительно исследованиями правовых понятий и аналитическими исследованиями подобного рода, но его многочисленные последователи продемонстрировали большую готовность разделить эти чисто понятийные взгляды на теорию права. Юридический позитивизм начал, таким образом, ассоциироваться с понятийным подходом к юриспруденции, что сослужило ему не очень хорошую службу в наши дни. Для этого существовало несколько причин.

«Понятийный» подход

Во-первых, критике подвергалось то, что правовая теория, ограниченная анализом основных правовых понятий, имеет тенденцию навязывать такой образ мышления, который рассматривает их, как обладающие некой изначально присущей им структурой, так что отвергается возможность любого развития права вне этой структуры. Это может накладывать совершенно необоснованные ограничения на процесс адаптации права к изменяющимся

К) 1> **И Д И Ч Е С К И Й П О З И Т И В И З М**

, но-экономическим условиям. Например, если анализ принципов договора показывает, что его основные положения включают условие, в соответствии с которым стороны могут осуществлять свои права и обязанности *inter se*, но без причинения ущерба третьим лицам, то это условие может послужить препятствием к возникновению договорных прав у третьих лиц, даже если эти права продиктованы социальной необходимостью. Или еще, если правовая теория провозглашает, что только организация, обладающая статусом юридического лица, может иметь юридические права, то это может препятствовать признанию законных целей неинкорпорированных групп или объединений, таких, как клубы или профсоюзы. (10)

Во-вторых, понятийный подход подвергался критике за содержащуюся в нем точку зрения о возможности решения правовых проблем путем простого логического анализа без учета конкретной политической обстановки, влияющей на принятие решений юридического характера. Согласно этому подходу к юриспруденции ответы на вопросы юридического характера можно получить путем логических выводов из правовых принципов, так что суды, например, могут просто разрабатывать и рационально применять принципы действующего права. Иными словами, судебная власть может считать себя абсолютно изолированной от каких бы то ни было политических проблем, поскольку ее задачей является чисто механическое применение принципов, содержащихся в действующей правовой системе.

Весьма сомнительно, чтобы сам Остин согласился с такими взглядами на юриспруденцию, которые как раз и служат основной мишенью для критики. (И) В любом случае, понятийный подход, ассоциирующийся с позитивизмом, оказался незащищенным от обвинений в переоценке логики и недооценке или преуменьшении роли правотворческой функции судов. Ниже эти вопросы будут рассмотрены более подробно. (12) Существует, однако, и третье направление критики этой теории, до сих пор распространенное и среди современных юристов, которое было бы справедливо адресовать скорее самому Остину. Он, ка-

жется, упустил из виду тот факт, что его «наука позитивного права» оперировала фактами «вторичного порядка», как бы их теперь назвали, поскольку имела дело с правовыми нормами, содержащимися в статутах, судебных делах и учебниках, относящихся к определенным правовым системам. Но за этими второстепенными фактами скрывалась масса фактов «первичного порядка», или первичных, представляющих собой примеры конкретных действий законодателей, судей и других лиц (включая обычных граждан) по отношению к этим сложным правовым нормам. Именно эта масса первичных фактов придает смысл и цель системе норм и принципов, которые опосредуют эти факты. И можно утверждать, что анализ сложных и деликатных взаимоотношений этих двух «порядков» и является важным ключом к пониманию роли права в обществе. Таким образом, любое теоретизирование на чисто понятийной основе, которое игнорирует, так сказать, «фактическую подпочву» самих понятий, останется скорее всего бесплодным и оторванным от реальной жизни исследованием. И от него не следует ожидать разработки принципов, имеющих научную ценность. Достаточно легко понять, почему подобными соображениями пренебрегали во времена Остина: тогда едва зародившаяся наука социология вряд ли располагала чем-то иным, кроме полученного названия. Но в наши дни, когда социальные науки достигли высокого уровня развития, особенно в США, потребность в более социально ориентированной юриспруденции ощущается все острее, а нападки на чисто понятийный подход в духе позитивизма Остина обычно рассматриваются как необходимая прелюдия к формированию совершенно нового отношения к правовой теории.

В этой связи социологически мыслящий юрист подвергнет критике и позитивистскую аксиому о «сущном» и «должном» праве, как о двух совершенно различных и герметически разделенных друг от друга областях, на том основании, что право не статично, а динамично, его теория постоянно развивается, и значительная заслуга в этом принадлежит судьям, которые, сознательно или интуитивно, выно-

сят решения, руководствуясь своим представлением о том, каким должно быть право. Ученый-юрист не может, таким образом, игнорировать тот факт, что в самом праве заложены семена его будущего развития в соответствии с системой ценностей, существующей в обществе. И то, каким образом эта система ценностей воздействует на всю совокупность принимаемых судебных решений или контролирует их, представляет собой жизненно важную составную часть правовой системы. Следует, однако, добавить, что это, хотя и соответствует истине, но ни коим образом не отменяет основного постулата юридического позитивизма: действительность обязательств, установленных правовой нормой, не подвергается сомнению в случае ее конфликта с определенной системой религиозных, моральных или любых иных ценностей неюридического характера.

ПОЗИТИВИЗМ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

В наши дни доктрина юридического позитивизма обычно ассоциируется с отрицанием возможности найти некий абсолютный эталон вне самой правовой системы, который бы служил для проверки действительности той или иной нормы, и, если необходимо, для признания её неэффективной. Рассуждая логически, стороннику юридического позитивизма совсем не обязательно утверждать, что системы моральных ценностей относительно по отношению к месту и времени и что не существует никакого иного способа выбирать между ними, кроме личного предпочтения. Позитивист, даже придерживаясь определенной системы абсолютных моральных ценностей, может всегда настаивать на том, что действительность закона не зависит от его соответствия требованиям морали. Однако на практике, — и это следует особо подчеркнуть, — позитивист обычно придерживается релятивистского подхода к морально-нравственным вопросам по следующей причине: если бы можно было доказать, что некая абсолютная система моральных ценностей носит всеобщий характер, то аргументы в пользу подчинения права, созданного человеком, этой универсальной системе ценностей звучали

бы очень убедительно. Поэтому ныне критика позитивизма ведется по двум направлениям. Во-первых, утверждается, что именно благодаря юридическому позитивизму, отрицавшему контроль за действующим правом со стороны стоящих над ним высших моральных ценностей, стал возможным приход к власти тоталитарных диктаторов, которые начали манипулировать законами и законодателями с тем, чтобы под маской легитимной власти увековечить вопиющую несправедливость, как это имело место в новейшей европейской истории XX века. Во-вторых, предпринимались попытки доказать, что абсолютные моральные ценности действительно существуют, и это можно продемонстрировать различными способами.

Первый аргумент представляется малоубедительным, поскольку исходит из ложных предпосылок и неправильной оценки фактов. Так, например, утверждая, что суд имеет дело с правом, как оно есть, а не каковым оно должно быть, юридический позитивист отнюдь не имеет в виду, что действующий закон не подлежит моральному осуждению, если он того заслуживает. Нет никаких причин также, основываясь на отрицании позитивистом возможности доказать существование эталонных систем ценностей, делать выводы о том, что он поэтому менее дорожит нравственными принципами, которые считает правильными для своего времени, даже если он не знает, как доказать их правильность. Более того, совершенно несправедливо усматривать в юридическом позитивизме причину появления современных диктаторских режимов, так как эта доктрина зародилась и до сих пор популярна в странах англосаксонского общего права, где, как ни в каких других странах, система демократических ценностей нашла свое наивысшее развитие и признание и была законодательно закреплена. С другой стороны, в Германии и Италии перед приходом к власти фашизма были широко распространены и весьма популярны взгляды гегельянцев, которые рассматривали государство, как высшую ценность, Это в значительной мере способствовало росту влияния этических и правовых концепций, воспринявших дух тоталитаризма. (13)



Что же касается второго аргумента, то здесь обычно вызывают к интуиции, духовному прозрению или вере в человеческий разум — качествам, присущим всему человечеству, с помощью которых и можно постичь недостижимую высшую моральную истину. К несчастью, и по сей день не удается прийти к твердому согласию как в отношении источников религии и морали, так и в отношении истин, открывающихся либо путем духовного прозрения, либо в результате рациональных размышлений. Некоторые социологи, особенно в Америке, стремятся преодолеть эти препятствия, пытаясь установить посредством научного анализа существование определенных основных потребностей и стимулов в жизнедеятельности человека, адекватное удовлетворение и реализация которых становятся возможными лишь при условии существования неких базовых норм поведения. Если бы можно было доказать, что такие нормы в той или иной форме преобладают в человеческом обществе, тогда, утверждают они, была бы пройдена большая часть пути к обретению всеобщей системы ценностей, которая в полной мере отражает природу человека и поэтому должна заменить собой все другие нормы и правила, противоречащие или расходящиеся с её требованиями. Эта идея, несомненно, основывается на том, что человеческая природа везде и всегда одна и та же, и если копнуть глубже, можно найти тот основной стержень нравственности, который не переставал действовать и будет действовать во все времена.

Вряд ли кто-то будет оспаривать обоснованность утверждений (14) о необходимости вводить в человеческих сообществах определенные ограничения, например, в целях предотвращения убийств и воровства с тем, чтобы обеспечить само их существование. Но стоит лишь отвлечься от этих общих предпосылок и повнимательнее присмотреться к огромному разнообразию стандартов и правил поведения, принятых в разных обществах, как становится ясно, что с помощью подобных аргументов далеко не уйти. В некоторых обществах убийство раба или новорожденного не вызывало никакого морального осуждения, а убийство чле-

на враждебного племени вообще считалось заслугой, как в современном мире — уничтожение врага во время войны. И фашисты рассматривали убийство евреев как заслугу или как своеобразный вид спорта. Для средневекового рыцаря войны и сражения были вообще единственным делом, достойным представителя высшего сословия. Более того, поборники шкалы западных ценностей — свободы, равенства и демократии, — которые пытаются подобным образом *de facto* обосновать её справедливость, должны испытывать замешательство при анализе действительно существовавших форм человеческого общества, преваляровавших на протяжении многих веков и широко распространенных и по сей день, где сословные различия считаются частью первоначального мирового порядка.

Позитивист, если снова вернуться к нему, не станет отрицать, что можно применять рациональные доводы к морально-этической оценке права, как, впрочем, и ко всему остальному, и чаще всего будет склоняться (хотя и не всегда) в пользу правовой реформы и морального прогресса. Он, однако, признает (но в самом крайнем случае), что если древние афиняне верили в свободу, а спартанцы — в дисциплину, как в высшие ценности, то не существует никаких способов разрешить это противоречие, даже с помощью самых разумных доводов и аргументов.

В целом позитивист, подобно стороннику естественного права, разделяет (по соображениям религиозного, этического или социального порядка) рациональный подход к моральным ценностям, существующим в обществе. Такой подход сформирован многовековой историей развития европейской этической мысли. В этом отношении сторонникам и позитивизма и естественного права присуще рациональное кредо, которое диаметрально противоположно различным формам иррационализма, возникшим уже в новое время. Нацизм и фашизм представляли собой иррациональные системы, опираясь на такие факторы, как происхождение (*blood*), раса и судьба. Современные экзистенциалисты также отвергают разум, предпочитая ему внутреннюю свободу индивида в качестве источника истинной морали.

ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ

Позитивист же продолжает сохранять веру в системы, поддающиеся рациональному анализу. Поэтому он предпочитает сосредоточиться на изучении ценностей, присущих современной стадии развития цивилизации и на размышлениях, как наилучшим образом реализовать их в существующих условиях. Провозглашением неких абсолютных и недоказуемых ценностей, якобы присущих всем временам и народам позитивист не занимается, поскольку уверен, что можно достичь более ясного понимания социальных проблем человека, если не смешивать вопросы права и морали. Но современный позитивист не будет настаивать, в отличие от своих идейных предшественников, что задачей юриста является исключительно анализ правовых норм и принципов и их логическое и систематическое применение к различным ситуациям. Как отмечалось выше, в позитивизме нет ничего такого, что заставляло бы придерживаться столь узких взглядов. И современные позитивисты, по крайней мере наиболее прогрессивные из них, признают, что право, являясь самостоятельной областью науки, тесно и неразрывно связано с другими сферами человеческой деятельности. Поскольку нельзя должным образом понять право, не уяснив его целей, даже если эти цели преходящи и меняются с течением времени, а не абсолютны *sub specie aeternitatis*, (с точки зрения вечности). Следовательно, юристу необходимо отдавать себе отчет в том, какова система ценностей современного общества, и устранять многочисленные препятствия на пути развития правопорядка его страны, как инструмента для достижения справедливости в рамках этой системы ценностей.

Соответственно, две следующие главы будут посвящены, во-первых, различным методам взаимодействия между правом и справедливостью, и, во-вторых, попыткам инкорпорировать в структуру современных правовых систем ценности и принципы, уже сформировавшиеся или только формирующиеся в западном обществе и в странах другой культуры, где, однако, сильно его влияние.

6. ПРАВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

В предыдущей главе была сделана попытка показать, каким образом право должно быть связано с системой ценностей, признаваемых тем или иным конкретным обществом. Такая система ценностей может изменяться, и на самом деле меняется в зависимости от времени и места. Хотя, на взгляд позитивиста, невозможно доказать абсолютное превосходство одной какой-либо системы над остальными существующими или могущими существовать, тем не менее, если общество уверено, что его ценности являются наивысшими, оно будет судить о праве с точки зрения этих ценностей и пытаться изменить его в тех случаях, когда оно им не соответствует.

Можно, однако, возразить, что все это прекрасно выглядит при общих рассуждениях о том, как действует право, по крайней мере в развитых обществах, достигших определенной степени гармонии в отношении своих основных задач. Но существует более глобальная цель, которая всегда стоит, или должна стоять перед правом: эта цель — «справедливость». Идея права во все времена ассоциировалась с идеей справедливости, и если согласиться с тем, что это и есть тот высший принцип, к осуществлению которого должно стремиться право, то можно прийти к пониманию его цели прямо и непосредственно, не вдаваясь в дискуссии о высших ценностях различных человеческих обществ со всеми их противоречиями и неопределенностями. В конце концов, разве не являются сами эти ценности, пытающиеся найти свое воплощение в законах общества, всего лишь частным выражением общего стремления к справедливости?

Этот вопрос очень важен для понимания права, особенно с учетом широко распространенного мнения (наиболее наглядной иллюстрацией которого является статуя богини правосудия с чашами весов, вознесшаяся над Центральным уголов-

ным судом Лондона — Олд Бейли), что право должно воплощать в себе справедливость и что без справедливости оно является насмешкой, если не полным отрицанием самого себя. Поэтому представляется целесообразным в данной главе попытаться прояснить смысл термина «справедливость» и ее отношение к праву, а лишь затем, в следующей главе, перейти к рассмотрению проблем, с которыми приходится сталкиваться в поисках правового механизма реализации основополагающих ценностей западного общества.

ЧТО ТАКОЕ СПРАВЕДЛИВОСТЬ?

С самого начала следует четко уяснить, что справедливость, каким бы ни был ее точный смысл, сама является моральной ценностью, одной из тех целей или задач, которые ставит перед собой человек для достижения лучшей жизни. Если все нравственные устремления человеческой жизни можно охарактеризовать как благие, то идея справедливости будет всего лишь одним из многих «добрых» дел, которые с точки зрения морали завещаны человечеству. Конкретное «добро» может служить в качестве средства и одновременно являться самоцелью. Например, можно рассматривать счастье как цель, а свободу — скорее как средство его достижения, а не как добро само по себе. Иными словами, можно создать иерархию различных категорий «добра» или «ценностей» человеческого общества, так что некоторые из них окажутся всего лишь средством для достижения других, высших ценностей, ведущих в конечном итоге к некоему абсолютному Добру (Благу). Таким образом, для утилитаристов таковым является «достижение наивысшего счастья наибольшим числом людей», которому подчиняются все остальные категории «добра».

Итак, абсолютное Добро (Благо) является делом выбора, а не доказательства, и при желании можно было бы «водрузить на вершину» именно справедливость. И действительно, некоторые юристы и даже выдающиеся философы, в частности, Платон, ставили справедливость (1) во главу моральных ценностей. Древние иудеи, как отмечалось выше, также разделяли подобные взгляды на этику и право.

Что же означает эта вечная идея справедливости? Поскольку уже упоминалось о том, сколь значительную роль понятие справедливости играет в этике Платона, то, пожалуй, лучше всего начать поиски ответа на поставленный вопрос с краткого изложения взглядов великого древнегреческого мыслителя на данную проблему.

«СПРАВЕДЛИВОСТЬ» ПО ПЛАТОНУ

В своей знаменитой работе «Государство» Платон пытается объяснить, что такое «справедливость». Для него микромир справедливого человека является отражением справедливого общества. Поэтому он ищет смысл справедливости в идеале справедливого общества, независимо от того, возможно ли достичь его на земле. По мнению Платона, такое общество должно быть справедливым, поскольку будет отвечать его концепции справедливости. Согласно этой концепции, всякая вещь или человек (Платон считал, что справедливость распространяется на вещи и на людей) имеет свою собственную сферу, и справедливость означает соответствие этой сфере. Например, такой инструмент, как пила или стамеска имеет сферу применения в столярном деле, которую Платон считает «справедливой»; точно так же плотник или лекарь имеют свои собственные сферы — плотническое дело или врачевание больных, добросовестное выполнение которых этими людьми и представляет собой «справедливость». Точно так же лишь мудрый человек способен управлять другими. Поэтому в справедливом обществе только такой человек может быть правителем.

Такой взгляд на справедливость вряд ли отвечает современным либеральным воззрениям, поскольку явно основан на аристократической идее, что каждый человек от рождения приспособлен к определенной сфере деятельности, и если он уклоняется от нее, то виноват в несправедливости. Это несколько напоминает феодальную идею трех сословий — священников, воинов и тружеников, каждое из которых имеет собственное поле деятельности, куда нет доступа другим. Платон, несомненно, идет гораздо дальше средневековых взглядов, утверждая, что потенциальных прави-

телей следует выбирать не по рождению, а по заслугам, причем, прежде чем стать правителем, такой человек должен получить глубокое и всестороннее образование.

И все же Платон, видимо, заблуждался, утверждая, что каждый человек самой природой предназначен для той или иной деятельности и что для каждого индивида существует такая сфера, которая наилучшим образом подходит к его естественным склонностям и способностям. Более того, даже разделение на свободных и рабов не противоречит его системе взглядов. Не случайно Аристотель, развивая эту идею, утверждал, что некоторые люди — рабы по своей природе и поэтому пригодны лишь для рабства. В справедливом обществе Платона не нашлось также места и для таких возвышенных понятий, представляющих для многих самую суть моральных ценностей, как благотворительность, взаимопомощь и филантропия. Так что в целом концепция справедливости Платона неприемлема в принципе, не говоря уже о невозможности рассматривать её с точки зрения современных западных стандартов в качестве адекватного критерия абсолютного добра, к которому должно стремиться наше общество.

ФОРМАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ И РАВЕНСТВО

Понятие справедливости может меняться от века к веку. Например, для древних греков справедливость выражалась главным образом в идее неравенства, поскольку само отсутствие естественного равенства между людьми (равно как и между предметами материального мира) требовало дифференциации в отношениях. И наоборот, в наши дни равенство составляет самую суть справедливости. Действительно, для современной этики и философии права её важнейшей функцией является достижение равенства, а не увековечение неравенства.

Несомненно, идея справедливости, подразумевающая равное отношение ко всем, многим обязана отождествлению справедливости с правосудием. Предполагается, что закон в равной степени распространяется на всех людей во всех ситуациях, без разделения на бедных и богатых,

П РАВОЙ СП РАВЕД Л ИВОСТ И.

власть имущих и простолюдинов. Закон, который применяется именно таким образом без какой-либо дискриминации, можно считать воплощением справедливости. И еще следует отметить, что справедливость в смысле правосудия является всего лишь формальным соблюдением принципа равенства. А это влечет за собой дифференцированное отношение ко всем с учетом их индивидуальных различий, поскольку в противном случае будет необходимо присуждать каждого, совершившего, например, убийство, к одной и той же мере наказания, независимо от таких факторов, как душевное расстройство или умственная отсталость обвиняемого. Другими словами, этот формальный принцип означает необходимость одинакового обращения с друг другом подобными, то есть со всеми лицами, отнесенными по той или иной причине к какой-либо определенной категории. Например, если в соответствии с избирательным законом правом голоса наделяются все, достигшие совершеннолетия, то справедливость требует свободного осуществления всеми гражданами, подпадающими под это определение, предоставленного им права голоса. Но принцип справедливости не будет нарушен исключением из числа голосующих детей и иностранцев.

Иначе говоря, формальная справедливость требует равного обращения в соответствии с классификацией, установленной действующими правилами, но она не дает никаких указаний относительно того, каким образом следует классифицировать людей и как с ними обращаться. Отсюда можно сделать вывод, что формальная справедливость – довольно абстрактная категория, несколько напоминающая категорический императив Канта, так как если ей придать конкретное содержание, то помимо принципа простого формального равенства придется обращаться к другим принципам. Право голоса, предоставляемое только лицам мужского пола, по расовому или религиозному признаку, может быть формально реализовано вполне справедливо в том смысле, что со всеми, кому оно предоставлено будут обращаться одинаково; но совершенно иное дело, готовы ли мы признать справедливой данную классификацию на

основе упомянутых критериев. Ясно, однако, что для решения такого рода проблем одного чисто формального принципа «обращаться подобно с подобным» явно недостаточно, поскольку потребуются применить еще и другие принципы для выявления того, какие именно различия должны считаться относящимися к делу. Руководствуясь лишь одним принципом равенства невозможно решить, следует ли принимать во внимание или игнорировать различия пола, расы, религии, места рождения, состояния здоровья, умственных способностей, материальной обеспеченности или общественного авторитета. Люди не рождаются равными не только по физическому и по умственному развитию, но и в других отношениях. Так что равенство между ними остается по необходимости простой формальностью до тех пор, пока не определено, каким образом следует осуществлять их дальнейшее подразделение на соответствующие категории согласно моральным или социальным потребностям конкретного общества. Более того, даже равное обращение со всеми требует принятия специальных мер защиты самых бедных и неимущих слоев общества с тем, чтобы дать им возможность добиваться справедливости на равных с обладателями физических, умственных, социальных или экономических преимуществ, которые в противном случае склонили бы чашу весов в их пользу. В период правления королевы Виктории один английский судья цинично заявил: «Закон, как и отель Риц, одинаково открыт для всех – и богатых и бедных». Такого рода формальное равенство вряд ли принесет какую-то пользу бедняку. Поэтому современные правовые системы постарались сгладить это различие, предусмотрев систему бесплатной юридической помощи беднякам, финансируемую государством, чтобы хоть как-то уравнивать их возможности в судебных тяжбах с толстосумами.

Здесь лишь бегло будет затронут вопрос, каким образом следует ликвидировать разрыв между формальной и подлинной справедливостью. (1a) Сперва остановимся более детально на атрибутах формальной справедливости. Идея формальной справедливости, воплощенная в принципе оди-

накового подхода к одинаковым делам, при рассмотрении в более широком контексте подразумевает три взаимосвязанные концепции: во-первых, должны существовать нормы предписывающие, как следует обращаться с людьми в конкретных случаях; во-вторых, эти нормы должны быть общими по своему характеру, то есть предусматривать, что любое лицо, подпадающее под их действие, обязано соблюдать их. (Иными словами, эти нормы должны применяться либо ко всем и каждому, либо к определенным категориям граждан, а не выборочно по отношению к отдельным индивидам.) В-третьих, справедливость требует, чтобы эти общие нормы применялись беспристрастно, то есть соответствующие учреждения, их исполняющие, должны применять их без какой-либо дискриминации, принуждения или, наоборот, поправок, не делая никаких исключений для тех, кто подпадает под действие этих норм. Если например, профсоюз постановил, что любой рабочий мужского пола, достигший 18 лет, имеет право стать членом профсоюза (например металлургов), то отказ в таком праве лицу другой профессии, отвечающему всем предъявляемым требованиям, не будет противоречить принципу формальной справедливости, точно так же, как отказ в приеме в члены профсоюза за женщины-работницы или 16-летнего юноши.

РЕАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

С расширением круга идей, составляющих понятие формальной справедливости, становится ясно, что такая справедливость ограничивается всего лишь разработкой логических последствий применения системы норм. Сама идея «подобно регулировать отношения между подобными», если что и означает, то только систему норм, применяемую ко всем подобным делам. Норму вряд ли можно квалифицировать как таковую, если она не имеет общего применения ко всем без исключения людям и ситуациям, подпадающим под ее действие. А если нормы не применяются объективно и непредвзято в соответствии с условиями их применения, то это означает, что никакой системы норм вообще не существует. Поэтому нет ничего удиви-

тельного в том, что концепция справедливости, в которой речь идет исключительно о последствиях логического применения норм, не идет дальше процессуальных аспектов справедливости, и не содержит никаких критериев оценки того, являются ли действующие нормы действительно справедливыми. Для достижения реальной или конкретной справедливости следует дополнить формальные требования справедливости двояким образом.

1. *Конкретная справедливость*: Как решить, справедливы ли сами действующие нормы? Право голоса, предоставляемое только лицам мужского пола, достигшим 25-ти лет, может, при абсолютно непредвзятом применении, отвечать требованиям формальной справедливости, как уже отмечалось выше, но возникает еще и вопрос, справедливо ли ограничивать право голоса таким образом и не распространять его и на женщин, а также и на мужчин, которые еще не достигли указанного возраста? В своей «Этике» Аристотель ссылается на так называемую распределительную справедливость, которая относится к распределению государством почестей и наград среди граждан в соответствии с их заслугами. Подобная идея справедливости также нашла свое отражение и в Кодексе Юстиниана, согласно которому — «воздать каждому ему причитающееся» отождествляется со справедливостью. Но каково это «причитающееся»? Как оценить доблесть или честь? Предположим, государство создает фонд, куда все граждане могут обратиться и требовать им «причитающееся». Предположим также, что для этих целей «причитающееся» относится не к правомерному требованию в отношении конкретного долга со стороны государства (в этом случае должны быть приняты решения скорее по закону, чем по справедливости, независимо от того, совпадают эти понятия или нет), а к тому, что каждый гражданин в состоянии доказать как причитающееся ему «по справедливости». Совершенно очевидно, что для подобных случаев необходимо разработать определенные критерии, по которым одним требованиям будет отдаваться предпочтение перед другими. Распорядитель такого фонда должен будет решить, собирается ли он вознаг-

раждать за реальные достижения (и как тогда их оценивать), или за предпринятые усилия, работу, победу над противником, или компенсировать физические или материальные недостатки и т.п. Иными словами, ему надо будет разработать шкалу ценностей, которая будет служить ориентиром при рассмотрении различных требований. Совершенно ясно поэтому, что эти ценности надо будет основывать на чем-то другом, помимо самой справедливости. Справедливость, являясь рациональным принципом причинно-следственных связей и вытекающих из них последствий, может сказать нам, правильно или неправильно распорядитель фонда, который предпочел результат предпринятому усилию, применяет установленный им самим критерий при выборе между двумя претендентами. Точно так же, руководствуясь этим принципом, можно определить, справедливо или несправедливо отказано гражданину в выражении его волеизъявления в соответствии с правом голоса, установленным в законодательном порядке. Однако руководствуясь принципом справедливости, нельзя ответить на вопрос, правильно ли предпочесть реальный результат приложенным усилиям в качестве критерия для вознаграждения, или ограничить право голоса лицами мужского пола, исключив женщин. Критика или оправдание подобных решений должны основываться на более широких критериях или принципах, выходящих за рамки понятия справедливости.

Такой вывод вряд ли удивит кого-то, если принять во внимание, что справедливость — это всего лишь идея рационального порядка и взаимосвязанных последовательностей, и поэтому она действует скорее в качестве процедурного (процессуального) принципа, чем по существу. (Это не означает пренебрежительного отношения к процедуре как таковой. Она имеет огромное значение в осуществлении правосудия, как будет показано ниже.) Те ценности, которые мы утверждаем, являются предметом выбора, а не предметом логической необходимости. Это, конечно, не означает, что наш выбор абсолютно свободен, так как в значительной степени он обусловлен нашим историческим про-

шлым и традициями, а также социально-экономической средой обитания. Более того, не существует никаких причин, почему выбор ценностей, подобно любому другому выбору, нельзя оправдать рациональными аргументами. (2) В любом случае, истинность шкалы ценностей нельзя доказать логически, но можно лишь принять или отвергнуть, потому что мы чувствуем, что просто не можем поступить иначе. Именно это имел в виду Юм, когда говорил, что «не разум, а страсти» диктуют наши моральные принципы.

Необходимо четко представлять себе, что критерий равенства является с точки зрения понятийного аппарата идеи справедливости чисто логическим и формальным принципом, а не высшей ценностью, которой общество должно руководствоваться. Причина этого не в том, что равенство само по себе неспособно представлять высшую ценность такого рода. Наоборот, как будет показано при рассмотрении взаимоотношений свободы и права, равенство занимает важное место в современной шкале социальных ценностей. Но в данном контексте это уже не просто логический принцип «обращаться подобно с подобным» в рамках установленных норм. Здесь он скорее представляет собой осознанно принятое решение в рамках шкалы ценностей согласно которой, определенные различия между людьми не могут служить основанием для дискриминации. Это особенно относится к таким различиям, как половая или расовая принадлежность, цвет кожи, религия. Приверженность подобным взглядам несомненно означает сознательный выбор и наличие у человека моральных убеждений, которые нельзя получить, исходя из формальных принципов равенства, присущих понятию справедливости.

2. Право справедливости: Существует еще одна трудность при обращении к справедливости как средству честно улаживать споры между людьми. Поскольку, как указывал Аристотель, общий характер норм означает, что невозможно предвидеть и адекватно решать каждую конкретную ситуацию, то в ряде случаев давление формальной справедливости может оказаться особенно сильным. Именно по этой причине во всех правовых системах всегда

ощущалась потребность смягчить суровость закона. Такая корректировка обычно выражается в предоставлении судьям полномочий в особо трудных случаях по своему усмотрению толковать законы не в строгом соответствии с их буквой, а исходя из права справедливости, контролируя и ограничивая буквальное применение закона. Это наглядно отразилось в высказывании «правосудие должно быть милосердным», означающем, что каждый конкретный случай правосудие должно соотносить с правом справедливости. Данный принцип можно вполне справедливо и свободно применять в сфере уголовного права. Например, закон требует осуждения. Но поскольку твердо установлены лишь крайние пределы наказаний, то в их диапазоне допускается определенная гибкость при вынесении приговора, так что само наказание может быть адаптировано в соответствии с каждым конкретным случаем. Когда в виде единственного наказания предусмотрена смертная казнь, отсутствует возможность применения права справедливости. И это иногда приводит к «несправедливому» оправданию виновного присяжными, которые считают, что он не заслуживает смертного приговора. В гражданских делах, однако, вопрос еще сложнее, поскольку, если рассматривать тяжелые материальные условия, как основание для невыполнения своих юридических обязательств, это может внести большую неопределенность в соблюдение закона. Вот почему в Англии право справедливости в отличие от общего права имело тенденцию к потере гибкости и превращению скорее в дополнительную правовую систему, чем в средство смягчения жестких норм правосудия, диктуемых строгостью закона. С другой стороны, имело место значительное увеличение объема особых полномочий действовать по своему усмотрению, предоставленных современным законодательством судам, трибуналам и должностным лицам. И это можно рассматривать, как определенный аналог принципов, основанных на праве справедливости, которые включены в систему статутного права. В Англии с этой целью часто делается ссылка на понятие «разумности». Например, суды могут выносить реше-

ПРАВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

ние о выселении квартиросъемщика из арендуемого жилья только в случае абсолютной уверенности в «разумности» подобного шага.

ПРАВОСУДИЕ

Справедливость является гораздо более широким понятием, чем право, и может применяться всегда, когда существует свод правил, юридических или неюридических. Например, частный клуб или школа могут руководствоваться нормами, отвечающими требованиям формальной справедливости, независимо от возможности или невозможности применять чисто юридические нормы. Мы уже рассмотрели концепцию справедливости в подобном широком контексте. Теперь необходимо перенести наши исследования в специфическую область права и с этой целью заняться анализом соотношения права и справедливости, а также попытаться определить, каким конкретным смыслом следует наделять понятие правосудия, или «юридической справедливости».

Если сравнить формальные признаки справедливости со свойствами, которые принято считать характерными атрибутами права, можно увидеть, что в целом они совпадают. Это совпадение настолько близко, что появляется соблазн предположить, а не выведено ли само понятие формальной справедливости из концепции права или не смоделировано ли оно по ее образцу? В предыдущей главе уже было рассмотрено соотношение права и морали и было подчеркнуто, что есть веские основания утверждать, что многие моральные принципы ведут свое происхождение от правовых норм. И здесь снова можно увидеть, какое огромное влияние оказывают правовые понятия на морально-нравственный образ мышления, создавая основу для этической концепции справедливости, способной развиваться хотя и вполне самостоятельно, но в тесном взаимодействии с формализованной структурой правовой системы.

До какой степени три признака, характерных для формальной справедливости, о которых уже упоминалось, — а именно: наличие правил и норм, их общий характер и бес-

пристрастность и объективность применения, - присущи правовой системе? Во-первых, вполне очевидно, что основной характерной чертой правовой системы является то, что она содержит правила, необходимые для регулирования человеческой деятельности и разрешения споров. Далее, ясно, что эти правила почти всегда (хотя и не обязательно) будут иметь всеобщий характер, поскольку цель права в том и состоит, чтобы классифицировать различные действия и ситуации и обеспечить общие нормы для их регулирования. Можно легко представить, — а так иногда и случалось в действительности, — что принимались законы в отношении одного единственного лица или одной конкретной ситуации, как, например, старинный закон о лишении прав состояния с конфискацией имущества по смертному приговору, налагавший наказание на отдельного индивида, или парламентский акт, посвященный исключительно управлению одним единственным конкретным поместьем. (3) И тем не менее даже акты, не носящие всеобщего характера, часто являются всеобщими по своим последствиям: например, права третьих лиц в отношении любой собственности, подпадающей под действие законов в двух вышеуказанных примерах, будут затронуты этими законами. Таким образом, даже если припомнить весьма специфические примеры законов, не имеющих всеобщего применения, не подлежит сомнению тот факт, что они составляют редчайшее исключение, не подвергающее серьезному сомнению утверждение, что правовые системы состоят из норм общего применения. Некоторые юристы даже пытались утверждать, что закон не может быть квалифицирован в качестве такового, если не обладает атрибутом всеобщности. Но это представляется слишком уж произвольным ограничением определения закона, способным породить путаницу в терминологии в случае исполнения должным образом принятого нормативного акта, не имеющего всеобщего применения, поскольку юристы вряд ли согласятся называть его иначе, чем закон. (4)

Несколько иная ситуация складывается в отношении третьего признака справедливости — необходимости непредвзятого и объективного применения норм. Объектив-

ность обычно ассоциируется с правом в том смысле, что рассматривается в качестве чрезвычайно желательного атрибута или даже цели любой правовой системы. Однако практика, за исключением стран с наиболее развитыми правовыми системами (увы, иногда даже и там), свидетельствует совсем о другом. Представляется, что в данном случае, это скорее вопрос меры, столь необходимой и в других аспектах человеческой деятельности. Если все правовые системы не смогут в силу каких-либо обстоятельств достичь полной беспристрастности, то невозможно будет говорить об объективности, как о важнейшем атрибуте права. С одной стороны, если теоретически предположить существование некоей страны или государства, в котором из-за царящего произвола при применении правовых норм нельзя предсказать, как будут решаться даже самые простейшие дела — по причине ли коррупции или вследствие каких-то личных соображений, влияющих на принятие решений, — то о таких странах вряд ли можно сказать, что они вообще обладают правовой системой. С другой стороны, вряд ли справедливо отказывать в признании таких правовых систем, в которых законы имеют общее действие и применяются регулярно, но в то же время для определенных групп, классов или отдельных граждан предусмотрены определенные льготы, и они могут рассчитывать на более благосклонное к себе отношение как со стороны судов, так и других правоохранительных органов. В подобных случаях предпочитают скорее говорить, что правовая система существует, но её функционирование в ряде случаев оставляет желать много лучшего.

Как бы там ни было, однако факт остается фактом: определенная степень взаимосвязанности и упорядоченности является важнейшей чертой любой правовой системы, хотя невозможно разработать точные критерии, которые бы служили мерилем этой степени. Более того, необходимо принимать во внимание уровень социального развития данного общества и сравнивать его с состоянием других современных ему обществ. Нельзя судить о действии права в эпоху феодализма на основании сравнения с условиями отсталой страны современного мира — это совершен-

но разные исторические ситуации, и проводить параллель между ними некорректно.

Помимо уже рассмотренных черт, общих для права и справедливости, существует еще один ранее упомянутый элемент — право справедливости. И здесь также значение (если не само возникновение) идеи права справедливости, проистекает главным образом из её реализации в рамках функционирования общего права. Аристотель говорит о праве справедливости в основном как о средстве смягчения суровых требований закона. И в праве позднего Рима можно найти множество примеров, когда зывали к духу права справедливости с тем, чтобы дать возможность праву, основанному на законах, развиваться более справедливым и гуманным образом, чем это допускалось строгим буквализмом последних. В свою очередь, английское право выработало собственную систему права справедливости, осуществляемого особым судом с целью смягчения ригоризма общего права. Этот институт получил распространение во всех странах общего права, включая США, и до сих пор существует в Великобритании в несколько модифицированной форме. В данном случае также можно наблюдать тесное сходство между формальной справедливостью и правом в том смысле, что оба ощущают необходимость в смягчении своих жестких требований, когда это вызывается конкретными обстоятельствами. И точно так же, как нельзя сказать в отношении справедливости, что она поправа, поскольку проигнорировано обращение к праву справедливости, — достаточно вспомнить уже упоминавшееся различие между справедливостью и милосердием, — так и невозможно отрицать существование права только потому, что оно не пытается смягчить свой ригоризм на основе права справедливости. Закон может лишиться своей правовой сути из-за чрезмерно произвольного и предвзятого применения, но вряд ли он перестает быть законом по причине жесткого применения в соответствии с его предписанием. Право древних мидян и персов с его непрекращаемым запретом на любые изменения могло быть суровым, но от этого оно не переставало быть правом.

НЕПРАВОСУДИЕ (LEGAL INJUSTICE)

Итак, концепции права и справедливости во многом совпадают. В связи с близким сходством формальных атрибутов этих двух понятий возникает вопрос, в каком случае можно обвинить само право в несправедливости.

Представляется, что упреки в несправедливости права могут возникнуть в трех четко выраженных типах случаев, которые следует всегда различать между собой. Во-первых, право в общественном сознании, как было показано выше, часто отождествляется с идеей справедливости. Именно по этой причине суды в Англии нередко называют «судами справедливости» (*Courts of Justice*), полагая, что они являются синонимом «судов (общего) права» (*Courts of Law*), хотя последние в своей практике могут далеко уходить от идеалов, провозглашаемых первыми. В таких случаях неправосудие может иметь место, когда дело решается вопреки духу закона. А вот отвечают ли предписания закона тому, что принято считать «реальной справедливостью», это уже совсем другой вопрос. Например, закон может допускать нанесение одним лицом ощутимого ущерба или телесных повреждений другому без предоставления потерпевшему возможности обжаловать действия первого. Решение, вынесенное в соответствии с этим законом, будет справедливым с юридической точки зрения, хотя и может рассматриваться (даже самим судом), как совершенно несправедливое с моральной стороны. С другой стороны, если бы суд, вопреки требованию закона, все же вынес решение в пользу потерпевшего, это можно было бы считать вполне удовлетворительным с моральной точки зрения, но такое решение означало бы неправосудие. Приведенные примеры, дают, естественно, основание предполагать, что в данном случае закон совершенно ясен, но применяется неправильно. На практике, однако, многие правовые системы столь сложны и полны неопределенностей относительно должного толкования законов применительно к различным ситуациям, что зачастую решения низшего суда корректируются на основании апелляции судом более высокой инстанции. В случае, когда выясняется, что нижестоящий

суд просто ошибочно истолковал закон, термин «неправосудие» не совсем корректен и вряд ли будет употреблен. Справедливость тесно ассоциируется с моралью, что требует осудить как несправедливость умышленное «искажение» закона скорее, чем заклеить в качестве таковой непреднамеренное (*bona fide*) неправильное толкование закона судом, стремящимся должным образом исполнять свои обязанности. Существует еще одна проблема, которая может возникнуть в связи с критикой юридической ответственностью некорректного с правовой точки зрения обоснования вышестоящим судом своего решения. И более того. Для подобных случаев некоторые правовые системы даже предусматривают возможность отмены высшими судебными инстанциями собственных предыдущих решений, как юридически ошибочных.

Вторая форма неправосудия имеет место, когда закон не применяется должным образом в духе той самой непредвзятости, которая требуется для его соблюдения. Если, например, суд истолковал факты в пользу некоего влиятельного лица, являющегося одной из тяжущихся сторон, не потому что искренне убежден в их подлинности, а из стремления показать свое расположение по отношению к столь важной персоне, или из-за опасения возможных негативных последствий неблагоприятного для неё решения, или по причине получения взятки, или из расчета на будущую выгоду, то можно сказать, что в таком случае свершилось неправосудие. Такое неправосудие будет несправедливым как с точки зрения абстрактной справедливости, так и с точки зрения права, поскольку, каковым бы ни было существо дела, и независимо от того, отвечают или нет применяемые законы требованиям реальной справедливости, отсутствие объективности все равно является серьезнейшим нарушением концепции формальной справедливости. Эту мысль можно развить дальше, представив, что суд проявляет такую же необъективность и пристрастность, но уже по отношению к «маленькому человеку» участнику спора, поскольку чувствует, что тот заслуживает симпатии. Например, случай, не так уж редко встреча-

ющийся в современных условиях, когда человек скромного достатка, получив серьезные физические увечья в дорожно-транспортном происшествии (ДТП) или на рабочем месте, обращается в суд с просьбой о возмещении ущерба. Ответчиком в таком деле будет либо страховая компания, либо фирма, где работает потерпевший. Судья или присяжные, которые вынесут решение в пользу истца, руководствуясь не объективной оценкой имевшего места ущерба, а искренним сочувствием к материально нуждающемуся человеку, а также исходя из уверенности, что возмещение ущерба ни в коем случае не будет обременительным для ответчика, несомненно виновны в «вершении» несправедливости как с моральной, так и с правовой точек зрения, несмотря на благие мотивы подобного решения.

Третий вид неправосудия имеет место, когда закон, применяемый вполне объективно и должным образом в соответствии со своим духом и буквой, сам по себе несправедлив с точки зрения существующей системы ценностей, служащей для определения реальной справедливости правовой нормы. Философ Томас Гоббс проповедовал достаточно спорный тезис, что единственным мерилom справедливости является сам закон, так что какую бы норму он ни предписал, она *ipso facto* будет справедливой. (5) Этот аргумент представляется совершенно несостоятельным, поскольку не существует никаких видимых причин, в силу которых невозможно было бы оценить реальную справедливость правовой нормы, руководствуясь определенными внешними критериями, хотя это никоим образом не означает, как уже было сказано, что эти критерии обязательно должны обладать абсолютной, универсальной и неизменной ценностью. С точки зрения Гоббса, все законы справедливы по определению. Но это абсолютно произвольный подход, основывающийся исключительно на юридической терминологии и потому совершенно справедливо отвергнутый большинством философов и правоведов, равно как и всеми, наделенными здравым смыслом. Известный английский судья, член Верховного суда, сэра Эдвард Коук, однажды действительно попытался уравнять право

с моралью и естественным правом, когда определил общее право как «торжество разума». (6) Это, однако, было всего лишь красивой фразой, особенно, если учесть варварское состояние общего права в XVII веке.

И в этом смысле несправедливый закон — вполне мыслимая категория, если только понимать его всего лишь как закон, который, хотя и является действительным сам по себе с юридико-технической точки зрения, но противоречит принятой в данном обществе шкале ценностей. Более того, этот тезис совершенно уместно распространить не только на отдельные законы, посягающие на общечеловеческие ценности, но и на правовую систему в целом, которую можно осудить, например, за явную защиту интересов исключительно одной группы граждан, независимо от того, представляет ли данная группа большинство или меньшинство населения.

Является ли еще одной причиной различия между правом и справедливостью то, что в то время как вполне допустимо говорить о несправедливом законе, совершенно абсурдно ссылаться на «несправедливую справедливость»? На первый взгляд, это кажется полной бессмыслицей, термином, противоречащим всякой логике, да он почти никогда и не употребляется, разве что в ироническом смысле. Но здесь снова, однако, надо противопоставить формальному аспекту справедливости ее истинное значение. Если усматривать в справедливости воплощение чисто формального принципа равенства, как это было сделано выше, то она не может быть несправедливой по определению. Действительно, справедливость, понимаемая в столь узком смысле, представляет собой принцип формальной логики, и при правильном применении, с этой точки зрения, не может противоречить себе самой. С другой стороны, право справедливости, что также было уже рассмотрено выше, действует не как выражение формально-логического принципа, но применительно к условиям каждого конкретного случая, — можно даже сказать, «спонтанно». По этой причине в Англии на ранней стадии возникновения права справедливости его критиковали за то, что оно меняется в зависимости от то-

го «с какой ноги встал Лорд-канцлер». В отсутствие формальных требований право справедливости сходно с благотворительностью, которая непредсказуема и безоглядна и лишь стремится облегчить страдания, не обращая внимание ни на какую регламентацию. Право справедливости в таком понимании является скорее антитезой формальной справедливости, или, по крайней мере, дополнением к ней, чем составной частью понятия справедливости. Однако в более широком смысле можно рассматривать само право справедливости как разновидность справедливости, и тогда появляются вполне разумные основания считать формальную справедливость несправедливой, если она всего лишь следует жесткой логике своих собственных требований, но не сопрягает свои выводы с духом права справедливости, применяемого к каждому конкретному случаю. Отсюда можно сделать вывод, что решение какой-либо ассоциации (или клуба) об исключении одного из своих членов за неподобающее поведение вполне справедливо с точки зрения правил её внутреннего регламента, предписывающих такие жесткие меры. И все же оно может быть «несправедливым», так как не были учтены особые обстоятельства, которые могли бы смягчить наказание. Таким образом, становится ясно, что подобный случай аналогичен применению скорее буквы, чем духу права справедливости, или случаю, когда правосудие не смягчается милосердием.

Помимо приведенных выше примеров, о формальной справедливости, как и о самом праве, нельзя сказать, что ее соблюдение всегда в конечном итоге ведет к реальной или конкретной справедливости. Здесь наблюдается полная аналогия между абстрактной справедливостью и правом. Отец, к примеру, может принять решение о лишении наследства любого из своих детей, который женится или выйдет замуж за католика. (7) Исполнение этого решения без всяких исключений и поблажек будет соответствовать формальной справедливости, но ничего не скажет о нем с точки зрения истинной справедливости. Точно так же закон какого-либо государства, отстраняющий от участия в выборах лиц, принадлежащих к определенной расе или религии, может совер-

шенно справедливо применяться к тем, кто подпадает под его действие, но подлинная справедливость подобного закона останется под большим сомнением. Итак, очевидно, здесь снова встает проблема фундаментального различия, о котором упоминалось выше при рассмотрении проблемы несправедливого закона, а именно: что его применение буквально и по содержанию вполне справедливо, но тем не менее, он может представлять собой воплощение вопиющей несправедливости. А когда речь идет о несправедливости именно в таком смысле, то обычно ссылаются на систему ценностей, принимаемую в силу тех или иных причин за основу критериев, благодаря которым в рамках этой системы становится возможным судить о нормах поведения человека в обществе в категориях добра и зла, справедливости или несправедливости, независимо от их правового или неправового характера. И действительно, в широком контексте того, что принято называть «реальной (истинной) справедливостью», практически невозможно выявить каких-либо существенных различий между «правильным» и «справедливым», хотя «правильность» является гораздо более широкой категорией, чем «справедливость» даже и в этом смысле.

ПРАВО И «РЕАЛЬНАЯ» СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Таким образом, для правовой системы, даже смягченной в духе права справедливости, недостаточно соответствовать формальным атрибутам справедливости. В дополнение к этому праву необходимо обладать справедливым содержанием, а это может лишь означать, что сами его нормы должны стремиться соответствовать критериям «правильности», основывающимся на ценностях, выходящих за рамки понятия справедливости в том смысле, что никакая формальная идея справедливости не может диктовать, согласно каким признакам следует предпочесть одни ценности другим. Поэтому утверждение, что право стремится к справедливости, не способно заменить систему ценностей, поскольку при их отсутствии становится возможным совершение реальной несправедливости от имени самой справедливости в самых чудовищных формах. По этой причине

представляется целесообразным завершить данную главу кратким изложением общих соображений по поводу правовых методов претворения в жизнь системы ценностей, существующей в данном обществе. Это позволит перейти в следующей главе к рассмотрению основной шкалы ценностей современного Запада и различных способов функционирования этих ценностей в условиях правовых систем западных демократических государств и других стран, разделяющих их взгляды на демократию.

Существует два принципиальных метода, с помощью которых правовая система может стремиться достичь не только формальной, но и реальной справедливости в той степени, в какой эта последняя отражена в существующей системе ценностей данного общества. Действие первого из них более ограничено, но в то же время в каком-то смысле даже, пожалуй, и более всепроникающее, если оценивать его с точки зрения долгосрочной перспективы. Это происходит благодаря определенной гибкости, заложенной в нормах, применяемых судами и другими органами правосудия, с целью предоставить судьям и прочим служителям Фемиды возможность развивать право, приспособивая его к потребностям общества, в котором оно действует. Естественно, не существует никакой гарантии того, что эта гибкость будет использована именно для подобных целей. Ограниченные и склонные к догматизму представители юридической профессии могут не разобраться в моральных ценностях своего общества, особенно, если оно находится на стадии переходного периода и претерпевает значительные изменения социально-экономического порядка, постепенно трансформирующие его традиционные структуры. (8) Можно сказать, что в определенной степени общество имеет таких судей и юристов, которых оно заслуживает, и что давление общественного мнения и в этой социальной сфере может оказаться столь же эффективным, как и в других, хотя в некоторых обществах сопротивление переменам в области правовых традиций может быть сильнее, чем где бы то ни было. Кроме того, это еще отчасти и вопрос образования, причем не просто юридического образования в узко профес-

сиональном смысле (что, кстати, также имеет значение), но и в том плане, насколько успешно общая система образования содействует распространению моральных ценностей и тем самым создает почву и предпосылки для формирования просвещенного и чуткого общественного мнения.

Таким образом, этот метод — допускающий гибкость норм, — не столько предоставляет праву некий набор ценностей для дальнейшего применения, сколько дает судье возможность в рамках установленных норм учитывать существующие в данном обществе ценности и благодаря этому позитивно подходить к праву, даже если это не всегда признается. С другой стороны, может ощущаться потребность в предоставлении более конкретных указаний судьям и другим служителям закона, а также и самому законодательному органу в отношении тех ценностей, которых они должны придерживаться при вынесении решений, толковании закона и при разработке новых законодательных актов. Можно сказать, что в любой правовой системе присутствует, хотя бы подспудно, определенная система ценностей, которая находит свое отражение в праве. В системе общего права, например, принципы, выражающие присущие английскому обществу ценности, не содержатся в каком-то конкретном юридическом документе, их следует искать в имеющих длительную историю и традиции институтах, конституционных принципах и обычаях, решениях судов, которые рассматриваются как особое воплощение ценностей английского образа жизни. О воспитанных в таких традициях людях, чьей обязанностью является развитие и применение права, можно в целом сказать, что они хорошо знакомы с общественными настроениями, проявляющимися в различных формах. Тем самым присущие данной системе ценности реализуются и получают дальнейшее развитие. Но, если вдруг этого не происходит, различные организации, представляющие общественное мнение, могут сделать достоинством гласности существующую для этих ценностей угрозу, даже если она и возникла в правовых рамках.

Такой подход может использоваться в странах с многовековой традицией легитимного правления и достаточно

ПРАВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

однородным населением, разделяющим в целом основные ценности, которые воплотились в духе данного общества. Менее сплоченные или относительно недавно возникшие государства нуждаются в более четко выраженной системе, чем тот достаточно случайный набор законов и традиций, который вполне надежно служил и продолжает служить Англии по сей день. США, с их писаной Конституцией, принятой в 1776 году, и Биллем о правах, почти сразу же включенном в нее, явили пример, которому не раз следовали в современной истории, а именно — в законодательном порядке включали в конституцию определенные принципы. Эти принципы в историческом контексте XVIII века воспринимались, как выражение необходимых естественных прав человека, а в наши дни, когда естественно-правовая идея представляется весьма противоречивой, — основных прав человека. Ценность такого подхода заключается не только в том, что он позволяет сделать совершенно открытыми принципы, положенные в основу правовой системы, но и в том, что может сделать их обязательными юридическими нормами, нарушение которых преследуется в законодательном порядке. Так, например, в США все законодательные акты, противоречащие Конституции, провозглашаются недействительными. Но в некоторых современных конституциях включенные в них громогласные декларации об основных правах человека или его естественных правах не подкреплены никакой юридической гарантией, поскольку отсутствует механизм их строгого соблюдения в законодательном порядке, а суды не наделяются полномочиями требовать их обязательного исполнения. (9) Права человека, провозглашаемые в подобного рода конституциях, в действительности представляют собой всего лишь громкие лозунги. Но с другой стороны, имеются и конституции многих других государств, принятые после II мировой войны и включившие по американскому образцу обязательный Билль о правах, такие, например, как конституции Индии или Германии.

Когда основные ценности правовой системы воплощены в конституции, то можно подумать, что тем самым ис-

ключаются за ненужностью все дальнейшие поиски новых основополагающих ценностей, будь то в духе естественного права или на какой-то иной приемлемой этической основе. Действительно, если суды имеют полномочия применять эти положения конституции, есть все основания рассматривать их, как воплощение с общего согласия естественно-правовых идей, или как имеющие приоритет над всеми другими положениями, которые могли быть приняты, лишь исходя из аргументации общего плана. Во многом это соответствует действительности, так как суды будут считать своей обязанностью осуществлять на практике провозглашенные конституцией принципы, а не теоретизировать по поводу основных конституционных ценностей, независимо от того, служит ли им источником естественное право или какая-либо другая область. Однако на самом деле вопрос более сложен, чем может показаться на первый взгляд. И не только потому, что естественно-правовые идеи до сих пор пользуются достаточной популярностью, но еще и по той причине, что точное значение и смысл, вкладываемый в понятия основных ценностей, таких, как свобода слова, например, крайне противоречивы и дают повод к совершенно различным подходам. Более того, факт, закрепления основных прав и свобод подобного рода в конституции лишь в очень общих терминах и обуславливающего специально оговоренными или подразумеваемыми и достаточно неопределенными ограничениями, оставляет широкие возможности для взаимоисключающих толкований даже в судах.

Наличие писаной конституции, включающей Билль о правах с закрепленными в нем в общем плане основами системы ценностей, которые должны претворяться в жизнь, может в определенной степени уменьшить выше упомянутый разрыв между формальной и конкретной (реальной) справедливостью. Но подобная конституционная практика лишь намечает первоначальный подход к проблеме, а не дает ее окончательного решения. Это станет ясно из следующей главы, в которой пойдет речь о соотношении права и свободы. (10)

7 .
ПРАВО И СВОБОДА

Функция права – управлять деятельностью человека, накладывая те или иные ограничения, и поэтому должно казаться парадоксом, что идея свободы может находить свое выражение в праве. Понять этот кажущийся парадокс можно, если обратить внимание на то, что человек – это не обособленный индивид, существующий изолированно в условиях первозданной природы. Он является социальным существом, жизнь которого сложна и многогранна и тесно связана с жизнью других членов общества. Знаменитый крик души Руссо: «Человек рожден свободным, однако повсюду он в цепях», – может, и возник из романтического представления о том, что человек, которого не коснулась цивилизация, живет в условиях примитивной свободы и простоты, но на практике – и это понимал Руссо – изоляция и свобода в указанном смысле не характерны для человека. Его всегда следует рассматривать, как неотъемлемую часть сообщества индивидов. И та степень свободы, которой он обладает, или ограничений, которым он должен подчиняться, зависят от социального устройства общества, к которому он принадлежит. Кроме того, следует постоянно иметь в виду, что ограничение не всегда является ущемлением свободы. Закон запрещает человеку нападать на другого человека и наносить ему физические повреждения, — в противном случае человеческое общество просто не смогло бы выжить, так как отсутствовал бы тот минимальный уровень безопасности, при котором человек может планировать свое будущее. Таким образом, общие запреты такого рода играют, хотя и косвенно, значительную роль в обеспечении свободы для всех.

В прошлых эпохах, когда, по большей части, скорее неравенство, чем равенство, считалось основным законом че-

ловеческого общества, свобода, с точки зрения права, воспринималась всего лишь как общая идея. На тех стадиях развития человечества закон гарантировал индивиду сохранение того образа жизни, которым Проведению было угодно наградить его, включая и все его привилегии в силу права или обычая, если таковые имелись. Действительно, в обществе, где существовало рабство или крепостничество, раб или крепостной не имели никакой защиты ни со стороны закона, ни со стороны обычая. Но сила традиций, выработавшихся в процессе общения людей такова, что даже в подобных обществах квазиправовое признание определенных договоренностей становилось обязательным, как, например, в римском праве или при феодализме. Однако, в современных условиях, когда понятие свободы тесно связано с эгалитаристской концепцией общества, идея свободы заняла центральное место и играет более позитивную роль в системе ценностей, представляющих собой действующие идеалы подлинной демократии западного типа.

«ОТКРЫТОЕ» И «ЗАКРЫТОЕ» ОБЩЕСТВА

В наше время принято разделять общества на два типа: «открытые» и «закрытые». Считается, что в обществе первого типа людям предоставлены широкие возможности для принятия личных решений, но вместе с тем они несут и личную ответственность за эти решения, тогда как для «закрытого» общества характерен трайбализм или коллективизм, при котором доминирует община в целом, а индивид почти ничего или мало что значит. В качестве примера обычно указывают на контраст между демократическим обществом западного образца, с одной стороны, и тоталитарным обществом в бывшем СССР или нацистской Германии, с другой. Однако всегда следует иметь в виду, что этот контраст вовсе не абсолютен, а лишь относителен. И можно действительно сказать, что эти два типа общества являются «идеальными», в том смысле, в каком его употребляет Макс Вебер. (1) Так, западные демократии могут рассматривать открытое общество в качестве идеала, которому необходимо следовать. Но в то же время там происходят большие изменения,

свидетельствующие об усилении тенденции к коллективизму. Одним из проявлений этого является растущая роль государства в области социального обеспечения. Кроме того, в западных обществах потребления существует тенденция ко все возрастающему конформизму, когда поощряется единообразное общественное поведение, и подавляются или порицаются всякие отклонения от общепринятого, то есть всё, что правильно или неправильно рассматривается, как проявление индивидуализма. Более того, нельзя игнорировать и марксистский тезис о том, что без контроля за богатством и его распределением возможности для достижения подлинного равенства и проявления личной инициативы останутся крайне ограниченными.

ПОЗИТИВНАЯ И НЕГАТИВНАЯ СВОБОДА

Другим различием, которое особенно подчеркивается в последнее время, является различие между так называемой «позитивной» и «негативной» свободой. (1а) Целью последней является такая организация общественного порядка, в какой, несмотря на все ограничения и сдерживания, налагаемые в интересах всего общества на индивидуальные действия граждан, сфера для индивидуального выбора и инициативы оставалась бы настолько широкой, насколько это совместимо с общественным благом. Позитивная свобода, с другой стороны, главным образом взывает к духовной сфере, подразумевая некую максимальную возможность для «самореализации» каждого индивида в соответствии с его способностями. Право, в силу самой своей природы, должно заниматься внешними аспектами поведения человека, то есть, в первую очередь, взаимоотношениями между людьми, а не внутренним состоянием их духовного развития. Поэтому неудивительно, что предпочтение отдается максимальному обеспечению «негативной» свободы: право непосредственно не интересуется, как человек делает свой выбор, распоряжаясь той свободой, которая предоставлена ему законом. Цель настоящей главы — показать, как современное общество пыталось различными путями на национальном и международном уровнях реализовать те

ценности, которые в той или иной форме воплощают свободы, воспринимаемые нынешним поколением в качестве неотъемлемой части «хорошей жизни».

ОСНОВНЫЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Со времен американской и французской революций XVIII в. постоянно предпринимались попытки выразить основополагающие ценности западного общества путем провозглашения основных прав человека. Как уже отмечалось, такой подход несет на себе явную печать естественно-го права. Хотя в настоящее время существует тенденция формулировать эти ценности исключительно на языке позитивного права, естественно-правовое происхождение подобного подхода остается достаточно очевидным. Время от времени это находит отражение в дискуссиях о месте основных прав человека в национальных конституциях и международно-правовых документах, или даже в решениях конституционных судов. (2) Создателям Конституции США и первым юристам, толковавшим ее, можно поставить в заслугу два наиважнейших деяния. Во-первых, именно создателям американской конституции принадлежит идея включить в писаную конституцию их государства декларацию основных прав граждан. Далее делом судей было определять в своих последующих решениях, какими могут быть правовые последствия в случае несоблюдения Билля о правах. И Председатель Верховного суда Дж. Маршалл в начале XIX в. был первым, кто провозгласил революционную для того времени доктрину, согласно которой именно суды, и в конечном итоге Верховный суд, определяют сферу действия конституционных положений о правах. Согласно Маршаллу суд вправе, и даже обязан, рассматривать эти права как «приоритетные» в том смысле, что любые законодательные акты, постановления или решения, игнорирующие их, должны считаться недействительными. (3) Так впервые был разработан механизм, с помощью которого основные права человека из простой формальности превратились в настоящие юридические нормы, регулирующие действующие правоотношения.

Следующим шагом в этом направлении стало стремление уже в новое время закрепить основные права человека на международном уровне, чтобы сделать их достоянием каждого без исключения. Здесь необходимо упомянуть Всемирную декларацию прав человека 1948 г., Европейскую конвенцию по правам человека и Декларацию о верховенстве права, принятую Международной комиссией юристов в 1959 г. Еще один аспект дальнейшего развития этой идеи в международном плане будет рассмотрен после анализа подхода различных национальных конституций к вопросу о правах человека.

ОСНОВНЫЕ ЦЕННОСТИ, ПОДПАДАЮЩИЕ ПОД ПОНЯТИЕ ПРАВОВОЙ СВОБОДЫ

Для удобства их можно разделить на следующие категории:

1. Равенство и демократия: Люди отнюдь не равны между собой в том, что касается их физических и умственных способностей. Более того, в современном обществе не считается желательным или целесообразным стремиться любыми способами реализовать идею равенства в чистом виде во всех сферах. Равенство в юридическом смысле рассматривается как выражение демократической организации общества и гарантируется на практике всеобщим избирательным правом, равенством всех перед законом (4) и запретом на дискриминацию по расовой или религиозной принадлежности.

В последнее время проблема запрета на дискриминацию вызывала значительные трудности и противоречия. Основная идея здесь заключается в том, что различия пола, цвета кожи, расы или религии не должны служить причиной дискриминации отдельных граждан в том, что касается их законных прав. Но далеко не все согласны с этим принципом. Хорошо известно, что такие государства как бывшие нацистская Германия или ЮАР возвели расовую или религиозную дискриминацию в государственный принцип и в беспрецедентных масштабах насильно осуществляли ее всей мощью своего репрессивного аппарата. Более то-

?

ПРАВО И СВОБОДА

го, даже в такой стране как США, где идея равенства закреплена в конституции, ее претворение в жизнь сталкивалось с огромными трудностями. Самым ярким примером того является, несомненно, решение Верховного суда США (5), постановившего, что сегрегация между белыми и чернокожими в американской системе образования противоречит Конституции, и что местные законодательные акты, предусматривающие существование отдельных, хотя и равнозначных, учебных заведений также противоречат правовому принципу равенства. Эти решения, несмотря на весь авторитет закона, натолкнулись на активное противодействие. И хорошо известно, что в США имели место многочисленные случаи расовой и религиозной дискриминации, невзирая на предписания закона.

Из этого можно извлечь два важных урока относительно взаимоотношений между правом и обществом. Во-первых, очевидно, что правовые нормы, не отражающие нравы, царящие в данном обществе, имеют тенденцию, несмотря на все законодательные и процессуальные усилия, оставаться мертвой буквой из-за пассивного, а иногда и активного сопротивления граждан. Второй вывод — закон должен представлять собой концептуальное выражение основных ценностей и не может ограничиваться простым отражением уровня общественной морали или норм поведения, принятых в данном обществе; он должен быть позитивной направляющей силой, служащей инструментом социального прогресса. (5а) Здесь со всей очевидностью возникает дилемма, поскольку неизбежно встает вопрос о недемократической процедуре «просвещенного» меньшинства, ведущего сопротивляющееся большинство в направлении, в котором оно не желает идти. Но если не признать, что в динамически развивающемся прогрессивном обществе у меньшинства обязательно должна быть возможность выступать с собственными инициативами, а не просто присоединяться к массовым предрассудкам, то придется сделать вывод, что демократия вообще враждебна по отношению ко всякому прогрессу. Поэтому свободное обсуждение насущных вопросов и возникающая в ре-

зультате этого возможность посредством разумных доводов влиять на общественное мнение образуют чрезвычайно важный элемент демократического равенства. В этой связи использование правовых норм в качестве средства контроля, развития и изменения общественного мнения хорошо прослеживается на примере конфликта между вышеупомянутым решением Верховного суда и широко распространенными предубеждениями, до сих пор существующими во многих штатах С Ш А . Конечно, в этом случае авторитету закона в значительной степени помогло то, что в Америке, особенно за пределами южных штатов, существует огромное количество людей, убежденных, что запрет на всякую дискриминацию является одной из основополагающих ценностей демократического общества. Представляется очевидным, что если общественное мнение С Ш А по всей стране склонялось бы в пользу сегрегации, судебные решения против нее имели бы не только значительно меньший эффект, но и вообще вряд ли могли быть вынесены при подобных обстоятельствах. (5Б)

2.Свобода договора: Во времена расцвета политики *laissez faire*, то есть в период с начала Х I X века и до войны 1914 г., идея свободы договора рассматривалась в некотором отношении как одна из высших ценностей развитого общества. Вмешательство государства, особенно в экономическую сферу, рассматривалось как величайшее зло. Считалось, что народное хозяйство должно развиваться посредством осуществления гражданами своего неограниченного права на заключение договоров. Особенно широкое распространение эта доктрина получила в С Ш А , где не только отдельные граждане имели право свободно заключать договоры без всякого вмешательства со стороны государства, но, что весьма примечательно, таким правом обладали и крупные коммерческие компании и предприятия, быстро развивавшиеся там во второй половине Х I X в. Вопиющие злоупотребления, сопровождавшие осуществление этих ничем не ограниченных прав, породили решительное противодействие в пользу государственного регу-

лирования и контроля, даже в ущерб свободе договоров. Первым решительным шагом в этом направлении было антимонопольное законодательство и запрет ограничительной практики, введенные в США еще на рубеже XIX - XX вв. Но суды в целом не спешили менять свою приверженность старой доктрине. Верховный суд высказался также достаточно враждебно по отношению к законам о социальном обеспечении, таким, например, как закон об ограничении рабочего дня для женщин и детей, занятых в промышленном производстве. Он часто объявлял подобные законы антиконституционными и противоречащими принципу свободы договора. В Англии такого рода законы, вдохновленные философскими принципами Бентама, действовали уже на рубеже XX в. Более того, в Англии не существовало никаких положений писаной конституции, которые можно было бы использовать в качестве средства, позволяющего принципу свободы договора противостоять принятию социально ориентированного законодательства. В США, с другой стороны, этот принцип очень активно использовался судами против законодательных актов, предложенных президентом Рузвельтом в соответствии с его Новым курсом, и лишь в 1940 г. Верховный суд признал наконец, что свобода договора не является больше тем основополагающим принципом, каким она когда-то была.

Часто тот, кто считает свободу договора основой свободного общества, упускает из виду, что без равенства позиций договаривающихся сторон такая свобода остается абсолютно односторонней. Утверждать, например, что фабричные рабочие в викторианской Англии были свободны принимать или отклонять условия труда, предложенные им их работодателями, значит полностью игнорировать существовавшие в то время экономические реалии. С возрастанием роли профсоюзов в последнее время исходные позиции на переговорах рабочих с работодателями стали более равными, что изменило весь характер производственных отношений. Это, правда, не означает, что у государства не осталось никаких поводов для вмешательства в сферу социального партнерства. (Но об этом — ниже. (6))

Более того, современное государство считает необходимым признать, что многие категории граждан, например, покупатели (особенно при купле-продаже в рассрочку) нуждаются в защите от торговцев и поставщиков, поскольку последние стремятся навязать невыгодные условия тем, кто не в состоянии эффективно отстаивать собственные интересы. Широкое распространение так называемых «типовых» договоров еще более обнажило нереальность свободы договора в современных экономических условиях. В некоторых случаях были приняты законодательные акты (скажем, английские законы о купле-продаже в рассрочку), с тем, чтобы устранить наиболее явные злоупотребления, возникшие как неизбежные экономические последствия неограниченной свободы договора. (7)

3. *Право собственности*: Существовало не так уж много обществ, где защита собственности не рассматривалась в качестве одной из основных целей права. Полномочия государства или суверена по налогообложению граждан представлялись определенным ущемлением этого права, но был найден компромисс в виде принципа, провозгласившего, что налогообложение возможно лишь в случае согласия налогоплательщика. В условиях современного демократического государства это означает одобрение налогового законодательства свободно избранным представительным органом. В настоящее время во всех развитых странах уровень налогообложения установлен на таком высоком уровне, который раньше воспринимался бы не иначе, как конфискационный.

Хотя неприкосновенность собственности до сих пор остается одной из главных ценностей западного общества, тем не менее, за последнее время этот принцип подвергся очень серьезным изменениям. Национализация целых отраслей промышленности, тщательный контроль при разработке законов по возможному использованию земель и строений, наделение государства широкими полномочиями по принудительному отчуждению собственности, позволяющими властям отбирать земли у частных владельцев

без их согласия – все это воспринимается сегодня как необходимые атрибуты государственного механизма по контролю за благосостоянием общества. В странах социализма как, например в бывшем Советском Союзе, социальной функции собственности придавалось еще большее значение. В СССР защита частной собственности распространялась только на собственность, заработанную трудом и представлявшую собой лишь предметы личного обихода, а не, скажем, средства производства или землю. Таким образом, в марксистской теории предмет собственности значительно более строго ограничен, хотя по сравнению с современным государством благоденствия, разница, возможно, заключается лишь в степени ограничения.

Тем не менее в современном мире продолжает существовать непоколебимая вера в признание принципа частной собственности, то есть в то, что частная собственность не может быть произвольно отнята у частного лица без соответствующей компенсации. Но здесь могут возникнуть значительные разногласия, по поводу того, какую компенсацию можно считать адекватной. В Англии после II мировой войны при правительстве лейбористов были приняты законы, по которым компенсация рассчитывалась на основе оценки земли, существующей на день продажи, а не исходя из ее возможной рыночной стоимости и без учёта потенциальной возможности ее использования. Позднее правительство консерваторов изменило это законодательство, постановив, что компенсация должна исходить из полной рыночной стоимости земли, включая потенциальные возможности ее развития. (7а) Этот пример со всей очевидностью показывает, что, хотя определенные права и свободы повсеместно признаются в качестве действующих, их конкретная интерпретация может приводить к совершенно различным последствиям. (7б)

4. Свобода объединений. Под это определение подпадают многие виды коллективной деятельности. Речь идет о праве различных групп — социального, политического, экономического или любого иного типа, — организовывать

объединения для осуществления своей деятельности. Сюда относится также и вопрос о праве коммерческих предприятий создавать свои объединения и о том, каковы должны быть законные ограничения, налагаемые на подобные объединения с целью защиты от монополий и нежелательных последствий монополизации, мошенничества и обмана. Поэтому значительная область современного права компаний посвящена различным мерам по защите инвесторов от неправомерной или мошеннической деятельности, почвой для которой могут служить, как колебания курса акций на бирже, так и само ведение дел в некоторых компаниях. Еще существует право рабочих создавать профсоюзы и выступать на коллективной основе в переговорах с работодателями или их представителями. И последнее, по счету, но не по значению, – право граждан свободно собираться для выражения протеста или для того, чтобы заставить общественное мнение обратить внимание на ту или иную проблему или в каких-то других целях.

Право на проведение публичных выступлений (включая процессии, марши и демонстрации) трактуется неоднозначно и ставит достаточно сложные проблемы перед законодательными органами (7с) и перед судами. Очевидно, что государство вправе защищать общественный порядок, но часто в критические моменты это может приходиться в острое противоречие с правом граждан на проведение демонстраций протеста. Возникает вопрос, следует ли разрешать подобные выступления, даже если известно, что они созываются с явной целью спровоцировать враждебность по отношению к определенным группам общества, например, национальным или религиозным меньшинствам? В Англии, в связи с агрессивными выступлениями сторонников фашизма в 30-е гг. сочли необходимым принять в 1936 г. закон о защите общественного порядка, который запретил ношение неофициальной форменной одежды и знаков отличия в общественных местах, а также наложил ограничения на использование оскорбительных выражений во время публичных выступлений. Очевидно, что право на свободу собраний тесно связано с

более общим правом на свободу самовыражения. По этому поводу еще много будет сказано ниже.

5. Свобода трудовых отношений: В современных условиях это право в основном развивалось в связи с профсоюзами. Возникло множество проблем в отношениях между профсоюзами и работодателями, а также и внутри самих профсоюзов по вопросам их организации и конфликтов членов профсоюзов с нечленами. После долгого периода, когда к профсоюзам относились как к организациям, стоящим вне закона, профсоюзы по праву утвердили себя в роли важнейшего органа современного демократического общества. Тем не менее, английский закон 1971 г. о производственных отношениях ввел ряд правовых ограничений, имевших далеко идущие последствия. В соответствии с этим законом был создан новый суд (Национальный суд по производственным отношениям), наделенный весьма широкими полномочиями, включая вынесение в качестве высшей санкции за неуважение к суду решения о заключении в тюрьму. Этот закон вызвал большое недовольство и стал источником массы противоречий, так что ряд важных профсоюзов находился в состоянии постоянного конфликта и с этим законом, и с новым судом. В 1974 г. лейбористское правительство отозвало этот закон и в том же году заменило новым: Актом о профсоюзах и трудовых отношениях. Впоследствии правительство консерваторов приняло новое законодательство по этому вопросу (столь сложное, что здесь не представляется возможным даже вкратце изложить его), сократив привилегии профсоюзов и ограничив их свободу маневра по проведению забастовок, в частности, в отношении пикетирования и повторных забастовок. (8) Лейбористская оппозиция заявила, что не будет пересматривать данное законодательство, так что, возможно, эта карусель, наконец, остановится.

Все упомянутые противоречия заставляют задуматься над вопросом, должно ли правительство, и если должно, то в какой степени, вмешиваться в производственные отноше-

ния. (9) В целом традиционный английский подход склонялся к невмешательству. Но закон 1971 г. отказался от него, и результат не замедлил негативно сказаться на трудовых отношениях. Закон 1974 г. положил конец эксперименту по «втискиванию» производственных отношений в узкие рамки закона, хотя с тех пор были введены и некоторые новые ограничения. Однако другие государства, в частности США, Австралия и скандинавские страны, продемонстрировали гораздо большую веру (хотя и не всегда им сопутствовал успех) в обязательную регулярную арбитражную процедуру юридического или квазигосударственного характера. На практике такой механизм решения трудовых споров чреват серьезными отрицательными последствиями, поскольку благодаря ему у группы рабочих может появиться возможность держать в заложниках не только отдельную отрасль промышленности, но и всю экономику страны в целом. Согласительные процедуры и арбитражные суды, которые предоставляют услуги по урегулированию конфликтов и разногласий и наделяются правом назначать арбитров, но только с согласия всех заинтересованных сторон, хотя и оказались весьма полезными, но так и не смогли до конца решить эту сложную проблему.

6. Право на социальную помощь и защиту от нищеты: Потребность защитить каждого не только от крайней нужды, но и обеспечить разумно приемлемый уровень жизни как работающим, так и безработным, постепенно стала одной из высших ценностей современного общества и важнейшей целью государства. В Англии, например, действует сложная система национального страхования, которая несмотря на все свои просчеты и недостатки, по крайней мере пытается обеспечить всестороннюю защиту от рисков безработицы, несчастных случаев и увечий, полученных на рабочем месте, а также предусматривает выплату пенсий. В дополнение к этому имеется всеобъемлющая система национального здравоохранения, предоставляющая в основном бесплатное медицинское обслуживание всему населению. Стремление распределить на все об-

щество покрытие рисков от нищеты и несчастных случаев, а не оставлять человека один на один с постигшим его несчастьем, привело к дальнейшим попыткам распространения страхования на многие другие опасности, подстерегающие людей в их повседневной жизни. Самой частой среди них является возможность получения травм и увечий в результате дорожных столкновений. Степень озабоченности подобной проблемой была столь велика, что проявилась в схеме обязательного страхования третьих лиц с тем, чтобы человек, пострадавший в результате чьего-то неосторожного вождения, мог быть уверен, что получит компенсацию от страховой компании, если виновный водитель не располагает достаточными средствами. Принцип социальной защиты и вера в то, что главной задачей правовой системы является обеспечение такой защиты, на определенном этапе приходит в противоречие с повсеместно признанным принципом гражданской ответственности, в соответствии с которым человек только тогда вправе рассчитывать на возмещение убытков или получение компенсации, когда он может доказать, что причинивший вред допустил халатность или иную провинность. (10) Обусловленность выплаты компенсации только наличием вины в значительной степени не распространяется на сферу производственных травм и увечий. В подобных случаях в Англии, как и во многих других странах, действует схема выплаты компенсаций по установленной законом шкале, если травма или увечье были получены в рабочее время. В Англии эта схема дополняет, но не подменяет, обычную гражданскую ответственность в соответствии с нормами общего права, которая также действует лишь в случае установления факта, что несчастный случай произошел из-за халатности работодателя или лица, за которого тот несет ответственность. В других странах, в частности в Канаде, вместо гражданской ответственности по общему праву действует особая схема компенсации за производственные травмы. Но как бы там ни было, следует иметь в виду, что принцип страхования не применяется к другим видам несчастных случаев, таким, как дорожные происшествия,

поскольку здесь даже страхование третьих лиц действует только в том случае, если доказана вина водителя, из-за второго произошел инцидент, в небрежном вождении.

В целом, в настоящее время, по общему мнению, необходима более широкая система социального обеспечения от возможных несчастных случаев, помимо производственных, в результате которых люди могут потерять работоспособность или лишиться средств к существованию и содержанию семьи. Должно ли в таком случае право на получение компенсации всецело зависеть от установления факта халатности со стороны причинившего ущерб? Во многих случаях сделать это бывает довольно сложно, и в определенном смысле не имеет никакого значения с точки зрения установленного факта, что пострадавшему был нанесен ущерб, который, как того требует социальная справедливость, должен быть возмещен ему всем обществом в целом, и никоим образом нельзя допускать, чтобы он остался один на один со своим несчастьем и нес всю тяжесть его последствий. Можно возразить, что в конце концов каждый может сам позаботиться о собственном индивидуальном страховании, но это будет именно тот аргумент, который традиционно использовался против принятия любых видов социального страхования. От него так и веет затхлым духом викторианской философии — «спасение утопающих есть дело рук самих утопающих». И тем не менее, в законе закреплен принцип, обуславливающий предоставление компенсации за несчастный случай доказательством вины индивида за халатность, допущенную им самим или другим лицом, за которого он несет всю полноту ответственности. По мере того, как возрастает значение социального аспекта правовой системы, подобная концепция постепенно устаревает и ей на смену приходит система всесторонней социальной защиты (10а), дополняемая в определенных отношениях существующей формой гражданской ответственности. На этом примере можно ясно увидеть, как простое признание обществом определенных принципов в качестве основополагающих ценностей может, тем не менее, оставлять открытыми массу вопросов,

хотя уже сам факт осознания этих новых ценностей может служить стимулом к переменам во многих, если не во всех, сферах правовой системы. (ЮБ)

7. Свобода слова и печати: В любом обществе, где преобладают демократические и эгалитаристские ценности, право на свободу слова и право на свободу средств массовой информации являются наивысшими в шкале ценностей, поскольку без них возникновение и формирование общественного мнения и его влияние на политику властей будут практически неосуществимы. Соответственно, — и это совершенно естественно, — подобные свободы занимают центральное место среди основных прав и свобод, закрепленных в писанных конституциях. Но то, что конституция гарантирует эти права и свободы, не снимает вопроса о том, каким образом они интерпретируются и реализуются на практике. Свобода слова вряд ли может быть абсолютно неограниченной, поскольку в любом обществе, организованном на разумных началах, всегда действует закон о клевете, служащий сдерживающим фактором против необоснованных и неправдивых нападок, оскорбляющих чье-либо достоинство. Могут существовать и другие ограничения. Даже в достаточно либеральном государстве, разрешающем, как в частном порядке, так и публично критиковать существующую государственную власть, включая конституцию страны, ее социальное устройство и экономику, закон, тем не менее, обязательно проводит черту, переступив которую критик рискует быть обвиненным в подстрекательстве к свержению существующего строя или к отмене конституции насильственным путем. Попытка установления такого разграничения предпринята в английском законе о подстрекательстве к мятежу, в том смысле, как он толкуется в наши дни, но эту границу не всегда легко провести. Опять же многие, если не все, правовые системы предусматривают ограничения в отношении публикаций, а также всевозможных представлений, носящих непристойный характер. Эффект, производимый так называемыми непристойностями и на зрелые и, в особенности,

на незрелые умы весьма неясен и точно не определен современными исследователями-психологами. (10с) Но факт остается фактом, что в большинстве обществ принято считать, что есть определенный род непристойных публикаций, которые не следует разрешать, как с точки зрения их потенциального вреда, так и с точки зрения оскорбления общепринятых канонов хорошего вкуса. Одно время, однако, закон о запрете на публикации непристойного характера использовался в качестве предлога для того, чтобы запретить публикацию ряда произведений таких серьезных писателей, как Эмиль Золя и Джеймс Джойс. В настоящее время существует значительно более либеральный подход к данной проблеме, и это нашло свое отражение в английском законе 1959 г. (11) о публикациях непристойного характера, а также в оправдании в 1960 г. издателей знаменитого романа Д. Х. Лоуренса «Любовник леди Чаттерлей». Ныне в Англии — в США подобный подход утвердился еще раньше — согласно общепринятой точке зрения книгу нельзя запретить только лишь на основании содержащихся в ней нецензурных выражений и откровенных описаний интимных отношений, при условии, что эта книга носит серьезный характер, а не просто предназначена для любителей порнографии. (11а)

Другим аспектом свободы слова является ее отношение к цензуре. Свобода слова и печати обычно подразумевает отсутствие первоначальной цензуры, то есть любые произведения печатаются совершенно свободно, но впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства. Подобные судебные действия будут зависеть от нарушения законов о клевете, о подстрекательстве к антигосударственным выступлениям, о порнографии и т.п., но ни в коем случае от усмотрения административных чиновников. Таков подход в Англии к публикации книг и периодических изданий. Но в этой стране существует цензура в других областях. Например, в той или иной форме она сохранена в индустрии развлечений. Что касается театра, то закон времен Чемберлена о предварительной цензуре любого театрального спектакля до его публичного показа был

отменен в 1968 г. (lib) Нет официально установленной цензуры и в области кинематографии. Но здесь была найдена форма самоцензуры в виде созданного представителями киноиндустрии Совета цензоров. Совет сертифицирует или отказывает в сертификации каждого конкретного фильма с точки зрения категории зрительской аудитории, для которой предназначается данный фильм. Более того, местные власти на своих собственных условиях могут выдавать, или лишать, лицензии владельцев кинотеатров, что позволяет им контролировать репертуар кинотеатров на данной территории. Хотя местные власти и признают сертификаты, выданные Советом цензоров, тем не менее последнее решение остается за ними — разрешить показ фильма, который был фактически запрещен Советом или, наоборот, — запретить прокат в местных кинотеатрах фильма, на который был выдан разрешающий сертификат. Что касается телевидения и радио, то в соответствии с законом о вещании 1990 г. был учрежден Комитет по стандартам теле - и радиовещания, наделенный полномочиями следить за всеми передачами как Би-би-си, так и независимых компаний. При этом сами работники теле - и радиостанций имеют право решать, какие передачи пускать в эфир, а какие — нет. Так что фактически, — это та же цензура, только осуществляемая без помощи внешнего органа. Подобные формы цензуры, особенно применительно к театру, (116) подвергались резкой критике. Одни категорически высказывались против существования цензуры, по мнению других, все следовало оставить на усмотрение судов, если есть основания полагать, что определенный спектакль или передача каким-то образом нарушили закон.

Основная трудность здесь в определении границ терпимости, необходимой для осуществления свободы слова. Поскольку кроме проблем, связанных с распространением клеветы и порнографии, существует еще вопрос, в какой мере допустимо использовать средства массовой информации для распространения взглядов и мнений, вызывающих протест либо всего общества в целом, либо определенных групп и категорий граждан, или могущих серь-

езно оскорбить отдельных индивидов. Если согласиться с желательностью или необходимостью введения каких-то ограничений в интересах решения вышеуказанных проблем, то механизм их осуществления на практике может быть реализован при помощи какого-то административного органа или в конечном итоге посредством судебного разбирательства. В теории это часто еще и проблема вкуса (или отсутствия оно), но машине правосудия весьма сложно иметь дело с такой тонкой материей, хотя и нельзя сказать, что подобная проблема вообще не может рассматриваться судом. Кроме того, и судебная практика в отношении так называемой непристойной литературы совсем не указывает на то, что суды склонны более либерально подходить к этим вопросам, чем административные учреждения. Вероятно, можно найти компромисс между административным контролем и свободой слова, располагая как необходимой цензурой в лице административного органа или должностного лица, так и независимым судом, который будет рассматривать апелляции на их решения.

Но все же остается еще более важная проблема границ терпимости, а именно — до какой степени государство готово допустить распространение взглядов и доктрин, которые сами направлены на возбуждение нетерпимости по отношению к определенным группам населения. Можно ли, например, разрешить фашистам пользоваться толерантностью демократического общества для пропаганды нетерпимости к тем, кого фашисты ненавидят и презирают? В Англии по закону 1936 г. об общественном порядке любые оскорбительные выражения и высказывания во время публичных митингов и собраний, могущие привести к нарушению общественного порядка, считаются правонарушением. Это дает возможность судебного преследования лиц, умышленно использующих оскорбительные выражения в отношении определенной группы граждан, которые могут присутствовать на этом митинге или собрании и могут в ответ на эти оскорбления прибегнуть к насильственным действиям. (12) Но в этом законе ничего не говорится об ограничении публикаций или распространения печатных изданий, например,

антисемитского или расистского характера. Поэтому были предложения дополнить закон, сделав его более эффективным в этом отношении. В соответствии с одной чрезвычайно распространенной точкой зрения закон должен заботиться лишь сугубо о поддержании общественного порядка и не пытаться сдерживать или ограничивать выражение различных мнений, даже таких, как ненависть к отдельным группам граждан из-за их расы, цвета кожи или религии, какие бы возражения и враждебность они не вызывали. Согласно другой точке зрения, терпимость является одной из важнейших ценностей демократического общества, и в самой её концепции есть на первый взгляд парадоксальная черта, заключающаяся в том, что толерантность должна распространяться на все без исключения категории граждан и на все спектры выражаемых ими мнений, кроме единственного случая прямого или преднамеренного призыва одной группы лиц к нетерпимости по отношению к другой группе лиц. Последняя точка зрения признает моральное и юридическое право подавлять нетерпимость подобного рода, хотя отсюда вовсе не следует, что именно так и надо действовать во всех случаях: принятие решительных мер должно зависеть от соображений целесообразности и от особенностей государственной политики, проводимой в данный момент. Но даже и эта точка зрения далека от идеи, что существуют некие группы лиц, не подлежащие критике. Согласно ей критиковать можно всех, недопустимо лишь оскорблять и подвергать нападкам отдельных членов этих групп или пытаться разжигать ненависть к ним с целью их подавления или ограничения в правах. (12a)

О проблемах цензуры обычно говорят в негативном аспекте. Однако, пожалуй, позитивное к ней отношение особенно важно в наши дни. Одной из величайших опасностей, существующих в век массмедиа, является тенденция к монополизации печатных изданий и других средств выражения общественного мнения и концентрации их в руках нескольких крупных магнатов посредством слияний, поглощений и тому подобных действий. В дополнение к этому средства вещания, такие, как радио и телеви-



дение, находятся либо в государственной собственности, либо представляют коммерческие интересы нескольких крупных компаний. Поэтому существует значительная опасность, вполне, кстати, реальная, что средства массовой информации поставляют ту информацию, которая считается удобоваримой и отвечающей общим, достаточно примитивным стандартам. Так что наиболее острые и действительно независимые работы журналистов и представителей других творческих профессий вытесняются в пользу упрощенных и приглаженных материалов, рассчитанных на широкую публику. Закон сам по себе явно может сделать очень немного для поощрения независимости мнений и подходов, хотя вполне возможно предусмотреть определенные меры по контролю и ограничению слияний, а также обеспечить, чтобы органы цензуры не использовались исключительно для насаждения усредненных стандартов общественного вкуса и мнения.

Среди всех средств массовой информации пресса, бесспорно, занимает центральное место благодаря своей уникальной способности выражать общественное мнение в наиболее концентрированном виде. Иногда предпринимаются попытки рассматривать свободу печати как высшую ценность, превалирующую над всеми остальными правами и свободами в демократическом обществе. Полагать так — значит не учитывать ее довольно специфического положения в демократическом государстве, поскольку в основном вся пресса сосредоточена в руках немногих так называемых «газетных баронов». Более того, вполне понятное желание увеличить тираж, заставляет многие газеты и журналы заниматься весьма безответственной разновидностью журналистики, часто вторгающейся в чужую личную жизнь только лишь ради того, чтобы представить широкой публике сенсационные материалы. Все это весьма прискорбно и должно служить серьезным предупреждением для общества. В США суды в некоторых случаях выносят решения о наказании за подобное вторжение в частную жизнь, а в некоторых штатах даже существует местное законодательство по этому вопросу. В Англии право не пошло по этому пу-

ти. Не эффективной оказалась и попытка решения данной проблемы путем создания Совета по прессе. (13) Распространение некоторыми печатными органами необоснованных слухов в связи с так называемым «Делом Вассалла», еще более показало нежелательность наделяния прессы особыми привилегиями. (13а) Когда в связи с этим делом два журналиста были обвинены в неуважении к суду из-за их отказа раскрыть источники их так называемой «информации», высказывались мнения, что в соответствии с приоритетным принципом публичности политики журналистам следует предоставить право не разглашать свои источники информации. Но подобная точка зрения была полностью отвергнута английским судом. (14) Чувствует ли конкретный журналист, что он не может назвать свой источник, так как это противоречит его моральным и профессиональным убеждениям, — совсем другое дело, затрагивающее уже обсуждавшийся ранее вопрос (15) о взаимоотношениях между правом и моралью. Однако представляется недоказанным тезис об абсолютном приоритете общественных интересов, наделяющем журналистов правом во всех случаях пользоваться полным иммунитетом в отношении раскрытия их источников информации, хотя никто другой таким иммунитетом не обладает. (16)

8. Свобода совести: На более ранних стадиях человеческого развития, когда любые отклонения религиозной мысли искоренялись как кощунственные и еретические, вопрос о религиозной терпимости был в центре борьбы за большую толерантность в обществе. Свобода вероисповедания теперь признана в качестве важнейшей ценности демократического общества, хотя конкретные проявления такого признания могут быть различными в разных странах. В соответствии с конституцией в США не существует никакой официально признанной религии, тогда как в Англии официальная религия является важнейшей частью конституции. И, пожалуй, лишь недостаточное религиозное рвение не дает этой проблеме проявляться особенно сильно в настоящее время. Главные аспекты проблемы свободы вероисповеда-

ПРАВО И СВОБОДА

в современных условиях связаны с дискриминацией против отдельных религиозных групп, о чем уже говорилось в предыдущем разделе, а также с религиозными школами [со специальным религиозным обучением в государственных или любых других школах. (16а) Кроме этих аспектов проблемы, которые чувствовались особенно остро в таких странах, как Франция и США, существует еще один, когда религиозное учение или доктрина приходят в противоречие с существующим общественным укладом. Мормоны могут допускать и даже поощрять полигамию, — само собой разумеется, что в реальной жизни этого давно не существует, — а христиане-сайентологи могут отказывать своим детям в профессиональной медицинской помощи. В таких случаях закон обычно отказывает в признании права религиозной группы на определенный иммунитет от предписаний закона, и поэтому будут приниматься меры против нарушителей уголовного права, какими бы религиозными мотивами они ни руководствовались. Обычно это не приводит к противоречию со свободой религиозных убеждений, так как закон крайне осторожен в отношении уголовных наказаний по таким делам и предусматривает их лишь при условии существования широкой поддержки со стороны просвещенного общественного мнения. Мать, позволяющая своему беспомощному ребенку умереть из-за отказа принять медицинскую помощь в силу своих религиозных убеждений, вряд ли вызовет глубокое сочувствие у широкой публики на основании отстаивания принципа свободы вероисповедания.

9. Личная свобода: Хотя свобода личности может легко претендовать на главное место в иерархии ценностей современного демократического общества, не так просто найти ее конкретные проявления, которые не подпадали бы под другие категории прав и свобод и не могли бы рассматриваться именно в этих категориях. Так, например, необходимость в «должном отправлении правосудия», означающая, во-первых, что ни один гражданин не может быть подвергнут уголовному наказанию, кроме как в случае нарушения конкретного и надлежащим образом принятого закона, и, во-вто-

рых, что будут предприняты все необходимые меры в отношении его задержания и проведения справедливого судебного разбирательства, можно рассматривать в качестве одного из важнейших элементов так называемого «Верховенства права» (*Rule of Law*), о котором речь пойдет ниже.

Другим и, пожалуй, не менее важным аспектом личной свободы индивида является свобода передвижения, выбора работы, места жительства и, в общем-то даже можно сказать, того образа жизни, который ему нравится, при условии, что избранный им образ жизни не вступает в конфликт с законом страны проживания. Эти негативные, но жизненно важные свободы, определяющие различие между подлинно демократическим и тоталитарным режимом, не являются результатом какого-то позитивного законодательства, но скорее выражают общий дух и настроение законодателя, воздерживающегося от любых элементов проявления принуждения в подобных делах, если только речь не идет о чрезвычайных ситуациях, таких, например, как состояние войны. Многие из вышеперечисленных свобод зависят от материального положения индивида, и поскольку структура экономических отношений в стране допускает существование различий в материальном достатке отдельных классов и индивидов, отсюда с неизбежностью следует, что те, кто располагает большими средствами, будут обладать и большими свободами такого рода. Здесь затрагивается чрезвычайно важный вопрос о том, в какой мере государство готово и желает придерживаться принципа экономического равенства. Ведь и вопрос о праве на свободу выбора профессий или работы тесно связан с проблемами, которые рассматривались в разделе о свободе трудовых отношений. Например, контроль со стороны профсоюзов за своими членами и проблема так называемых «закрытых» предприятий, то есть таких, куда принимаются только члены профсоюза. Что касается свободы выбора места жительства, она также в значительной степени зависит от материальных средств, хотя государство может сделать очень многое, предоставляя достойное жилье в подходящем месте для тех, кто не может, в отличие от

ПРАВО И СВОБОДА

более обеспеченных, воспользоваться предоставленной свободой выбора места проживания, а также защищая таких малообеспеченных граждан в отношении уже занимаемого ими жилья. Однако любые подобные действия могут прийти в противоречие с незыблемой верой в свободное осуществление права частной собственности в том, что касается прежде всего крупных землевладельцев. И это, несомненно сыграло свою роль в постепенном отходе (16Б) от системы контроля за арендной платой, которая существовала в Англии со времен войны 1914 г.

Свобода передвижений, как внутри страны, так и за ее пределами, также затрагивает важные аспекты личной свободы. Подобное право рассматривается теперь как аксиома в Западной Европе, а ныне и в Восточной, где, однако, вплоть до самого последнего времени ограничение передвижений и выбора места жительства в определенных городах и районах традиционно были очень строги. Повсеместное введение практики выдачи паспортов для заграничных поездок привело к наделению чиновников огромной властью, независимо от того, существует в данной стране законодательство по этому вопросу или нет, поскольку всего лишь просто задерживая выдачу паспорта или отказывая в нем, чиновник может весьма эффективно предотвращать выезд любого гражданина за рубеж. Нельзя сказать, что в Англии правительство специально пользуется этим ради своей выгоды, хотя подобные случаи иногда и имели место, причем закон не предусматривает никаких средств, чтобы гражданин в таком случае мог изменить ситуацию в свою пользу. В США также предпринимались попытки помешать отдельным гражданам выезжать за границу путем отказа в выдаче паспорта, поскольку считалось, что данному лицу нежелательно посещать другие страны с политической точки зрения. Верховный Суд США, однако, постановил, что подобная форма административного вмешательства в личную свободу являются неконституционными, при условии, что оно осуществляется исключительно о политическим мотивам, таким, например, как принадлежность к коммунистической партии.

Режим личной свободы в демократических странах предполагает свободу не только конкретно данного гражданина, но и всего общества в целом, включая дружественно настроенных иностранных резидентов или любых других лиц, временно проживающих здесь. Тем не менее, государство может воспользоваться своим правом высылки из страны иностранца, совершившего серьезные проступки, или вернуть его на родину в соответствии с действующей процедурой экстрадиции. Договоры по вопросу об экстрадиции обычно не распространяются на обвиняемых в преступлениях политического характера, хотя это и не всегда так. Недавно это нашло свое подтверждение в деле Энахоро касательно депортации из Англии гражданина Британского Содружества с тем, чтобы судить его как политического преступника в другой стране Содружества, а именно: в Нигерии. (17) Еще один пробел в этой области английского права выявился в деле Соблена. Согласно решению по этому делу Министр внутренних дел имел полное право выслать по своему усмотрению иностранца на его родину, откуда он сбежал и где его уже судили, признав виновным в совершении преступления, которое ввиду его политического характера, не подпадает в Англии под условия экстрадиции. Суд, однако, обусловил возможность подобной депортации тем, что она, по глубокому убеждению министра, действующему добросовестно, реально отвечает общественным интересам. (18) Таким образом, иностранец лишается всяких гарантий против высылки обратно в свою страну, где его ожидает политический процесс или где он будет привлечен к судебной ответственности по политическим мотивам, чему традиционные договоры об экстрадиции призваны противодействовать. Не лучше обстоит дело и с опасностью подчинить основные права граждан неким расплывчато сформулированным общественным интересам, содержание которых определяется исключительно постановлениями и декретами исполнительной власти. (19)

10. Верховенство права: Здесь мы будем говорить о нем в узком смысле (20), т.е. об обеспечении процессу-

альных гарантий, необходимых для установления того, что в английской конституционной практике называется «должным отправлением правосудия». Сюда входят: независимость судебной власти, обеспечение быстрого и справедливого процесса над обвиняемым, соответствующий контроль со стороны суда за действиями полиции и методами получения признаний от обвиняемых; обеспечение надлежащих гарантий в отношении ареста и предварительного содержания под стражей (20а); а также предоставление квалифицированной юридической помощи тем, чьи финансовые возможности не позволяют оплатить услуги адвокатов. Более того, поскольку здесь права индивида вступают в противоречие с правами государства, обвиняемый должен иметь право отказаться от любых заявлений, которые могут быть ему инкриминированы (21), а его адвокаты должны быть свободны и независимы (в исполнении своих профессиональных обязанностей) и не подвергаться никакому давлению со стороны государства. Кроме того, адвокат ни в коем случае не должен рассматриваться как агент государства или как лицо, профессиональный долг которого заключается не столько в том, чтобы действовать в интересах клиента, сколько в интересах судебной власти, отождествляемой с государством. Далее эта доктрина устанавливает принцип, что ни одно лицо не может быть признано виновным в совершении преступления, если это преступление специально не оговорено в уголовном кодексе, вступившем в действие до дня совершения инкриминируемого преступления. Точка зрения, позволяющая судам время от времени признавать новые виды уголовных преступлений на том основании, что последние серьезно нарушают основные моральные нормы, существующие в обществе, как, например, в деле о Женском справочнике (22), представляется противоречащей духу этого принципа и поэтому подвергалась серьезной критике. По той же самой причине уголовное законодательство, имеющее обратную силу, также не одобряется большинством юристов и запрещено конституциями многих современных государств.

Следует также отметить, что неотъемлемой чертой Верховенства права является всеобщее признание принципа персональной ответственности, и поэтому каждый человек может отвечать лишь за свои собственные действия и поступки. Никто не может быть наказан только лишь за то, что каким-то образом связан или имеет какое-то отношение к обвиняемому, или принадлежит к той же группе лиц, что и обвиняемый. Само понятие коллективной ответственности, столь распространенное на ранних стадиях развития права (23), полностью противоречит духу современного законотворчества. Мало какие другие примеры нарушения личных прав человека будут столь вопиющи в наши дни, как попытка наказать человека, распространив обвинение и на членов его семьи. Современное понятие гражданской ответственности включает общепризнанный принцип, что индивид может отвечать за действия своих уполномоченных или подчиненных, совершенные в рамках их служебных обязанностей. Но наилучшим объяснением этого принципа является то, что он, в свою очередь, вытекает из принципа открытости публичной политики. Другими словами, в случае риска причинения ущерба в результате действий своих подчиненных, работодатель, который вполне в состоянии застраховаться от любых убытков, должен по справедливости разделить с ними бремя этого риска путем возложения на него гражданской ответственности, а не допускать, чтобы невинно потерпевшая сторона несла всю тяжесть причиненного ущерба. В любом случае принцип ответственности за действия других лиц распространяется только на гражданские, но никак не уголовные дела, хотя даже в современном праве существуют 1-2 незначительных или весьма специфических случая, когда этот принцип применяется и в области уголовного права. (24)

Верховенство права не ограничивается защитой прав обвиняемых, но также имеет широкую и важную сферу действия в отношении контроля за отправлением функций государственной власти. Все современные государства, уважающие принцип Верховенства права, признали необ-

ПРАВО И СВОБОДА

ходимым развитие норм административного права, что позволяет обычным судам или специальным органам административной юстиции или официальным уполномоченным лицам осуществлять контроль за административными или квазисудебными действиями всех ветвей исполнительной власти. В прошлом у граждан, намеревавшихся возбудить иски против государства, как такового, возникали трудности вследствие доктрины суверенитета. Эти трудности, однако, были преодолены, хотя в том, что касается Англии, ситуация оставалась неудовлетворительной вплоть до 1948 г., когда было принято законодательство, внесшее позитивные изменения в эту область права.

Еще остается более важная проблема жалоб на действия государства или его исполнительных органов в отношении их административных полномочий, когда, например, гражданин стремится доказать, что эти полномочия осуществлялись неадекватным, деструктивным или халатным образом, нанеся ущерб этому гражданину либо как индивиду, либо как члену определенной заинтересованной группы. Страны общего права полагаются в этом вопросе в целом на общую надзорную юрисдикцию, осуществляемую судами, в то время как государства континентальной Европы предпочитают независимую систему административного контроля со стороны специальных административных судов или органов административной юстиции или вообще специально назначенных уполномоченных, таких как Омбудсман в скандинавских странах. Принцип Верховенства права сам по себе не требует специальной технической процедуры для выполнения его императивов. Однако в ней может возникнуть необходимость, если абсолютно беспомощная правовая система будет считаться несоответствующей требованиям Принципа Верховенства права. Справедливости ради следует отметить, что некоторые страны разработали систему административного права, осуществляемого через органы административной юстиции. Так, например, французская правовая система, пользующаяся заслуженной репутацией, полагается на Государственный со-

вет, который проявил себя как весьма эффективный институт административного контроля. С другой стороны, система общего права, предусматривая контроль за исполнительной властью посредством направляемых судами низших инстанций административным органам судебных приказов об осуществлении надзора, показала свою неэффективность, особенно в случаях, когда власти формально действуют в пределах своих полномочий, но фактическое осуществление этих полномочий может вызывать подозрение в злоупотреблениях (24а) или халатности (24б). Более того, английские суды сами нанесли серьезный удар по возможности эффективного контроля за административными властями, постановив, что государство и его органы вправе требовать неразглашения определенных документов, когда придание гласности их содержания согласно письменному свидетельству заинтересованного министра противоречит государственным интересам. Английские суды даже пошли еще дальше, сославшись на отсутствие компетенции проверять подобные свидетельства посредством ознакомления с документами, о которых идет речь, с тем чтобы удостовериться в справедливости требования об их неразглашении. Таким образом, даже в тех случаях, когда существуют явные сомнения в надлежащем исполнении административного акта, потерпевший гражданин почти неизбежно сталкивался с невозможностью обжаловать его, поскольку не имел доступа к важным документам, относящимся к данному делу. Однако Палата лордов недавно отменила этот порядок, постановив, что суд обязан удостовериться в том, действительно ли оправдано требование о неразглашении в данной ситуации. (25)

ПРОБЛЕМА КОНКУРИРУЮЩИХ ЦЕННОСТЕЙ

Предыдущие разделы уже дали некоторое представление о многочисленных конфликтах, возникающих между различными основными правами и свободами, признанными в современном демократическом обществе, и ценностями, которые лежат в их основе. Так, свобо-

да слова может вступать в противоречие с правом гражданина на защиту от пропаганды нетерпимости и насилия; право свободно отправлять религиозные обряды в группе единоверцев может сопровождаться определенной дискриминацией других групп верующих; а права профсоюзов могут идти вразрез с требованиями отдельных индивидов о защите их особых интересов по данному месту работы. Сюда же можно добавить, что безопасность государства, являясь ценностью высшего порядка, имеет приоритет над всеми индивидуальными притязаниями. Американский судья Холмс попытался определить границу, за которой свобода индивида должна уступить место соображениям общественной безопасности. В 1919 г. (26) он заявил, что это должно иметь место в случае «явной и непосредственной угрозы» общественной безопасности. Но трудность применения подобной формулы на практике отчетливо проявилась в печально известные времена разгула маккартизма. Некоторые судьи Верховного суда США в последнее время выдвигают также доктрину «предпочтительных прав и свобод», то есть рассматривают определенные права и свободы, гарантированные конституцией, как более насущные по сравнению с другими и в силу этого имеющие приоритет по отношению к ним. На практике это означает, что такие права и свободы трактуются, как основные конституционные принципы и поэтому в случае конфликта отменяют другие менее важные права и свободы. Конечно, от судебного органа, особенно от Верховного суда, целиком зависит установление в правовом порядке, что определенные конституционные гарантии более важны, чем другие. Но это отнюдь не означает, что такое решение суда будет действовать на все времена. Раньше принцип свободы договора рассматривался американскими судами в качестве высшей ценности, тогда как в наши дни он уступил место определенным социальным ценностям, носящим менее индивидуалистский характер. И теперь в любом случае признается его подчиненная роль по отношению к принципу свободы личности.

В некоторых недавних решениях конституционных судов США и Германии были предприняты попытки определить некий естественно-правовой базис, на котором можно было бы построить иерархию предпочтительных прав и свобод. Так, некоторые судьи Верховного суда рассматривали определенные конституционные гарантии в отношении судебных разбирательств на федеральном уровне, например, принцип недопустимости свидетельствовать против самого себя, как проистекающий из естественного права, поскольку принципы последнего представляют собой «саму суть понятия упорядоченной свободы». (27) Тем не менее, трудно увидеть за подобными взглядами нечто большее, чем простое подтверждение существования определенных ценностей, которые считаются наиболее глубоко укоренившимися в данном обществе, а может быть, во всех цивилизованных обществах в целом на конкретном историческом этапе развития. Попытка выстроить всю систему постоянных ценностей, придав ей некий иерархический порядок, сталкивается с многочисленными трудностями, которые уже обсуждались, и нет нужды повторять их снова. Что вряд ли можно оспаривать, так это то, что для создания подобной системы ценностей, обычно ассоциируемых в наше время с демократической организацией общества, всегда необходимо иметь хорошо информированное и просвещенное общественное мнение, а также обладать широкими возможностями для свободных дискуссий во всех органах и средствах информации, влияющих на общественное мнение, с целью довести его до самых широких слоев населения. Теоретически разработанные каноны универсальных норм поведения, даже если в целом к ним существует одобрительное отношение, вряд ли будут в состоянии создать адекватную основу подлинно «открытого общества» при отсутствии возможности для свободного обсуждения и критики этих норм.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ИХ МЕЖДУНАРОДНАЯ ЗАЩИТА

Одно дело декларировать основные права на бумаге, хотя бы даже и в конституции со всей присущей этому

помпезностью, и совсем другое – обеспечить на практике соблюдение этих прав всеми без исключения. Нет, наверное, наиболее яркого примера этого существенного различия, чем попытка Верховного суда США посредством своего решения осуществить на практике конституционный принцип запрета на дискриминацию. Запрет Суда на использование, в частности, отдельных автобусов для белых и темнокожих американских граждан, а также других подобных приемов по разделению рас, был весьма недоброжелательно встречен некоторыми слоями населения. Подобный конфликт явился классическим примером взаимодействия элементов силы и принуждения, с одной стороны, и авторитета — с другой, в процессе применения права, и потребности в усилении друг друга путем взаимного влияния.

Нежелание или неспособность некоторых государств принять надлежащие меры по защите прав своих граждан или иностранных резидентов, проживающих в данной стране, привели к тому, что в настоящее время предпринимаются попытки учредить некий наднациональный орган, который может принимать меры по защите интересов индивидов. Обычное международное право почти не смогло предоставить никакой помощи в этом отношении, на том основании, в частности, что субъектами этого права могут быть только государства, а не отдельные граждане. Поэтому индивид не может обратиться с иском на собственное государство в международные органы, если только ему не удастся убедить государство подать иск против самого себя, что крайне маловероятно. И иностранный гражданин также вынужден полагаться на правовую защиту собственного государства, и уже оно само будет решать, предоставить ему её или нет. Более того, обычное международное право очень незначительно ограничивает государства в том, что касается их отношений с собственными гражданами и иностранными резидентами. К тому же в любом случае отсутствует механизм для рассмотрения или Урегулирования конфликтов между гражданином и государством посредством судебных процедур.

Существуют, по крайней мере, две предпосылки, а именно: наличие, во-первых, четко изложенного кодекса прав человека, принятого всеми цивилизованными государствами, а во-вторых, системы судебного механизма, с помощью которого нарушения этих прав могут расследоваться и определяться путем обычных судебных процедур. При этом остается открытым вопрос об окончательном принудительном исполнении. Если же говорить о принудительном исполнении судебных и иных решений против государства, то это влечет за собой весьма сложные проблемы, некоторые из которых уже рассматривались в предыдущей главе (28), и нет необходимости их снова повторять. Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 г., представляла собой попытку дать перечень прав человека, признанных всеми государствами. Но в этом документе отсутствовал правоприменительный механизм, поэтому его можно рассматривать всего лишь как торжественное провозглашение принципов, полезное, может быть, с точки зрения влияния на общественное мнение, но малоэффективное в отношении обеспечения реальной помощи по соблюдению прав человека. Следующей и более конкретной попыткой в этом направлении была Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, подписанная членами Совета Европы в 1950 г. В ней уже предусматривалась возможность создания специального судебного механизма, что позднее действительно было осуществлено путем учреждения в 1954 г. Европейской комиссии и Европейского суда по правам человека. Это явилось интересным экспериментом по преданию наднационального характера основным правам человека, поскольку Комиссия и Суд наделялись компетенцией рассматривать иски индивидов к государствам-участникам данной Конвенции. Правда, эта компетенция носит дискреционный характер, т.е. Комиссия вправе сама, по своему усмотрению решать, каким искам давать ход и, как следствие, совсем не обязана рассматривать каждый обращенный к ней иск. Именно такая дискреционная компетенция устраивала большинство го-

сударств, подписавших Конвенцию, включая и Соединенное Королевство. (С конца 1998 г. Европейская комиссия по правам человека упразднена и её функции переданы Суду по правам человека. — Пер.)

Естественно, все эти меры представляли собой лишь самое начало процесса (28а), который обещает быть длительным и болезненным до тех пор, пока все государства не придут к соглашению, если такое случится вообще, отказаться от своей исключительной юрисдикции быть полными хозяевами на своей собственной территории. Тем не менее, эти попытки ограничения внутреннего суверенитета являются весьма полезными и указывают на возможность дальнейшего развития правовой идеи, как средства выражения основополагающих ценностей, существующих в цивилизованном обществе, и превращения их из звучных лозунгов в действенные правовые нормы.

Первоначально основной задачей Европейского Экономического Сообщества (ЕЭС) по Римскому договору являлось регулирование экономических отношений. Но в последние годы оно уделяет все большее внимание проблемам, выходящим за рамки чисто экономической деятельности и касающимся таких общечеловеческих сфер, как здравоохранение, охрана окружающей среды и т. п. В этой связи представляется весьма символичным, что практика Суда Европейских Сообществ также развивается в направлении защиты основных прав человека. В 1974 г. в связи с делом Нолда (29) Суд постановил, что эти права являются неотъемлемой частью общих принципов права, соблюдение которых и является его задачей, и поэтому для обеспечения защиты этих прав необходимо исходить из конституционных традиций, общих для государств-членов, и не допускать никаких действий, несовместимых с основными правами человека, признанными и гарантированными этими конституциями. Кроме того, считается, что международные договоры по правам человека (такие, например, как Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод), участниками которых являются государства-члены, должны также учитываться в рамках права Сообщества.

8. ПРАВО, СУВЕРЕНИТЕТ И ГОСУДАРСТВО

Всем известно, что в государствах с развитой правовой системой обязательно существует орган власти, наделенный законодательными полномочиями. В обществах с менее развитой правовой системой право представляет собой скорее соблюдение традиций и обычаев, передающихся из поколения в поколение и лишь постепенно меняющихся по мере того, как отживают старые и появляются новые обычаи. О соотношении права и обычая речь пойдет в следующей главе. Здесь же будет рассмотрено, каким образом возникло и сформировалось понятие суверенитета как одного из ключевых понятий современного права; в какой мере это понятие обеспечивает самостоятельность права в том смысле, что его действительность не зависит от каких бы то ни было факторов вне самого позитивного права. Затронуты будут также те особые проблемы, которые возникают в связи с понятием суверенитета как во внутригосударственных делах, так и в сфере международных отношений.

ПРОИСХОЖДЕНИЕ ИДЕИ СУВЕРЕНИТЕТА

Суверенитет в его современном понимании означает гораздо большее, чем простое понятие всевластия верховного правителя. Абсолютный монарх Гарун Эль-Рашид мог, например, обладать неограниченной властью править людьми, казнить их и миловать, и, тем не менее, не имел необходимой легитимной власти менять, за исключением несущественных деталей, установленные в обществе обычаи, имевшие силу закона. Современная идея суверенитета, с другой стороны, ассоциируется скорее с высшей законода-

тельной властью, (чем с высшей исполнительной или судебной властями), которая может решать вопросы войны и мира, вынесения смертных приговоров, управления государством и улаживания споров между гражданами в качестве окончательного арбитра. Таким образом, по принятому в настоящее время определению, суверен — это то лицо или орган, который является высшим законодателем в данном государстве. Именно в силу своих полномочий изменять закон такой законодатель считается обладающим высшей легитимной властью в государстве, которому подчиняются, по крайней мере теоретически, все остальные ветви власти — законодательная, исполнительная и судебная.

Понятие суверена как верховного законодателя обязано своим происхождением трем основным историческим источникам. Во-первых, Римскому императору, чье волеизъявление, согласно Институциям Юстиниана, имело «силу закона». Влияние Римского права на развитие западного права нигде не проявилось столь отчетливо, как в применении этого принципа некоторыми европейскими правителями, которые таким образом укрепили свою власть и независимость в XV - XVI вв. Во-вторых, папство времен так называемой «мрачной эпохи средневековья», последовавшей за падением Римской империи. Оно обеспечило себе как формально, так в значительной степени и по существу, полномочия высшего законодателя для всего христианского мира. В эпоху, когда светское право складывалось из множества местных обычаев и традиций, а короли и императоры были больше всего озабочены расширением своих территорий за счет новых захватов и завоеваний и подавлением сопротивления со стороны вассалов, только Папа, как наместник Христа на земле и единственный толкователь Божественного закона обладал статусом высшего законодателя. В этом ему помогал чрезвычайно развитый административный механизм, с которым не могли сравниться не только феодальные княжества, но и сама Канцелярия Священной Римской Империи. Однако, когда единство европейского христианского мира было нарушено тем, что впоследст-

вии получило название Возрождения и Реформации, возник третий и, пожалуй, самый главный источник современной концепции суверенитета. Это были независимые государства появившиеся на европейской арене, которые все позднее Средневековье боролись за то, чтобы избавиться от оков феодализма и папского верховенства. И в конце концов они стали носителями неограниченного суверенитета, унаследованного ими от Пап и Римских императоров, которые безраздельно владели им на протяжении прошлых веков.

СУВЕРЕНИТЕТ И ГОСУДАРСТВО

Идея суверенитета наполнилась новым смыслом, когда стала ассоциироваться с самостоятельным образованием, за которым постепенно закрепилось название «государство». На ранних стадиях возникновения новых независимых государств суверена в целом все еще отождествляли с правящим королем или коллективным органом власти (таким, например, как олигархический Сенат Венеции). Но поскольку эти правители не обязательно являлись суверенами в законодательном смысле, было признано, что каждая независимая страна представляла собой самостоятельное легитимное образование, «государство», и, соответственно, высший суверенитет принадлежал не одному лицу или группе лиц, так как они являлись всего лишь органами государства, а самому государству. Позднее, в результате правовых исследований стало возможным создать общую теорию права и суверенитета, первым наиболее значительным представителем которой был французский юрист Жан Бодэн, живший и работавший в XVI в. Эта теория, если изложить ее в очень упрощенном виде, заключалась в следующем. Для каждого независимого государства характерно наличие верховной законодательной власти. Эта власть осуществляет свое верховенство по двум направлениям — во-первых, она не признает над собой никакой вышестоящей власти, и во-вторых, ее полномочия являются абсолютно неограниченными. Правда, в отношении последнего следует при-

знать, что ни Бодэн, ни некоторые его последователи не были до конца последовательны, так как признавали, что законодательные полномочия все же подчиняются определенным высшим принципам естественного права.

Идея, что само государство является обладателем суверенной власти, по-разному трактуется в конституционной теории современных государств, по крайней мере, в том, что касается национального права. В Англии, например, сформировался весьма курьезный гибрид, специфический английский институт, носящий название «Королева в Парламенте» и обладающий законодательным суверенитетом. В Соединенном Королевстве под парламентом понимают законодательный орган, состоящий из суверена (в настоящее время — королева), Палаты Лордов и Палаты общин. (Любой законопроект, принятый обеими палатами, становится законом только с одобрения королевы или её уполномоченных. — Прим. пер.). Государство является более широким понятием, чем суверен, представляя все общество в целом, как социальную структуру, основанную на законе (1), и символизируя таким образом всю совокупность разнообразных проявлений его жизнедеятельности. В этом смысле все обладатели официальной власти в обществе являются государственными органами, будь то министры, издающие декреты, судьи, выносящие решения по правовым спорам, или чиновники, принимающие решения исполнительного характера или выполняющие официальные распоряжения вышестоящего начальства. Иными словами, государство — это персонификация, в правовых целях, всех ветвей законной власти. И хотя некоторые функции этой власти, включая даже суверенную законодательную власть, могут возлагаться на определенное лицо или орган, считается, что в конечном итоге любая власть исходит от самого государства. Это положение вряд ли оценят в такой стране, как Англия, чей конституционный строй развивался на протяжении долгого исторического периода и где, в частности, суверенитет парламента признан в течение многих веков. Если же обратить внимание на такое политическое устройство, как во Франции, где на протяжении последних

200 лет часто вводились совершенно новые конституции, то можно увидеть, насколько сложно определить обладателя верховного суверенитета в лице определенного человека или органа, наделенных такой властью на данный момент в соответствии с действующей конституцией. Поэтому ощущается потребность наделить этой властью более постоянный источник, а именно — само государство. И тем не менее, государство остается достаточно расплывчатым понятием, более часто употребляемым политологами, чем юристами, которые менее расположены искать высший источник законной власти за пределами конституционных рамок. И все же при федеральном конституционном устройстве этого трудно избежать. Но об этом речь пойдет ниже.

Внутренний и внешний суверенитет

Идея единого национального государства, противостоящего другим подобным государствам, значительно сильнее проявлялась на международной арене, чем в сугубо национальной сфере. Суверенитет, в его современном понимании, рассматривается в двух совершенно различных аспектах — внутреннем и внешнем. Внутренний представлен верховным законодателем государства. А в отношении внешнего ситуация весьма напоминает положение абсолютного монарха в системе обычного права, когда он не столько обладает властью менять сам закон, сколько полной свободой действовать по своему усмотрению или желанию. Точно так же возникавшие на мировой арене новые государства требовали полной свободы действий в отношениях с другими государствами как в мирных условиях, так и во время войны, поскольку в отсутствие всеми признанной высшей власти не существовало никого, кто мог бы ограничить эту свободу. Следовательно, в области международных отношений государственный суверенитет означал, что каждое государство абсолютно свободно устанавливает и регулирует свои отношения с другими государствами, включая право объявлять войну и даже аннексировать территорию побежденного государства.

Удручающее состояние беззакония, царившее между независимыми государствами, послужило толчком к развитию теории естественного права как средства урегулирования той анархии, которая иначе бы восторжествовала на мировой арене. Согласно этой теории, государства, подобно индивидам до образования гражданского общества, находятся в естественном состоянии по отношению друг к другу и, соответственно, их отношения непосредственно регулируются естественным правом. Так была предпринята попытка установить нормы естественного права, применяемые во взаимоотношениях независимых государств, как в мирное, так и в военное время. И с тех пор начали постепенно развиваться современные принципы международного права. Таким образом, казалось, что независимое государство, освобождаясь от ограничений естественного права в своей внутренней законодательной деятельности, в то же время начинало подчиняться естественному праву в новой форме в сфере международных отношений. Так возникла новая проблема правового характера — каким образом неограниченный государственный суверенитет может, тем не менее, подчиняться международным нормам, происходящим не от какого-то высшего государства или власти. Но прежде, чем перейти к рассмотрению этой проблемы, следует еще кое-что добавить о правовой теории внутреннего суверенитета.

ЗАКОН КАК ПРИКАЗ СУВЕРЕНА

Как уже упоминалось выше, позитивизм стремился отстаивать автономию права как систему действующих норм, юридическая сила которых определяется исключительно в рамках самой правовой системы, так что нет необходимости прибегать ни к какой другой системе — будь то религия, мораль или нечто иное. Более того, представляется, что идея позитивного права подразумевает понятие нормы как правила, установленного (*positum*) конкретным законодателем. Теория, согласно которой каждое государство обладает всей полнотой законодательной власти на своей территории, объяснила, каким образом право мо-

жет функционировать самостоятельно, не опираясь на внешние источники правотворчества. Поскольку суверенитет сам по себе является правовым понятием, а позитивное право может определяться с точки зрения суверенитета, это означает, что тем самым найден самодостаточный критерий, с помощью которого можно проверять и доказывать действительность правовых норм, не прибегая к какому-либо соображениям неправового характера.

Подобный ход мысли был подхвачен многими юристами от Бодэна до Бентама, но получил наиболее полное и значительное развитие у последователя Бентама – Джона Остина, с именем которого наиболее часто связывают командную (или императивную) теорию права (*command (or imperative) theory of law*) и юридический позитивизм. Соответственно и здесь командная теория права будет рассматриваться в основном в свете учения Остина. В то же время необходимо подчеркнуть, что позитивизм в том смысле, в каком он уже рассматривался выше, совсем не обязательно должен связываться с командной теорией права, хотя объединение Остином этих двух теорий зачастую создает подобное ошибочное представление. Несомненно, юридический позитивизм, утверждая, что действительность закона не основывается на нравственном порядке и отличается от него, должен одновременно объяснить значение правовой обязанности на языке собственной терминологии. Но это отнюдь не означает, что подобное объяснение предполагает наличие связи с командной теорией. Можно, например, соглашаться с основными постулатами позитивизма и, тем не менее, отвергать командную теорию, как это делает Ганс Кельзен. (2)

Командная теория в действительности сводится к отождествлению приказа суверена с законом, с одной стороны, и к утверждению, что законом не может быть то, что не приказано сувереном, с другой. Как следствие этого, вопрос о юридической силе любой нормы зависит от того, установлена ли данная норма сувереном или нет. Но такой подход совсем не продвинет вперед наш анализ, а скорее отбросит его назад, так как теперь еще надо выяс-

нять, каким образом следует определять суверена? И здесь мы сталкиваемся с неразрешимой проблемой, поскольку, если суверенитет является правовым понятием, то он сам должен регулироваться юридическими нормами. Соответственно, выяснить, кто является сувереном — значит прибегнуть к помощи правовых норм, которые устанавливают носителя суверенитета в данном государстве. Но из какого источника сами эти нормы черпают свою юридическую силу? Им не может быть какое-то другое суверенное образование, так как *ex hypothesis* в государстве не может быть другого суверена, кроме того, чей суверенитет мы в данный момент и пытаемся установить. Таким образом, мы попадаем в порочный круг — для того, чтобы придать юридическую силу закону, мы обращаемся к суверенитету, а затем, в свою очередь, — к закону, чтобы установить суверена.

Для некоторых юристов, таких, как Макс Вебер, подобный вывод не служил препятствием, и они утверждали, что такой замкнутый круг на самом деле является заранее продуманной частью системы, так как позволяет сохранить легитимность не прибегая к ценностным критериям. (3) Другие пытались рассматривать теорию права как систему, способную сохранять некую самодостаточную цельность, подобно математическим или логическим построениям, сводимым в конечном итоге к тождествам или тавтологии. Соотношение логических или математических истин и реальной жизни противоречиво, но несмотря на это, представляется достаточно очевидным, что теория права не должна отмежевываться от фактов юридической действительности, но, наоборот, — определенным образом исходить из них. Конечно, в этой связи можно заметить, что данная теория согласна с утверждением, что правовые системы отражают вышеописанный порочный круг, хотя это, вероятно, уязвимо с логической точки зрения. Но такая нелогичность сама по себе не является существенным препятствием, если таким образом достигается практическая цель. По замечанию судьи Холмса, «жизнь права — это не логика, а опыт». (4) Это, возмож-

но, и имел ввиду Макс Вебер, хотя он рассуждал скорее, как социолог, нежели юрист. Но как бы там ни было, сам Остин не пытался спрятаться ни за одним из этих объяснений, предлагая свое, более радикальное, впрочем, также не лишенное своих собственных проблем.

КТО ЯВЛЯЕТСЯ СУВЕРЕНОМ? ТЕОРИЯ ОСТИНА

Остин рассматривал проблему суверенитета не только с точки зрения определения высшей законодательной власти в государстве, но и в свете выявления источника абсолютной власти. Согласившись с позицией, обозначенной уже Бентамом, он трактовал суверенитет как ту власть в государстве, которой все традиционно повинуются, но сама она не подчиняется никакой другой власти. Иными словами, суверенитет возникает не из юридических норм, наделяющих определенный орган или лицо высшей властью, но исходит из социальной природы власти как таковой. Это, несомненно, помогло разрубить «гордиев узел» замкнутого круга, который выводил право из самого права. Тем не менее, все же оставался открытым вопрос, как найти реальный источник власти в любом конкретном обществе и как выразить в правовых терминах результат этих поисков, чтобы сделать возможным создание правовой системы.

С этой целью Остин попытался облегчить себе задачу путем использования постулата своих предшественников, начиная с Бодэна, об обязательном существовании в любом обществе с развитой правовой системой (5) суверенной власти, по отношению к которой в данном обществе проявляются безоговорочная лояльность и повиновение, но которая сама не подчиняется никакой другой власти ни внутри страны, ни за ее пределами. Для Остина это являлось важнейшим признаком независимого государства (или «политического общества», как он называл его). Согласие повиноваться другой внешней власти означало бы, что такое общество является не независимым государством, но лишь подчиненной частью другого государства. Отсутствие же верховной власти внутри государства оз-

начало не что иное, как хаос и беспорядок, то есть прямую противоположность законности. Но как же все-таки определить действительного обладателя власти? Естественно, не посредством чисто социологического анализа пружин действующего в обществе механизма. Такое исследование неизбежно приведет к выявлению таких источников власти, как экономические, социальные или военные группы, различные властные элиты, или серые кардиналы. Как бы ни были они влиятельны, они не смогут внести никакой ясности в ответ на вопрос правоведа, каким образом следует определять юридическую силу норм и решений, касающихся всех и каждого в данном государстве. Остин, пусть молчаливо, но признавал эту трудность, когда соглашался, что нельзя игнорировать нормы конституции о законном суверене, даже если они и не являются безоговорочно окончательными, так как, на его взгляд, они почти неизбежно дадут ключ к определению реального источника власти в государстве. Так, например, в Англии Остин, вопреки принятой ортодоксальной конституционной теории, наделял суверенитетом не Короля в Парламенте, но Короля, Палату лордов и избирателей Палаты общин. При этом он был особенно озабочен проблемой, как быть с постоянным повиновением в случае с Палатой общин, которая прекращает свое существование во время выборов, так что следует повиноваться как бы несуществующему органу. Поэтому он решил на место самой Палаты общин поставить ее избирателей.

Трудность подобного решения заключается в том, что оно — не факт и не закон. Под фактом подразумевается довольно простое отождествление процесса демократических выборов с реальными корнями власти в государстве. Что же касается закона, то ни один английский юрист или частный гражданин не будет считать обязательным с правовой точки зрения нечто, исходящее от произвольного соединения Короля, Палаты лордов и электората — «органа», если его можно так назвать, *locus standi* (право быть выслушанным в суде) которого никак не определен действующим законодательством.

Неделимость и неограниченность суверенитета

Но проблемы Остина на этом не заканчиваются, так как он, кроме прочего, настаивал еще и на том, что суверену, чтобы быть таковым, необходимо обладать двумя важными атрибутами — неделимостью и неограниченностью. Оба эти атрибута он считал органически присущими природе суверенитета. Суверен должен быть единым и неделимым (хотя он может представлять собой, как «орган», так и индивида). Если бы суверенитет был делимым, то не существовало бы постоянного повиновения ему, так как в одном случае повиновались бы А, а в другом — Б. Также не может быть ограничений суверенитета, поскольку такие ограничения могут возникнуть либо как следствие подчинения внешней власти (и в таком случае индивид или орган не будут суверенами), либо в результате самоограничения. Но тогда они будут иметь моральный, а не юридический характер, и в силу этого не смогут приниматься во внимание позитивным правом.

Такая концепция суверенитета была вполне применима к парламентским режимам, подобным английскому, где неделимость суверенитета парламента признана в течение многих веков, точно так же, как и невозможность для него связать себя или своих преемников обязательствами. Другими словами: даже те статуты, которые объявлялись парламентом не подлежащими никаким изменениям, могли впоследствии быть им самим отменены или изменены. Но даже здесь могут возникнуть самые странные и неожиданные последствия. Остин утверждает, что все так называемые конституционные «законы», имеющие отношение к структуре суверенной власти, на самом деле незаконны, поскольку в конечном итоге суверен определяется фактом всеобщего ему повиновения. Остин также утверждает, что любые возможные ограничения парламентом собственных законодательных полномочий, какой бы моральной силой они ни обладали, с точки зрения закона абсолютно не имеют никакой силы. Это означает, что если какой-либо статут (закон) содержит положение о внесении в него изменений, вступающих в силу лишь после оп-

ределенной процессуальной процедуры ~ например, голосования большинством в 2/3 голосов, путем референдума или при условии согласия какого-то другого органа, — то такой закон в действительности законом не является, а лишь может рассматриваться, по определению самого Остина, в лучшем случае, как «позитивная мораль». (6) Таким образом, Вестминстерский Статут 1931 г. о статусе доминионов, в котором предусматривалось, что ни один законодательный акт, касающийся какого-либо доминиона, не может быть принят парламентом без согласия соответствующего доминиона, с этой точки зрения вовсе не является законом и теоретически может быть проигнорирован, хотя фактически он был более императивным по своей природе, чем многие обычные законодательные акты.

В Англии, в силу причин социального и исторического характера, не ощущалось потребности внесения в конституцию «защитных оговорок» (entrenched clauses) с целью предотвратить тем самым возможность изменения определенных видов законодательства, за исключением случаев, когда изменения осуществляются в рамках специальных предохранительных механизмов (special safeguards), таких, например, как голосование большинством в 2/3. Подобные оговорки достаточно часто встречаются в конституциях других стран. Так, в Южной Африке право голоса «цветного» населения защищалось такого рода оговоркой. В одном из своих ведущих прецедентов (7) Верховный суд ЮАР постановил, что его согласие с теорией Остина о неделимости суверенитета при парламентском устройстве не препятствует суверенному органу изменять свой состав для осуществления различных функций — например, когда требуется квалифицированное большинство или совместное заседание Верхней и Нижней палат парламента для принятия специальных решений. Такие нормы не ограничивают суверенитет и не делят его. Но должны существовать другие нормы, определяющие обладателя суверенной власти. И важнейшая функция этих норм — установить, каким образом осуществляются акты суверенной власти. В противном случае будет

невозможно придать правовой характер действиям соответствующего органа власти. Например, если бы в Англии монарх и обе палаты парламента собрались вместе, чтобы принять какой-то новый закон, и приняли его на таком совместном заседании, то скорее всего английские юристы, исходя из существующей конституции, признали бы этот закон недействительным. Основание для такого подхода – процедура, установленная конституцией для принятия английских законов. Что же касается ЮАР, то не существовало причин, по которым подобная процедура не могла бы варьироваться в зависимости от предмета законодательства. Тем не менее, ясно, насколько далек подобный судебный подход от идеи Остина рассматривать суверенитет скорее как явление фактическое, чем правовое, поскольку все в рассмотренном случае вращается вокруг вопроса о том, как суверена определяли конституционные нормы, которые сами и являлись его источником.

Конституции федеративных государств

Еще более сопротивляются прокрустову ложу теории Остина конституции федеративных государств, в соответствии с которыми законодательная власть этих государств распределяется между центральным законодательным органом и определенным числом местных законодательных органов. Остин уже имел перед собой пример США, где по конституции власть распределяется между федеральными органами и органами штатов. Кому же принадлежит верховный суверенитет в такой федерации? Остин отказывался признавать, что его теория неделимости опровергалась подобным неоспоримым примером, но пытался определить окончательный суверенитет, который, по его утверждению, был им найден, как ни странно, среди совокупного электората всех законодательных собраний штатов. Это можно рассматривать как *reductio ad absurdum* (доведение до абсурда) всей теории. И позднее последователи Остина предпочитали считать верховным сувереном тот орган, который обладает властью менять конституцию. Это, однако, вряд ли так, поскольку невероятно

громоздкая процедура внесения поправок в американскую конституцию в действительности не предусматривает создания какого-то законодательного органа в прямом смысле этого слова и, более того, применялась всего лишь 23 раза за более чем 200-летний период. Кроме того, достаточно часто федеральные конституции в определенных отношениях могут не подлежать вообще никаким изменениям или меняться лишь с согласия определенного органа.

К конституции федеративного государства неприменимо и понятие неограниченного суверенитета. Подобные конституции часто содержат ограничения высшего порядка, такие, например, как Билль о правах, которые держат под контролем и ограничивают соответствующее законодательство. Так что суды, следуя примеру США, могут объявлять недействительными те законодательные акты, которые нарушают эти основные конституционные принципы. И вполне возможно сделать подобные ограничения не подлежащими никаким изменениям. Для Остина эти ограничения играли лишь роль «позитивной морали». Но поскольку суды и само общество склонны видеть в них не просто закон, но часть правовой системы, заслуживающей особого уважения, то суть классификации Остина представляется спорной и вызывает массу вопросов.

Изменения конституции

Необходимо также вкратце рассмотреть вопрос о конституционных изменениях в структуре власти суверена. Предположим, к примеру, что в Англии упразднена Палата лордов или что ее место заняла новая палата, избранная совершенно по другому принципу. (Этот процесс уже начался.) Никто не будет сомневаться в том, что произошла эффективная замена, так что законной суверенной властью впредь будет являться монарх, действующий вместе с Палатой общин и новой второй палатой. Палата лордов, даже если она продолжит свое существование в качестве исторической реликвии для исключительно церемониальных целей, прекратит свое юридическое существование (*functus officio*) как законодатель. Таким же

образом действующий суверен может теоретически пойти дальше и передать весь свой суверенитет другому органу. Будет ли с точки зрения теории права такая передача, — в какой бы форме она не совершилась, — полной и окончательной, или передающий свою власть суверен удержит какую-то часть верховного суверенитета с тем, чтобы в случае, если он передумает на следующий день, снова вернуть себе власть, которую он перед этим передал?

Следует иметь в виду, что на этой стадии мы выходим за рамки правовых категорий и вступаем в сферу политики. И хотя действительно существует такая стадия, на которой почти невозможно отличить предписания права от требований политики, это совсем не означает, что Остин был прав, когда пытался выводить право из самой власти. Чтобы понять суть правовых систем, требуется не концептуальное построение, способное однозначно указать, что законно при возникновении революционных или экстремальных ситуаций, но скорее такое, которое объяснит конституционное устройство государств, организованных на разумных началах, а также их правовые отношения *inter se*. Таким образом, необходима правовая теория, которая позволит понять, почему, например, парламентский акт 1911 г., лишивший Палату лордов права вето по финансовым вопросам, является нормой закона, вписывающейся в структуру правовой системы; или, как получается, что Парламент может законно ограничивать свои полномочия законодателя в отношении доминионов и даже, в случае необходимости, упразднить или реформировать одну из своих составных частей; и как судьи могут иметь полномочия отменять законодательные акты, которые они считают выходящими за рамки компетенции федеральных или местных законодательных органов.

Однако, в случае революционных ситуаций, таких, скажем, как передача парламентом всей полноты власти другому органу, будь то добровольно или по принуждению, власть явно одерживает верх над правом до такой степени, что становится невозможным игнорировать действующие факторы власти и подчинение ей при определе-

нии законности как таковой. (7а) Когда, например, Оливер Кромвель упразднил монархию, или когда Вильгельм Оранский был призван на трон после изгнания Якова II, концепция Остина о повиновении скорее А, чем Б, вполне подходила для объяснения, почему законная власть может переходить от одного к другому, невзирая на правовые нормы, действовавшие до момента этой передачи власти. В этом смысле они обязательно предполагают высокую степень подчинения существующей системе, поскольку без этого воцаряться анархия и хаос, а не торжество законности. И когда происходят революции или гражданские войны, то, может быть, в начальной стадии, когда власть переходит из рук в руки, необходимо толковать законность власти именно с точки зрения реального подчинения ей. Когда, однако, этот переходный период, во время которого право и власть в основном сливаются, заканчивается, становится нецелесообразным в дальнейшем при определении того, что законно, а что нет, исходить из прерогатив верховной власти, фактически (*de facto*) действующей в данной стране. Это объясняется тем, что к тому времени конституционные принципы обычно опять одерживают верх, и правовая система вновь начинает функционировать, трактуя их в соответствии со своими собственными основополагающими нормами о законности.

Власть, принуждение и санкции

Если считать, что Остин ошибался, полагая, что абсолютным источником законности является власть, то, пожалуй, следует еще остановиться на его концепции принуждения, как заключительной фазе осуществления права. Выше было показано, что для Остина закон — это приказ суверена. И это, по его мнению, означает, что закон является нормой, установленной сувереном, соблюдение которой обеспечивается угрозой наказания в случае неповиновения. Наказание он определял, как «правовую санкцию» нормы. В одной из предыдущих глав (8) уже обсуждалась роль принуждения в функционировании

правовой системы. Здесь же необходимо попытаться прояснить лишь некоторые незначительные моменты, вызывающие противоречивые толкования.

Прежде всего, следует принять во внимание, что санкция необязательно означает наказание в конкретной форме. Это специфическая черта уголовного права, и, без сомнения, именно криминальный аспект имеется в виду в первую очередь, когда правовая система предусматривает возможность применения различных санкций. Наказание в виде санкций может применяться не только в уголовных делах, но и здесь оно обычно выносится за нарушение судебных предписаний, например, за отказ конкретного лица соблюдать постановление суда о воздержании от определенных действий или за отказ, вопреки императивному указанию, предоставить определенные документы, необходимые для рассмотрения дела и т.п. В подобных случаях, а также, когда какое-либо лицо чинит препятствия осуществлению правосудия (например, запугивает свидетелей, чтобы те отказались давать показания), суд может приговорить нарушителя к тюремному заключению на срок, целесообразный, по его мнению, для исправления этого правонарушения. Однако в гражданских делах под принуждением обычно имеется в виду не столько наказание, сколько принудительные действия по исполнительному листу в отношении собственности ответчика. Так, у ответчика, не выполняющего решение суда об уплате долга, может быть конфисковано движимое имущество, чтобы из вырученных от его продажи денег, если их будет достаточно, оплатить этот долг. Или он может быть объявлен банкротом, и тогда вся принадлежащая ему собственность и весь его текущий доход будут использованы для выплаты кредиторам. Таким образом, правовые санкции имеют очень широкий смысл, означая любые меры принудительного характера. Закон прибегает к ним, как к крайнему средству, с целью обеспечить должное исполнение своей воли лицом, нарушившим решение суда или правопорядок.

И все же бывают ситуации, когда правовая система устанавливает нормы, но не предусматривает никаких при-

нудительных мер в случае их несоблюдения. Массу подобных примеров можно обнаружить в любой современной правовой системе, включая английскую. Так, например, существует целая категория норм, имеющих разрешительный характер, то есть устанавливающих условия, которые необходимо соблюдать для достижения определенных правовых целей. Большая часть гражданского права состоит из подобного рода диспозитивных норм, примерами которых могут служить формальности при составлении завещаний или определенные виды сделок, требующие обязательного письменного оформления. Так, хотя закон и не предусматривает применения каких-либо мер принуждения в случае неправильно оформленного завещания, тем не менее это влечет за собой отрицательные последствия, поскольку несоблюдение определенных формальностей ведет к признанию подобного завещания недействительным. И несмотря на то, что результат весьма важен, его нельзя навязать посредством санкций, основанных на принуждении. Но в конечном счете признание недействительным в широком смысле этого слова само по себе является всё же определенного рода санкцией. И если его рассматривать в контексте правовой системы в целом, то можно увидеть, что оно действительно связано с санкциями, по крайней мере косвенно. Это объясняется тем, что признание завещания недействительным лишает его юридической силы и, следовательно, любой, кто попытается исполнить это завещание, не сможет этого сделать в силу вышеуказанной причины. Также и любое решение суда, принимающее во внимание факт недействительности завещания, подлежит принудительному исполнению в обычном порядке, то есть, если получатель по недействительному завещанию отказался передать имущество, о котором идет речь в этом, лишенном юридической силы завещании, законным наследникам.

С другой стороны, достаточно часто в современном обществе закон налагает обязанности на государственные органы, не предусматривая санкций и наказаний за их неисполнение. Так, в Англии на Министерство же-

лезнодорожного транспорта была возложена обязанность выполнения определенных действий по организации транспортной системы (9), а Комиссия по электроэнергетике предписала ему выполнять аналогичные обязанности, но касающиеся электрификации железных дорог. (10) Поэтому, хотя законом и предусматривается возможность возбуждения иска против государства, ни одно из судебных решений по делам подобного рода, не подлежит принудительному исполнению, как было бы в случае с частным лицом. (11) Приверженцы теории Остина утверждают, что во всех подобных ситуациях не существует обязанности в строго юридическом смысле, поскольку она не сопровождается возможным применением санкций. Однако такая точка зрения далека от реальности, так как Парламент прямо возлагал подобные обязанности или разрешал возбуждение исков против государства, что заставляло относиться к ним, как к обязанностям, налагаемым законом. И вышеуказанные государственные органы, и само государство, если против них возбужден иск, будут, подобно любому другому ответчику, заинтересованы в определении точного объема своих обязанностей и ответственности, предписанных законом. Также никто не сомневается в том, что, если государство проиграет иск, оно заплатит и сделает это в силу юридической обязанности, а не просто из морального долга. Таким образом, существует четкое различие между ситуацией, когда государство выплачивает определенную сумму по решению суда, постановившего, что оно обязано сделать это по закону, и ситуацией, когда государство платит просто *ex gratia* (на добровольной основе) в случае, если обязательство отсутствует или не может быть установлено. (11a)

Подобная ситуация проясняет ошибочность взгляда Остина, что приказ суверена лишь в том случае создает позитивную правовую обязанность, если он обеспечивается санкциями. В подобной точке зрения есть, правда, доля истины, заключающаяся в том, что ни одна правовая система, учитывая состояние человеческого общества и

человеческой психологии в прошлом, настоящем и будущем, а возможно, и в будущем, не может функционировать, если она не опирается в конечном итоге на аппарат принуждения, который и заставляет обеспечивать выполнение ее норм и предписаний. Если всю систему в целом можно квалифицировать, как правовую, при условии, что её эффективность достигается подобным образом, то для квалификации каждой конкретной нормы этой системы в качестве правовой совсем необязательно убеждаться в том, обеспечена данная норма специальной санкцией или нет. Вполне достаточно, чтобы обязанность, хотя и предписанная законом, но не обеспеченная санкцией, являлась частью совокупности норм, обладающих правовыми атрибутами и заслуживающих в силу этого квалификации правовых в отличие от всех остальных норм, источником которых служат другие системы человеческих ценностей, такие, как мораль, религия, социальные условия, этикет и пр.

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ СУВЕРЕНИТЕТ И МЕЖДУНАРОДНАЯ СФЕРА

С точки зрения логики права, как было показано выше, нет ничего такого, что могло бы заставить каждое государство рассматривать свой собственный внутренний суверенитет в качестве неделимого или неограниченного. Правильнее было бы видеть в нем не столько неограниченную власть, посредством которой претворяется в жизнь любой законодательный акт, продиктованный желанием или капризом суверена, сколько инструмент, позволяющий дать правовое определение понятию независимости того или иного государства в том смысле, что оно не подчиняется никакой другой высшей законной власти. Можно добавить, что понятие суверенитета подразумевает еще и существование внутри государства высшего законодательного органа или органов, которые в своих конкретных сферах не имеют над собой никакой вышестоящей власти и могут принимать любые законы в рамках компетенции, установленной действующей конститу-

цией. Некоторые государства, такие, как Англия, могут идти ещё дальше и предоставлять в соответствии со своими конституциями независимой законодательной власти свободу принимать любые законодательные акты по своему усмотрению. Равным образом не существует никаких причин, которые бы препятствовали другим государствам, — а такие действительно существуют, — вносить в свои конституции положения, позволяющие накладывать правовые ограничения на полномочия высшего законодательного органа. В любом случае высшая законодательная власть, — и это следует иметь в виду, — понятие чисто теоретическое, поскольку еще ни один законодатель в мире не мог на практике принять любой закон по своему желанию, проигнорировав моральные ценности, традиции, настроения и предрассудки, существующие в современном ему обществе. Однако в данной книге рассматриваются не такие фактические (*de facto*) ограничения, которые обязательно должны существовать в каждом обществе, но ограничения правового порядка.

Те юристы, которые настаивали на абсолютном и неограниченном характере суверенитета, оказались в трудном положении, столкнувшись с феноменом международного права. Поскольку, если такое право существует, оно должно находиться на более высоком уровне по сравнению с национальным правом и быть обязательным даже для суверенов национальных государств, субъектов этого права, и в этом смысле ограничивать их власть. Для Остина международное право не является правом как таковым и лишь представляет собой позитивную мораль. (12). Последователи Гегеля, рассматривавшего государственный суверенитет как высшее выражение права, также отклоняли юридическую силу норм международного права и считали, что оно должно подчиняться «государственным интересам». Их оппоненты, наоборот, стремились утвердить приоритет международного права и пытались объяснить подчинение государственного суверенитета международному праву своего рода коллективным самоограничением, добровольно принятым на себя

различными государствами, которые в силу укоренившихся традиций согласились следовать обычным нормам международного права, включая и принцип *pacta sunt servanda*.

Если признать, что государственный суверенитет способен на внутреннее самоограничение, возникают еще два вопроса, связанные со сферой международных отношений. Суть этих вопросов заключается в следующем: 1. какова позиция государства, такого, как Англия, где государственный суверенитет до сих пор считается неограниченным? Как быть в случае, если, например, Парламент принимает закон, который прямо противоречит нормам международного права? 2. Даже, если государственный суверенитет подлежит внутреннему самоограничению, то как можно его заставить подчиняться внешней системе права и все же сохранять независимость?

Рассмотрим их по порядку.

1. Это относительно простой вопрос, так как следует различать внутренние обязательства в рамках национальной правовой системы и международные обязательства. Существует возможность конфликта между двумя этими системами, поскольку английский суд всегда признает, что его единственным долгом является соблюдение законодательных актов Парламента, даже, если они противоречат международному праву. Конечно, суд будет пытаться разработать для каждого внутреннего акта такую конструкцию, которая поможет избежать конфликта с международным правом. Но если законодательный акт сформулирован четко и недвусмысленно и не дает повода для подобной конструкции, он будет применяться, независимо от международных последствий.⁽¹³⁾ Другими словами, у национального суда есть два возможных подхода. Первый — рассматривать международное право, как часть собственного права и вследствие этого имеющее прямое действие. В этом случае международное право может иметь примат перед любым национальным законом, вступающим с ним в

конфликт и отменять его. Вторым возможным подходом — рассматривать международное право как чуждый элемент, подчиняющийся национальному праву, хотя и необходимый для должного толкования любого внутреннего закона, который вступает в конфликт с международным правом. Английское национальное право явно придерживается второго подхода, но есть и другие государства, которые следуют первому. (14) Не надо, однако, полагать, что это решает проблему, так как, какой бы подход ни выбирал национальный суд, всегда, тем не менее, может иметь место нарушение международных обязательств, за которые государство может подлежать ответственности по международному праву. Так, в выше приведенном примере ответственность Британского правительства за нарушение своих международных обязательств должна быть всё-таки признана, и любой национальный закон, гласящий совершенно противоположное, не только не будет служить средством защиты в международной сфере, но и сам может представлять собой дополнительное нарушение международного права. Сказанное подводит к следующему вопросу — как суверенное государство может подчиняться системе международно-правовых норм без потери своей независимости и суверенитета.

2. Международное право, хотя и регулирующее в наши дни создание и деятельность ряда важнейших международных организаций, таких как ООН, Международный Суд, МОТ и др., все же очень далеко от того, чтобы создать некое международное сверхгосударство, возвышающееся над различными независимыми национальными государствами. Подчинение нормам международного права не влечет за собой растворения государственного суверенитета в более высоком государственном образовании, но скорее означает признание суверенными государствами системы правовых принципов, обязательных для этих государств. В международном праве государства с этой целью рассматриваются в качестве юридических лиц, аналогично тому, как в национальном праве они при-

знаются юридическими лицами с тем, чтобы иметь возможность выступать в суде с исками и отвечать по ним.

Примером могут служить два вида международных норм, а именно — обычные нормы и договорные. Обычной нормой является предоставление национальными судами иммунитета иностранным дипломатам. С другой стороны, нормы, регулирующие международные авторские права и почтовые отправления, содержатся в различных конвенциях, которые подписаны большим числом государств и соблюдаются ими. Непредоставление государством дипломатического иммунитета или непризнание авторских прав в соответствии с конвенцией, которую оно подписало, является нарушением международного права. Это не означает, как мы уже видели, что норма международного права будет автоматически признана в судах соответствующих государств, хотя в большинстве случаев правительства примут меры по приведению своего законодательства в соответствие со своими международными обязательствами. Каково бы ни было предписание национального закона, нарушение международного права остается в силе. Что это означает?

В национальном праве существует общепринятая принудительная процедура для обеспечения выполнения большинства, если не всех, обязательств, налагаемых правовой системой. Это не относится к международному праву, которое еще не достигло, если вообще когда-либо достигнет, стадии признания и принудительного исполнения решений по спорам между государствами. Даже Международный Суд не обладает обязывающей юрисдикцией, но если бы и обладал, то не мог бы обеспечить выполнение своих решений из-за отсутствия средств принуждения. Тем не менее, всеми признано, что международные обязательства налагают такие же обязанности, как и нормы национального права. Моральный аспект действий государства — совершенно другое дело по сравнению с его правовыми обязательствами. В то же время государству может быть предъявлено обвинение в нарушении правовых обязательств в ходе

любой формальной процедуры, осуществляемой международными органами или судами таким образом, который совершенно неприменим к исключительно моральным проступкам. И подобное предъявление обвинения может сопровождаться требованием компенсации, основанной на законе (а не просто выплаты *ex gratia*). Для защиты своих законных прав истец может обращаться в судебные инстанции или ссылаться на прецеденты, так же, как при аналогичных исках в национальных судах. Другими словами, механизм регулирования международного права, хотя и не обладает всеми чертами национального права (включая принцип принудительного исполнения судебных решений), имеет много общих характеристик, аналогичных национальным правовым системам. Следует также иметь в виду, что весьма важное различие между природой субъектов двух систем — государств, с одной стороны, и индивидов, с другой, неизбежно ведет к расхождениям в способах функционирования этих систем. Как уже отмечалось выше (15), в сфере международных отношений могут существовать веские причины для отказа от применения надлежащих санкций. Помимо проблематичности их осуществления на практике в большинстве случаев, в век ядерных вооружений это могло бы вызвать разрушительную войну, чреватую глобальной катастрофой.

Более того, проводя различие между суверенитетом и международными обязательствами государства, вполне возможно прийти к пониманию того, как соотносятся между собой государственный суверенитет и нормы международного права. Последние налагают ограничения на государства в международной сфере, так как именно в этом и заключается смысл и значение самого понятия международно-правового сообщества. Но во внутренних делах государство сохраняет свой суверенитет и может издавать законы или действовать, невзирая на свои международные обязательства. Однако, поступая подобным образом, оно не может изменить, упразднить или ослабить действие этих обязательств по отно-

шению к другим государствам и вынуждено будет принять любые возможные последствия их невыполнения, учитывая современное состояние международного права и то давление, которое может быть оказано на него в данных обстоятельствах.

**Римский Договор
и государственный суверенитет**

Влечет ли за собой присоединение к Римскому Договору, создавшему Европейское Экономическое Сообщество (ныне - Европейское Сообщество - пер.) (16), посягательство на национальный суверенитет государств, подписавших этот договор? Характерной особенностью ЕЭС является то, что это — международная организация, не предусматривающая права выхода из нее, а также то, что в ней созданы различные институты (органы), такие как Совет и Комиссия, которые принимают решения и устанавливают правила, обязательные для всех государств-членов Сообщества, по чрезвычайно широкому кругу вопросов, включая таможенные тарифы, правила конкуренции, свободное передвижение рабочей силы, создание коммерческих компаний и т.п. Кроме того, существует еще Суд Сообщества, который является высшей судебной инстанцией для национальных судов государств-членов по вопросам толкования и применения Договора (16а). Постоянный институциональный характер Договора и его широкая сфера действия ставят его в весьма специфическое положение по отношению к государствам-членам, особенно принимая во внимание тот факт, что законодательные акты, принятые органами Сообщества, являются обязательными для государств-членов и подлежат, равно как и Римский Договор, на основании которого они принимаются, толкованию не национальными судами, а Судом Сообщества. Этот Суд в ряде своих основных решений постановил, что в случае конфликта между актами Сообщества и национальным законодательством, включая даже статьи конституции, приоритет имеет право Сообщества. (16аа)

Теоретически Римский Договор посвящает на национальный суверенитет государств-членов не более, чем любой другой договор, так как с точки зрения их национальных законодательств положения Римского Договора можно не принимать во внимание, какие бы международно-правовые последствия это не имело. На практике же дело обстоит совсем иначе, поскольку государства, подписавшие Римский Договор, рассматривают его в качестве налагающего серьезные правовые обязательства и, естественно, предпринимают все усилия для того, чтобы привести свои национальные законодательства в соответствие с требованиями Договора. Соответственно, и в Великобритании, ставшей членом Сообщества, до сих пор, с точки зрения внутреннего английского права, Парламент обладает всей полнотой суверенитета. Тем не менее, принятие ряда законодательных актов (16b), давших возможность положениям Римского Договора действовать в рамках Английской конституции, почти не оставляет сомнений в том, что эти акты в своих основных положениях будут совершенно недвусмысленно ограничивать свободу действий Парламента. (16c) Эту ситуацию можно сравнить с Вестминстерским Статутом, учредившим «Статус доминиона» и лишившим Парламент его законодательных функций по отношению к вновь созданным доминионам. И точно так же, как Вестминстерский Статут создал *de facto* новую ситуацию относительно полномочий Парламента, которая до сих пор окончательно не выкристаллизовалась в абсолютно ясную теорию о законных ограничениях суверенитета английского парламента, так и здесь потребуются многолетняя и устоявшаяся конституционная практика, прежде чем теоретические постулаты английского конституционного права претерпят существенные изменения.

Действительно, традиция теоретически неограниченного суверенитета английского Парламента настолько глубоко укоренилась в обществе, что, кажется, ни одна международная структура, какой бы постоянной и пред-

ставительной она ни была, не может в обозримом будущем поколебать доктрину его безоговорочного суверенитета. Если это действительно так, то даже при том, что Соединенное Королевство является членом ЕС, нашим судам останется лишь продолжать настаивать, хотя бы на словах, что в случае принятия Парламентом закона, прямо противоречащего Римскому Договору, у судов не будет другой альтернативы, как высказаться в пользу этого национального закона, невзирая на возможные, пусть даже негативные международные последствия. Очевидно, однако, что подобная позиция со временем может превратиться в чисто академическую и нереальную формулу, повторяемую юристами из года в год без искреннего убеждения в ее правоте (как в случае с якобы имеющейся у Парламента «властью» отменить Вестминстерский Статут). Может настать время, когда даже юристы признают, что изменение постепенно и незаметно укоренилось в современной правовой системе и что Парламент, даже если бы и захотел, не смог бы, в силу самой буквы закона, принять никаких законов, противоречащих таким приоритетным актам, как «Статус доминиона» и Римский Договор. Подобная возможность, какой бы маловероятной она ни казалась в данный момент, может подвести нас к тому, чтобы задаться вопросом, как создаются фундаментальные основы правовой системы и каким законным образом они могут изменяться или упраздняться. В связи с этим необходимо вкратце остановиться на так называемой «чистой теории права» Ганса Кельзена, которая оказала значительное влияние на современную правовую мысль и особенно уместна при рассмотрении проблемы действительности основных предпосылок правовой системы.

ЧИСТАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА КЕЛЬЗЕНА

Теория Кельзена, хотя и основывающаяся формально скорее на неокантианских взглядах, чем на эмпирических и утилитаристских воззрениях Остина, тем не менее имеет много общего с учением последнего. Так, Кельзен на-

8 ПРАВО. СУВЕРЕНИТЕТ И ГОСУДАРСТВО

зывает свою теорию «чистой», потому что стремится подчеркнуть позитивистскую идею о том, что право абсолютно автономно и самодостаточно и его действительность определяется, таким образом, исключительно юридическими нормами, а не нравственными принципами или какими-то иными внешними системами ценностей. С другой стороны, Кельзен пытался, и в определенном отношении довольно успешно, избежать тех ловушек, которые Остину не удалось обойти.

По Кельзену, право имеет дело не с фактами человеческого поведения, но с нормами, которые являются правилами или образцами поведения и составляют часть однородной системы. Эта система в действительности представляет собой некую иерархию норм, т.е. категории норм, располагающихся на разных уровнях универсальности и субординации, причем высшими нормами являются наиболее общие, а значит и наиболее абстрактные. Они излагают правила, в соответствии с которыми применяются нормы низшего порядка и более узкого характера, причем последние более конкретны как по своей форме, так и по сфере применения. Задачей юриста является определение условий действительности любого решения или нормы в рамках правовой системы. Если, например, судебный пристав взыскал по исполнительному листу имущество г-на Смита, необходимо установить, было ли это действие законным. Для этого необходимо обратиться к решению, принятому, скажем, судебным распорядителем графства, который вынес постановление о взыскании. Его постановление, в свою очередь, может быть основано на решении судьи Верховного суда. А это решение может означать выполнение приказа Министра, который он издает на основании и во исполнение статута в соответствии с полномочиями, предоставленными ему актом Парламента. Необходимо отметить, что по мере продвижения от низших к более высоким уровням, конкретные и фактические правовые нормы превращаются во все более абстрактные и общие принципы. При этом юридическая сила норм каждого отдельного уровня

зависит от той нормы в иерархии норм, которая создает основу для ее применения.

Подобно Остину, Кельзен также настаивает на необходимости применения в конечном итоге принуждения, поскольку оно обуславливает действенность правопорядка и делает его эффективным, то есть обязательным для выполнения. Каждая правовая норма, налагающая обязательство (в отличие от норм, просто разрешающих и допускающих определенные действия), должна быть снабжена санкцией. Сама же санкция представляет собой всего лишь описание определенных конкретных норм, находящихся в самом низу нормативной «табели о рангах». Именно они и обеспечивают правовую основу принуждения, применяемого в конкретных случаях. По мнению Кельзена, санкция — это не угроза применения силы или ее действительное применение, но просто окончательная «конкретизация» целого ряда норм, разрешающая это физическое воздействие в правовом смысле. (17)

До сих пор речь шла об иерархии норм снизу вверх, вплоть до акта Парламента. Но каким образом сам акт приобретает силу закона? Остин, как отмечалось выше, апеллировал в подобном случае к суверенитету Парламента, выводимому из сложившегося обычая подчиняться его постановлениям. Кельзен же совсем не разделял подобную точку зрения, которая, по его утверждению, путает факт с законом. Власть Парламента должна, по его мнению, зависеть от высшей нормы, которая наделяет юридической силой правило о безоговорочном приоритете воли Парламента (выраженной в определенной форме), независимо от того будет она изменена самим Парламентом в будущем или нет. Однако на чем же зиждется сама эта норма? — спрашивает Кельзен и отвечает: она является базовой нормой (*Grundnorm*) или первоосновой всей системы, метафизической субстанцией, недоступной для понимания в правовых целях. Подобные рассуждения напоминают идею мироздания, покоящегося на слоне, причем по правилам нельзя спрашивать, на чем стоит сам слон.

Базовая норма

Кельзен утверждал, что в любой нормативной системе должна существовать точка, за которую нельзя выходить, поскольку она служит внешней границей всей системы, и дальнейшее продвижение будет означать уже анализ, не имеющий к ней никакого отношения. Например, можно на полном основании задать вопрос, является ли конституционная норма, наделяющая Парламент властными полномочиями, морально оправданной, поставив таким образом под сомнение ее действительность с моральной точки зрения. Но это, утверждает Кельзен, — не юридическая проблема, а этическая, и поэтому не дает никакого ответа о действительности базовой нормы.

Тем самым остается открытым вопрос о том, что же следует считать базовой нормой. Кельзен говорит, что необходимо проследить исторические корни возникновения действующей конституции вплоть до прародительницы, принятой либо в самый первый раз в стране, не имевшей до того никакой конституции вообще, либо провозглашенной в результате революции. Презумпция, что самая первая конституция законна и ее следует соблюдать, и является базовой нормой существующей конституции. Эту базовую норму следует отличать от обладающих высшей юридической силой норм действующей конституции, которые являются нормами существующего правопорядка. Не имеет значения, является ли сама конституция неписаной, как в Англии, или писаной, как в США. В Англии высшей конституционной нормой является норма, устанавливающая суверенитет Парламента, хотя это и может измениться в результате вступления страны в ЕС. (17a) В США таковыми являются те нормы, которые содержатся в самой последней версии измененной внесенными поправками конституции.

Базовая норма международного права

Хотя данная теория не рассматривалась в международно-правовом аспекте, Кельзен уделяет этому вопросу большое внимание. Он полагает, что каждая страна

имеет свою собственную норму, обладающую высшей юридической силой, и рассматривает международное право, как действующее только тогда, когда его нормы инкорпорированы в национальные правовые системы. С другой стороны, также возможно представить монистическую систему, в которой базовая норма каждого государства предписывает подчиняться нормам обычного права, принятым в качестве обязательных государствами *inter se* (общепризнанный принцип международного обычного права, согласно которому договоры должны соблюдаться подписавшими их государствами). Точка зрения Кельзена заключается в том, что такая единая система не только желательна, но уже фактически действует, так как государства в основном соблюдают ее постольку, поскольку это соответствует принципу минимальной эффективности. Более того, здесь присутствует даже потребность в крайних формах принуждения, поскольку международное обычное право признает принцип принуждения к исполнению посредством самопомощи, путем применения военной силы и репрессалий в качестве последней меры при грубом нарушении норм международного права. Представляется, однако, что эта система принуждения безнадежно уступает по эффективности воздействию национальному праву, но происходит это в силу примитивности и неупорядоченности современного международного права, которое можно сравнить с эпохой кровной мести в развитии национального права. Но это не уменьшает его законного статуса, так как оно продолжает оставаться эффективным, по крайней мере на минимальном уровне.

Решает ли Кельзен проблему суверенитета?

Хотя позиция Кельзена более последовательна и логична, чем подход Остина, она не лишена своих собственных противоречий. Внимание здесь сосредоточено на идее базовой нормы. Взгляд Кельзена на правовую систему как взаимосвязанную нормативную структуру весь-

III\ ВО. СУБЕРЕНИТЕТ II ГОСУДАРСТВО

ма прогрессивен, так же, как и его идея, что правовая действительность может быть понята только с точки зрения высшей нормы, наделяющей юридической силой нормы низшего порядка. Более того, Кельзен совершенно справедливо подчеркивает ту мысль, что правовую действительность нельзя выводить, опираясь на чисто фактические (*de facto*) соображения (как полагал Остин), на основе таких понятий, как повиновение. Она должна мотивироваться нормативным происхождением. Также справедливым представляется его мнение, что подобное объяснение может только привести к некоей первопричине, которая и является основой всей системы и которая не нуждается в дальнейших объяснениях, по крайней мере в рамках данного анализа. И тем не менее, Кельзен оказывается в метафизическом тупике, который он, будучи позитивистом, старается не замечать, настаивая на существовании единой базовой нормы вне самой правовой системы, выбранной по принципу эффективности. Кельзен в общем-то и не разъясняет статус этой особой нормы и лишь утверждает, что она уникальна, так как во что бы то ни стало стремится сохранить логическую последовательность системы. Представляется, однако, весьма сомнительным, что правовая последовательность может быть приравнена к логике (18). Опыт показывает, что часто в конституциях кроются возможные внутренние конфликты, разрешить которые не сможет никакая базовая норма по образцу Кельзена. Так, можно предположить, что Палата лордов (как высший судебный орган Англии) может отказать Парламенту в полномочии принять конкретный закон. Конфликты всегда возможны в большей или меньшей степени даже при наличии самых тщательно проработанных или выдержавших испытание временем конституциях, и когда они возникают, то должны разрешаться в условиях существующего в стране политического климата. Это хорошо видно на примере США, когда там возник конфликт из-за попытки Верховного суда ввести в Конституцию поправку о запрете на сегрегацию во всех штатах. Факти-

чески в подобных случаях поиски искусственной базовой нормы в духе Кельзена вряд ли могут помочь. Скорее надо будет признать, что каждая система имеет свою базовую норму или нормы (в США, к примеру, это нормы Федеральной Конституции, включая и норму, дающую право менять их) и что они должны быть скоординированы между собой приемлемыми в правовом отношении методами. Поэтому и в международной сфере вряд ли можно адаптировать какую-либо ситуацию к жесткой дихотомии Кельзена: в наши дни международная обстановка чрезвычайно изменчива и подвижна, и это не позволяет утверждать, что каждое государство признает или обязано признать раз и навсегда плюралистическую или монистическую концепцию действительности международного права как системы, имеющей приоритет над национальным правом. (19)

Подход Кельзена, однако, проливает свет на вопрос, каким образом могут быть заложены фундаментальные основы конституции, а затем вносятся изменения без каких бы то ни было революционных потрясений. В настоящее время в Англии наша правовая система исходит из базовой нормы, что Парламент суверенен. Но ничто не мешает возникновению новой нормы в результате длительного и основанного на обычае процесса признания коренных изменений этого принципа. Такая базовая норма не обязательно должна быть установлена законом. Она может быть обычной, подобно действующей норме о суверенитете Парламента. Теперь, когда Англия присоединилась к ЕС, может возобладать точка зрения, что суверенитет ограничивается определенными основополагающими документами, такими, как Римский Договор, и делится между Парламентом и другими органами. Здесь можно добавить, что не существует никаких причин, которые могли бы затормозить развитие подобных взглядов, за исключением, пожалуй, силы традиции, которая сама по себе может, как будет показано ниже при рассмотрении обычного права, создавать новые нормы.

9.

ПРАВО И ОБЩЕСТВО

Как представители естественно-правовой школы, так и их основные оппоненты, позитивисты, в значительной степени разделяли индивидуалистический взгляд на человеческое общество. Что касается естественного права, то это особенно видно на примере теории общественного договора, которая на протяжении многих лет являлась необходимым звеном в системе естественно-правовой идеологии. Эта теория гласит, что общество сформировано договором между индивидами, которые в совокупности и составляют данное общество. Действительное формирование человеческого общества связано с первоначальным договором индивидов, ранее находившихся в естественном состоянии, и предполагается, что основы общества покоятся на условиях этого договора, (а) Связь с естественным правом устанавливалась посредством гипотезы, что обязательный характер самого общественного договора вытекает из естественного права. Таким образом, естественное право формировало основы не только позитивного права, но и самого общества. В этой теории было много спорного в отношении условий первоначального договора. Некоторые, как, например Аокк, выступали за сохранение основных естественных прав, другие, подобно Гоббсу, утверждали, что абсолютным суверенитетом наделяется правитель. Кроме того, существовали еще и многочисленные промежуточные взгляды и позиции. Смысл всей этой разногласицы заключался в том, что под обществом подразумевалась лишь совокупность индивидов, составляющих его, и что их социальные связи могли быть полностью поняты только с точки зрения обязывающего их договора, заключенного разумными индивидами для достижения их личных интересов. Однако существование такого договора в исто-

рии, отнюдь не было общепризнано, так как подавляющая часть теоретиков была не столько озабочена исследованием исторического происхождения договора, сколько тем, чтобы сформулировать логические предпосылки устройства человеческого общества, права и власти. И как следствие этого данная теория была рациональной, индивидуалистической и формальной по своему характеру.

Ранние позитивисты, хотя и отвергали и естественное право и общественный договор как чистые фантазии, недалеко ушли от своих оппонентов. Позитивизм, основанный на утилитаризме, полагался на рациональный выбор целей, направленных на достижение человечеством счастливой жизни, и на психологию человеческой природы, главной движущей силой которой считалась исключительно реакция организма индивида на боль и удовольствие. (1) Более того, Остин, развивая теорию позитивизма, полагался в значительной степени на психологический фактор, особенно в том, что касается роли санкций как угрозы причинения боли индивиду и достижения тем самым той степени подчинения, которая рассматривалась им в качестве первоосновы права в целом.

Такое достаточно грубое или несколько неуместное психологическое толкование было недвусмысленно отвергнуто Кельзенем. Он, в свою очередь, пытался отделить правовые вопросы от социальных проблем и отношений, к которым могут применяться правовые нормы. Кельзен, даже в большей степени, чем Остин, считал, что правовая наука занимается исключительно формальными нормами, существующими в совершенно иной сфере, нежели реальные человеческие проблемы, которые, по его мнению, абсолютно не связаны с правом и являются предметом изучения не юриста, а социолога.

ИНДИВИДУАЛИЗМ И КОЛЛЕКТИВИЗМ

В XVIII - XIX вв. теория индивидуализма приобретала все более экономический характер. Под влиянием промышленной революции и развития капитализма индивидуализм стал представлять собой нечто большее, чем философскую и

психологическую доктрину: он превратился в политический и экономический лозунг *laissez faire* (свободы предпринимательства). Начиная с того времени и вплоть до наших дней представление о том, что закон как можно меньше должен вмешиваться в свободу частной деятельности, особенно в экономической области, вызывало множество дискуссий правового и социального характера. Более того, часто эти дискуссии служили призывом к конкретным действиям, в частности, это коснулось доктрины свободы договора. Сэр Генри Мейн проповедовал теорию о постепенной эволюции общества от гражданского состояния к договорным отношениям. Для него символом развитого и «открытого общества» была свобода индивида заключать любой договор по своему усмотрению. Предназначением и задачей права являлось, таким образом, поддержание этой свободы и подавление любых попыток ограничить свободу индивида выбирать обязательства (особенно экономического характера), которых он будет придерживаться. Разделявшие эту идею не считали совершенно неуместными доводы о том, что неправильно ограничивать по закону рабочий день или оговаривать условия труда на шахтах или фабриках, поскольку рабочие вольны принимать или отклонять предлагаемые им условия, и подобная свобода выбора является важнейшей чертой развитого общества.

Но как бы ни были влиятельны идеи свободы предпринимательства, они, тем не менее, проигрывали битву другой идее, которая подчеркивала важность социального обеспечения и необходимости законодательного вмешательства с целью создания необходимых условий для достижения общества благоденствия. Это движение, как ни парадоксально, основывалось в значительной степени на взглядах утилитаристов, которые, хотя и являлись в большинстве индивидуалистами, но, придавая первостепенное значение умножению человеческого счастья, разработали соответствующую философию, поощрявшую рост материального благосостояния общества в целом. Их философия, несмотря на все ее логические несовершенства, оказалась весьма привлекательной для прогрессивно мыслящих викторианцев и

стимулировала принятие целой серии социальных законов. По мере развития капитализма в XIX в. становилось все более очевидным, что благодушное потворство стихии рыночных сил приводит в результате к массовому обнищанию, бедности и неудовлетворенности населения. Таким образом, практика оказалась неудачной иллюстрацией достоинств доктрины *laissez faire*, хотя ее сторонники могли настаивать, что в долгосрочной перспективе вмешательство в действие «естественного» закона спроса и предложения принесет больше вреда, чем пользы. Но, как однажды заметил Аорд Кейнс, «в конечном счете мы все смертны».

Начавшиеся на Западе социально-экономические потрясения приняли широкий размах и постепенно охватили весь земной шар. Их последствия стали полностью ощущаться лишь в XX веке. Эти процессы нашли широкое отражение в многочисленных теоретических исследованиях. Действительно, вряд ли в мировой истории найдется другой такой период, когда философия и идеология оказывали бы столь мощное воздействие на человеческую деятельность.

ОБЩЕСТВО КАК ФОРМИРУЮЩЕЕСЯ САМОСТОЯТЕЛЬНОЕ ЕДИНОЕ ЦЕЛОЕ

Разочарование в чисто индивидуалистической и рационалистической концепции общества проявилось уже в работах Руссо, который пытался выразить целокупность общества в своей концепции «общей воли», как возникающего единения в отличие от индивидуальных волеизъявлений членов общества. Немного позднее Эдмунд Бёрк подчеркивал важность традиций и исторических корней социального организма и отвергал определение национального государства как партнерства в рамках коммерческого предприятия. Но только немецкий философ Гегель заложил философские основы концепции общества как метафизического образования, отличного от отдельных индивидов, составляющих его, и стоящего над ними. Теория Гегеля носила в высшей степени мистический характер, и вероятно, этим и объясняется ее необычайная

популярность. Согласно гегелевской философии истории, развитие человечества строго следует предначертанному пути. Для Гегеля история — единый, закономерный, внутренне необходимый процесс саморазвития духа, идеи. Он, подобно Платону, был идеалистом, для которого «идея» являлась большей реальностью, чем мир физических ощущений. «Идеей» Гегеля, направляющей развитие человеческой истории, был «разум». Идея разума постепенно находила свое претворение в истории человечества. Высшим проявлением этого явилось возникновение национального государства, представлявшего собой воплощение разума. Такое государство было реальностью, а не просто правовой фикцией, реальностью более высокого порядка, чем его отдельные граждане. Эти граждане находились в абсолютном подчинении высшим целям государства, поскольку только таким образом можно наиболее полно реализовать человеческий потенциал.

Из дальнейшего будет видно, что эта теория находилась под определенным влиянием взглядов Аристотеля. (2) Но, чтобы быть справедливым по отношению к Гегелю, следует добавить, что он считал себя апостолом свободы, а свою философию — предназначенной указать человечеству, каким образом оно должно развиваться в направлении достижения высшей формы политической и культурной свободы, достигаемой лишь путем создания национальных государств, представляющих собой вершину цивилизации. Гегель настаивал, что именно такой тип государства является высочайшим проявлением человеческой культуры и свободы. Весьма далекий от того, чтобы предусматривать хоть какую-то возможность дальнейшего развития с целью образования в конечном итоге международного сообщества, основанного на верховенстве права, он видел в межгосударственных конфликтах движущую силу человеческого прогресса и свободы.

Хотя Гегель называл себя сторонником доктрины свободы воли, его определение свободы по демократическим меркам было неубедительным и вряд ли означало нечто большее, чем свободу подчиняться государству. Одна-

ко исходя из этого постулата невозможно представить вообще никакого настоящего конфликта между государством и индивидом, поскольку государство всегда будет право. Гегель, как и все позитивисты, отрицал естественное право, но не для того, чтобы подчеркнуть существование двух автономных сфер – права и морали, но скорее с целью включения морали в сферу государственного права. Для Гегеля, как ранее для Гоббса (3), государственное право само является образцом морали, так как воплощает в себе высочайшее развитие идеи разума. Никакая мораль, особенно мораль отдельного индивида, не может существовать вне коллективной морали, увековеченной в государстве и его праве. (3а)

Далее станет ясно, что подобная доктрина послужила плодотворной основой для возникновения многочисленных тоталитарных идеологий, которые пышно цветом расцвели в современную эпоху. Нацизм и фашизм разделяли идею нации-государства как нового образования, воплощающего высочайшую реальность, которой может достичь человек и которой целиком будет подчиняться он сам, его сознание, совесть и мораль. Эти идеологии, однако, привнесли одну новую черту, не свойственную теории самого Гегеля. Гегель, хотя его философия и носила мистический характер, был все-таки в целом рационалистом, верившим, что его органический рационализм достиг значительно более глубоких истин, чем искусственный рационализм Просвещения XVIII в. Нацизм и фашизм, с другой стороны, соединили в себе все те силы иррационализма, или антиразума, которые вышли на арену с уходом XIX и началом полного катаклизмов XX века. Учение Ницше с его суперменом, вера в зов расы и крови в противовес балласту интеллекта, проповедовавшиеся Р. Вагнером, С.Х. Чемберленом и многими другими, шли гораздо дальше утверждения о том, что право государства является высшей моралью. В результате появилась теория, согласно которой, закон — это не просто предмет юридической формулировки, но скорее интуитивное выражение императивных импульсов, исходящих от самой расы или нации. Эти импульсы мистическим образом улавливаются ду-

ховным лидером нации, и он служит их проводником. Его прозрения как раз и представляют собой высочайшую истину, право и мораль. Можно проследить, как рационалистическая философия Гегеля инспирировала появление абсолютно иррациональной доктрины, насквозь пропитанной «харизматическим» духом ранних форм «боговдохновенного» лидерства. (4) Легко также увидеть, как при подобных режимах право из системы регулярно применяемых норм превращается, в лучшем случае, в совокупность правил, к которым относятся всего лишь, как к указаниям о прозрениях правителя или тех, кто правит от его имени. И все законодательство и прочие правовые нормы ставятся в зависимость и подчиняются соображениям высшего порядка, таким, например, как интересы германской расы. (5) Таким образом, Гегель и сторонники иррационализма, одного из боковых направлений его философии, — а не позитивизм (согласно утверждению приверженцев естественного права) — дали философское обоснование для такого рода тоталитаризма с его печальными последствиями массовых человеческих страданий, который похоронил большинство надежд, возлагавшихся многими на наш век научно-технического прогресса. Ниже будет показано, что другая основная форма тоталитаризма — Марксизм-Ленинизм — возникла из этого же источника.

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ СИЛЫ ОБЩЕСТВА

Гегель попытался придать новый импульс учению о логике посредством своего «диалектического» метода. Вместо двух противоречащих друг другу предположений, примиряемых путем вывода о том, что, по крайней мере, одно из них неверно, он начал доказывать, что противоречия образуют тезу и антитезу, из которых может произтекать новый синтез. Именно с этих позиций он подходил к развитию истории человечества, в том смысле, что взаимное противоречие «идей» разрешается путем создания нового синтеза. Так человеческий прогресс постепенно приближается к решающему воплощению в жизнь идеи разума. Абстрагируясь от объяснения сказанного с точки зрения формальной логики,

можно сказать, что данный метод в целом достаточно продуктивен как средство анализа определенных исторических эпох. И Карл Маркс, который начинал, как последователь Гегеля, не преминул воспользоваться им. Новым в его теории было то, что он (по его словам) «устремил вверх правильный путь Гегеля», утверждая, что миром правят не идеи, а материальные силы, особенно носящие экономический характер, которые создают не только социальные условия определенной исторической эпохи, но и формируют ее основную философию или «идеологию», как теперь принято говорить. Маркс называл свой метод «диалектическим материализмом» и совершенно в стиле Гегеля пытался показать, как противоречия, имманентно присущие капиталистической системе его времени, должны обязательно привести к революционным потрясениям, в результате которых возникнет новое социалистическое общество.

В действительности существовало две разновидности марксистской мысли, примирить которые между собой достаточно сложно, несмотря на то, что обе оказали колоссальное влияние на современное общество. С одной стороны, для марксизма характерны пророчество и историзм. Подобно древним еврейским пророкам, это учение предвещает обреченность и гибель, но смотрит дальше и предвидит зарю новой эры, когда человек возродится для счастья и справедливости. После революции снимается проблема классовых противоречий, институт частной собственности уступает место коммунистическому правлению, право и государство, бывшие до того главными инструментами угнетения и деспотизма, «отмирают», исчезает необходимость в принуждении силой, поскольку каждый человек получает достаточно средств для удовлетворения своих потребностей, и воцаряется торжество всеобщей гармонии. Более того, этот идиллический рай на земле изображается не как отдаленная возможность в долгосрочной перспективе, но как некий факт объективного исторического развития, к которому в ближайшем будущем приблизится человечество в результате неизбежного снятия противоречий в существующем общественном строе.

С другой стороны, пророческий элемент теории Маркса дополнялся попыткой применения научных принципов к изучению человеческого общества. Маркс подробно изучал (хотя, предположительно, и не по первоисточникам) характерные черты современной ему экономической и классовой системы и изложил в отчасти беллетризованном виде свой анализ тесной взаимосвязи между экономическим укладом общества и господствующей в нем идеологией. Так он подверг наиболее конструктивной критике всю сферу социальных наук, поскольку становилось очевидным, что невозможно понять современное общество без изучения его институциональных и экономических основ и оценки их влияния на господствующую идеологию. Многие упрекают Маркса в односторонности и считают, что он преувеличивал связь между экономикой и идеологией, ставя последнюю почти целиком в жесткую зависимость от первой. В настоящее время превалирует точка зрения о постоянном взаимовлиянии этих факторов, а не та, что один из них полностью зависит от другого. Например, теперь всеми признано, что быстрое развитие капитализма было тесно связано с идеологией протестантизма, и особенно кальвинизма. Но одной такой простой схемы одностороннего влияния совершенно недостаточно для того, чтобы объяснить этот чрезвычайно сложный период в истории человечества. (7)

И тем не менее, несмотря на все издержки в её трактовке, идея Маркса о том, что право порождается и формируется экономическим укладом и представляет собой институционализированную форму господствующей идеологии, используемой правящими кругами для принуждения масс к повиновению, пролила новый свет на природу права и на то, сколь глубоко оно укоренилось в том обществе, в котором действует. Более того, во многих отношениях марксистская теория глубже по своей сути, чем историческая школа (также представлявшая собой одно из течений гегельянства (8)), поскольку основывалась не на безмятежной вере в добродетели традиционализма, а стремилась вскрыть истинные пружины человеческой де-

тельности и ее отражения в существующих институтах путем анализа экономической структуры общества, ее функционирования и социальных последствий. Таким образом, можно сказать, что марксизм внес значительный вклад в развитие как правовой социологии, так и других форм этой науки об обществе. (8а) Теперь необходимо обратиться к другим, не марксистским, источникам социологического подхода к праву.

ПРИМЕНЕНИЕ СОЦИОЛОГИИ В ПРАВЕ

Мысль о том, что научные методы можно применять к таким наукам, как право и криминология, многим обязана ранним утилитаристам — последователям Бентама, а затем и французскому философу Конту, который, расширив саму сферу социальных наук, названных им «социологией», развил ее дальше. Благодаря ему появилась уверенность в том, что научные методы анализа вполне применимы к изучению человека в обществе, как и любого другого явления материального мира. (9) Более того, то большое значение, которое утилитаристы придавали научному подходу к законотворчеству, поставило право на почетное место в социологии. И все больше крупных ученых-юристов и обществоведов в странах континентальной Европы, особенно в Германии, стали рассматривать эту новую науку в качестве более подходящей для лучшего понимания права (и его роли в обществе), чем существовавшие до того школы естественного права и позитивизма с их достаточно формалистским и квазилогическим подходом.

РУДОЛЬФ ФОН ЙЕРИНГ

Первым среди известных юристов, заслуживающих упоминания в этой связи, является Рудольф фон Иеринг, который оказал значительное влияние на самого признанного в англо-американском мире юриста-социолога Роско Паунда. Иеринг рассматривал право не как формальную систему норм, но как основной метод организации общества. Само общество состоит из массы противоречащих друг другу «интересов», многие из которых, но далеко не все,

экономического свойства. Неупорядоченное столкновение этих интересов может привести лишь к хаосу и анархии. С другой стороны, невозможно и удовлетворить абсолютно все интересы, поскольку одни противоречат другим (к примеру, интерес землевладельца сохранить контроль над своими владениями может расходиться с общественными потребностями в прокладке дороги через его территорию). И в любом случае, никогда не существовало таких условий, при которых можно было удовлетворить потребности каждого. Кроме того, некоторые интересы могут представляться социально менее значимыми, чем другие, а третьи вообще могут быть с самого начала отвергнуты как антиобщественные. Поэтому право выступает в качестве некоего беспристрастного посредника между всеми этими конфликтующими требованиями и притязаниями. И в этой связи основная задача заключается в том, чтобы приспособить процесс правотворчества к меняющимся нуждам современного общества. Значит юрист должен владеть не только чисто техническим знанием своего предмета, но и полностью понимать скрытый социологический подтекст правовых норм, которыми он оперирует и которые следует использовать для разрешения и сглаживания конфликта, а не для его дальнейшего обострения или провоцирования нового.

М. ВЕБЕР И Е. ЭРЛИХ

Двое других блестящих немецких ученых исследовали социальный аспект права на значительно более высоком уровне. Макс Вебер, уже упоминавшийся в связи с проблемой власти (10), в значительной степени углубил наше понимание того, каким образом конкретные правовые системы отражают лежащую в их основе философию, являющуюся одновременно и причиной и следствием жизнедеятельности общества, в котором она существует. Вебер особенно подчеркивал процесс постепенной и все возрастающей институционализации современного права в результате усиливающейся бюрократизации государства. Он объяснял, почему признание права, науки рациональной, зиждится на таких фундаментальных и полулогических

постулатах, как тот, что право представляет собой «всеохватывающую» и беспробельную систему юридических принципов и что любое судебное решение обязательно влечет за собой применение абстрактной правовой нормы к конкретной ситуации. Увы, судьба дважды испытывала социологическую теорию права М. Вебера. Первый раз, вскоре после смерти ее автора в 1920 г., когда рационалистический подход к праву в Германии, его собственной стране, уступил место вере в интуицию «харизматического» лидера. К счастью, этот период принадлежит теперь уже истории. Во второй раз, вызов ей был брошен социологической юриспруденцией. Представители этого направления посчитали своей главной задачей бороться с чересчур логическим и рационалистским, на их взгляд, подходом ранних позитивистов.

Е. Эрлих, который жил почти в то же самое время, что и Вебер, поставил своей целью проникнуть за частокол формальных норм, считавшихся до тех пор аналогом самого права, и найти реальные социальные нормы, регулирующие все аспекты жизни общества. Такие нормы он называл «живым правом». По мнению Эрлиха, каждому обществу присущ свой внутренний порядок ассоциаций индивидов, составляющих данное общество. Этот внутренний порядок определяет их жизненный уклад, хотя и не находит отражения в нормах позитивного права. В действительности он эквивалентен тому, что позднее стало обозначаться антропологами, как тип культуры. Юрист, таким образом, обязан знать не только нормы своего позитивного права, но и нормативный внутренний порядок современного ему «живого права». В практическом плане это жизненно важно с различных точек зрения. Отсутствие соответствия между позитивным и живым правом может в конечном счете привести к недооценке или неправильному толкованию живого права. Так что простое знание позитивных норм может дать в корне ложную или вводящую в заблуждение картину существующего социального порядка. Например, в сфере деловых отношений правовая система может формально оперировать набором абстрактных норм, выполнять которые

бизнесмены не могут или не хотят. В подобном случае можно обнаружить, что коммерческие сделки регулируются целым рядом социальных и экономических норм, отличающихся или даже противоречащих нормам позитивного права, которые и должны теоретически подлежать применению. Живое право к тому же динамично. Оно находится в постоянном процессе изменения, так что нормам позитивного права необходимо все время к нему приспособляться. А это возможно только в результате эмпирического анализа внутреннего порядка живого права в каждый данный отрезок времени. Более того, нравственные ценности данного общества должны отражаться в живом праве. И для того, чтобы оно соответствовало общепринятой морали (11), те, кто отвечает за развитие правовой системы, обязаны постоянно следить за содержанием этого внутреннего порядка данного общества. Постоянно держать руку на пульсе общества необходимо и законодателю, чтобы создавать новые законы и осуществлять правовые реформы, и судье, и другим служителям правосудия, чьи решения создают прецеденты для рассмотрения будущих дел (12), и всем юристам вообще, кто, будучи по долгу службы вовлеченным в процесс заключения сделок и улаживания споров, способствует как развитию самого живого права, так и определению необходимого объема норм позитивного права и их соответствия живому праву.

РОСКО ПАУНД

И АМЕРИКАНСКАЯ ШКОЛА СОЦИОЛОГИИ ПРАВА

Развивая основы, заложенные немецкими юристами-социологами, Роско Паунд ввел новый и сугубо американский метод в анализ права в социальном контексте. Беспрецедентный технологический прогресс и его влияние на современную социальную и экономическую жизнь заставили Паунда по-новому взглянуть на правовой процесс, объясняя его как некую форму «социальной инженерии». В то же время в целом оптимистичный и устремленный в будущее характер американского общества, дополняемый энергичным стремлением поставить на научную основу

изучение поведения человека в обществе, позволил создать благоприятный климат для появления теории, согласно которой все проблемы современного общества можно рационально объяснить скорее невежеством людей, чем присутствиями им порокам. При правильном понимании всех задействованных факторов, возможно лишь в результате их непосредственного научного анализа, обязательно найдутся и необходимые пути разрешения этих проблем.

Паунд был согласен с точкой зрения, широко распространенной среди современных социальных антропологов, что каждое сформировавшееся общество имеет свой собственный тип культуры, которым и определяется его идеология. В широком смысле последняя в конечном счете и формирует особый философский взгляд этого общества на человека и мир, но в узком смысле ее присутствие сказывается в каждой сфере человеческой деятельности. Право, пронизывая всю ткань общества и его идеологию, вырабатывает свои собственные основополагающие постулаты, которые образуют определенный каркас или структуру, внутри которой оно и развивается. Эти постулаты не остаются, однако, неизменными и сами эволюционируют вместе с обществом. В XIX в. свобода заключения договора была одной из фундаментальных основ развития западного общества. Но, как заметил сам Паунд, наше время стало свидетелем постепенного признания новых основополагающих постулатов, таких как право на труд и на обеспечение приемлемых условий труда. Таким образом, идет постоянный процесс внутреннего развития, в результате которого нормы позитивного права, как в живом организме, приобретают жизненную силу и получают импульс для освоения новых сфер своего применения.

Конфликт интересов

Подобно Иерингу, Паунд рассматривал правовой процесс, как форму общественного контроля, который позволяет тщательно отслеживать все конфликтующие и конкурирующие между собой интересы, существующие в обществе, оценивать их, а затем принимать или отвергать. Ис-

ПРАВО И ОБЩЕСТВО

ключительно важная роль Фемиды в американском праве (что отчасти объясняется первостепенной значимостью судебного прецедента в общем праве, а более конкретно в отношении США — конституционной функцией судей, особенно членов Верховного суда, признавать законодательство неконституционным), заставила Паунда, подобно большинству американских юристов, уделить особое внимание деятельности судов, как высших представителей права по осуществлению общественного контроля. Со времен Паунда большинство нынешних американских юристов озабочено реальной оценкой деятельности судов и их отношения к тому, что Эрлих называл «живым правом».

Две проблемы особенно привлекали внимание Паунда: во-первых, как классифицировать и привести в соответствие различные интересы, конкурирующие между собой за признание их законности с точки зрения права; и во-вторых, как разрешать в судах противоречия между ними и можно ли усовершенствовать процедуры, применявшиеся до сих пор, хотя бы и косвенно, с этой целью. Что касается первой проблемы, Паунд особо подчеркивал, что эти интересы не статичны, поскольку новые ситуации и явления постоянно рождают новые потребности и притязания. Например, интерес охранять личную жизнь человека (от постороннего вмешательства и любопытства) — можно ли разрешить газете разглашать неприглядные, но давно забытые, детали прошлого человека только для того, чтобы удовлетворить нездоровое любопытство публики? ~ является новой потребностью нашего общества, которую американские суды, в отличие от английских, (12а) постепенно признали. В отношении второй проблемы, Паунд признавал, что существует насущная необходимость в определенной системе ценностей, при помощи которой конфликтующие интересы можно сравнивать и оценивать, а затем принимать решение, каким именно из них следует отдать предпочтение. Перечеркивается ли интерес одного лица опубликовать определенную информацию тем фактом, что она порочит репутацию другого лица; должен ли интерес владельца в использовании своего права собст-

венности ограничиваться в том случае, когда известно, что осуществление им этого права имеет своей целью нанести ущерб соседу или преследует какую-либо иную столь же «неправедную» цель; имеют ли интересы общественной безопасности приоритет, и в каких именно случаях они совпадают с интересами граждан на выражение своих политических взглядов, — всем этим и им подобным конфликтам интересов необходимо дать должную оценку с тем, чтобы прийти к верному решению.

Процесс оценки

По мнению Паунда, существуют три основных метода, посредством которых суды осуществляют этот процесс, хотя во многих случаях и не отдают себе в этом отчета. Суд может просто придерживаться прошлых прецедентов. Недостатком здесь является то, что в век огромных социальных перемен суд тем самым связывает себя устаревшей догмой, как это было с американскими судами, приверженными свободе предпринимательства (*laissez faire*) и «атомарной конкуренции» в век монополий. Затем суд может, с помощью современных юристов и социологов, попытаться понять, каковой стала суть основополагающих правовых принципов в новую эпоху, и дать оценку конфликта интересов с этой точки зрения. Наконец, суд может просто довериться своей интуиции и действовать по методу проб и ошибок, полагаясь лишь на собственное понимание современного общества и собственную оценку его потребностей. Последний метод, без сомнения, является наиболее распространенным, но и он подчеркивает важность поддержания судами тесной связи с «живым правом», а не изоляции от него, столь свойственной многим, современного общества. Более того, как подчеркивает Паунд, сколь бы ни были убедительными доводы позитивистов о различии права, морали или политики, они не могут поколебать того факта, что правовые решения всегда в конечном итоге основываются на идеологии. Поэтому лучше признать это и предпринять осознанные усилия для того, чтобы понять, какие ценности существуют в обществе, и на основе этого разви-

i)

ПРАВОВОЕ И ОБЩЕСТВО

вать право, а не пытаться рассматривать все правовые решения, в качестве чисто технических упражнений юрико-логического порядка. Как только право устанавливает техническую норму, такую, к примеру, как «*caveat emptor*» («покупатель действует на свой риск», то есть берет на себя риск по всем дефектам и пр.), очень легко упустить из виду, что за этой простой максимой кроется вся философия права, основополагающим постулатом которого является экономическая *laissez faire*. Как однажды заметил профессор Нортроп: «Несомненно, существуют юристы, судьи и даже профессора права, которые утверждают, что они не придерживаются никакой философии права. В праве, как и во многом другом, единственным различием между лицом «без философии» и тем, кто разделяет определенную философию, является то, что последний знает, какова его философия, и поэтому способен лучше объяснить и обосновать предпосылки, из которых он исходит, констатируя факты на основе собственного опыта и давая им объяснение». (13)

Оценка присущих человеческому обществу конфликтов на основе принятой или официальной идеологии составляет открытым вопросом, в какой мере сама эта идеология способна служить критерием, отвечающим высшим этическим принципам. Именно в этой связи различные юристы, сторонники естественного права, пытаются доказать свою правоту. Но поскольку данная, относительно второстепенная проблема уже рассматривалась достаточно подробно в предыдущей главе, нет смысла добавлять здесь что-нибудь еще.

ДАЛЬНЕЙШЕЕ РАЗВИТИЕ : ПРАВОВОЙ «РЕАЛИЗМ» В США

Социологический подход возник, по крайней мере частично, как реакция на логические и формалистские крайности правового позитивизма, но вскоре приобрел свои собственные «перегибы». В континентальной Европе зародилась школа так называемого «свободного права», отвергавшая идею о нормах как основе всех правовых решений в пользу идеи о том, что подобные решения продиктованы главным

образом политическими соображениями и выбором. Судья, несмотря на строгий порядок применения системы правил, который, как ему кажется, никак нельзя обойти, в действительности свободен применять их так, как диктует ему его каприз, идеология или чувство социальной необходимости. В Америке подобные взгляды проявились с особенной силой после войны 1914 г. Такому развитию событий способствовал ряд обстоятельств. Во-первых, существовала вера в социальные науки и технологию, как в магическое средство разрешения всех проблем человечества. Наряду с этим в США на подъеме была философия прагматизма, особенно подходящая для американского образа жизни. Она рассматривала поиски истины как непрерывный процесс постоянных экспериментов с целью выяснения, что именно является наиболее эффективным. И хотя Уильям Джеймс, один из создателей теории прагматизма, отвергал «стерву-богиню Успеха» (по его собственной терминологии), фактически эта доктрина сразу же стала востребованной всеми, кто признавал, что уважение к практическим достижениям является основной чертой американского образа мышления. Философия прагматизма, казалось, представляла собой готовую основу для тех юристов, которые утверждали, что закон – это не результат поиска и извлечения правильных решений из действующих правовых принципов, но скорее непрерывный процесс или приспособление опытным путем принимаемых решений к конкретным ситуациям в попытке найти наиболее оптимальное, но только в том смысле, что оно является действительно эффективным исключительно в контексте социальной среды своего применения.

Многое в специфике позиции американских правовых «реалистов», как они себя называли, объясняется влиянием публикаций и экспертных заключений одного из самых влиятельных американских юристов, судьи Верховного суда Оливера Уэнделла Холмса. Именно благодаря ему возникла одна из основных доктрин этой школы, согласно которой «право» — это не система действующих правил, а просто техническое средство для предсказания возможных решений судов по конкретным делам. Соответственно, и юрист-

том, не напрасно проедающим свой хлеб, достоин называться лишь тот, кто не просто знаком с набором теоретических принципов, считающихся «обязательными» для судов, но и исследует все социологические и психологические аспекты принятия решений. Поэтому он может на практике объяснить, как суд функционирует в общем плане и как он принимает решения в конкретных случаях. Несомненно, нормы и принципы являются факторами, влияющими на судебные решения, но знать их – это только полдела, так как они — всего лишь слова. В действительности значение имеют дела, а не слова. Так что важно не то, что суд заявляет, а то, что он делает. Более того, чтобы понять социальную функцию права, недостаточно уделять внимание лишь деятельности законодательных и судебных органов. Право – это важная социальная материя, сотканная из человеческого поведения во всем многообразии его проявлений в юридически значимых сделках. В этой связи свой важный вклад вносит и деятельность многих чиновников, как юридических, так и иных профессий, а также таких социально активных групп населения, творящих право, как деловое сообщество. Традиционно чрезмерное внимание юристов к самим правовым нормам в ущерб всем остальным факторам, придающим этим нормам социальную реальность, отвергается как узкопрофессиональное, вредное как для самих юристов, так и для граждан, которых они должны обслуживать.

В действительности у американского реализма есть два аспекта. Во-первых, техника принятия предсказуемых решений. Здесь реалисты стремятся усовершенствовать методы, при помощи которых можно было бы с большей точностью предвидеть будущие решения. Во-вторых, попытка лучше и глубже понять функционирование правовой системы, чтобы сделать ее более эффективным средством общественного контроля и достижения тех целей, которые общество ставит перед ней. Эти цели постоянно претерпевают изменения, как и само общество, и одна из задач реалистов — понять, в каком направлении движется общество, с тем, чтобы всегда поддерживать такое состояние права, которое соответствовало бы этому движению.

Определенный экстремизм американского реализма вызвал сопротивление и даже подвергся осмеянию со стороны юристов, придерживавшихся традиционных взглядов, которые иногда были склонны верить, что реалист придает гораздо большее значение состоянию пищеварения судьи или его общественным предрассудкам, чем установленным правовым нормам. Действительно, по крайней мере некоторые радикально настроенные реалисты имели тенденцию недооценивать тот факт, что в отношении многих правовых сделок существуют четко установленные правила, применение и последствия применения которых не могут вызывать никаких сомнений. (14) Реалисты были склонны концентрировать свое внимание на областях и положениях позитивного права, носящих чрезвычайно неопределенный характер. Справедливости ради, правда, следует отметить, что для современных правовых систем такая ситуация во многом вполне характерна. Несомненно, в подобных сферах политика играет большую роль в принятии решений, но все же, пожалуй, меньшую, чем того хотелось бы реалистам и в чем они хотели бы всех уверить. В следующей главе, посвященной процессуальным проблемам (15), эта тема еще будет затронута. Тем не менее уже сейчас необходимо добавить, что некоторые реалисты пытались не столько указать на неопределенность правовых норм, сколько на неопределенность процесса сбора фактического материала, составляющего часть любого судебного или административного разбирательства. (16) Конечно, никогда нельзя заранее сказать со всей определенностью, какие факты могут оказаться достоверными, а какие нет. И это, как хорошо знает каждый практикующий юрист, создает элемент непредсказуемости в отношении большинства судебных процессов. И здесь реалисты сосредоточили свои усилия на усовершенствовании судебных процедур и техники процесса, а также на том, чтобы добиться лучшего понимания населением того, как весь этот процессуальный механизм функционирует (16а).

Одним из любопытных последствий такого поворота в развитии западной правовой мысли явилось то, что была

поставлена под сомнение сама рациональность права, то есть его свойство, которое великий социолог Вебер считал наиболее отличительной чертой западной философии права. Некоторые восточные общества, в частности, китайское, отвергали идею права как средства применения общих норм к конкретным ситуациям и презирали человека, взывавшего всего лишь к одним только нормам. Согласно их взглядам разрешение споров — это достижение справедливой гармонии путем примирения различных точек зрения в соответствии с требованиями конкретной ситуации. Правосудие в таком понимании представляет собой скорее процесс переговоров и третейского, нежели судебного разбирательства в соответствии с установленными правилами (17). Иногда его называют правосудием «кади под пальмой». Так что есть изрядная доля иронии в том, что современная социология и прагматическая философия нашего высоко технологичного века позаимствовала такой подход к праву, который представляет собой антитезу уже сложившейся традиции западной цивилизации. Пожалуй, этим объясняется тот факт, что правовой реализм оказался гораздо менее убедительным за пределами США с их особой спецификой, которая и послужила стимулом к его развитию. (18) И все же нельзя отрицать, что американский реализм действовал в качестве фермента, вызвавшего появление новых взглядов, не позволяющих уже смотреть на многие вещи по-старому. Видимо, скорее именно это, чем какое-то конкретное достижение, которым может похвастаться правовой реализм, является его главным вкладом в развитие философии права.

СКАНДИНАВСКИЕ РЕАЛИСТЫ

Начав несколько позднее американцев и, вероятно, не без их влияния, скандинавы создали свою собственную разновидность правового реализма, также заслуживающую внимания. Движение в этом направлении развивалось в скандинавских странах во многом аналогично американскому. Также основной упор делался на необходимость изучения социологических условий происхождения

ПРАВО И ОБЩЕСТВО

правовых норм. Действующее в обществе право объяснялось как предвидение будущих судебных решений по конкретным делам; подчеркивалась потребность исследовать, каким образом реально функционируют различные формы судебного и административного разбирательства и утверждалось, что не следует ограничиваться простым изучением писаных правил, которые служат руководством для судей и чиновников и обязывают их. Взгляды скандинавов, представляются, однако, более философскими, чем взгляды американцев, поскольку подводят к исследованию самих основ права. Их некоторые выводы напоминают сказку Г.-Х.Андерсена о голом короле, который нагишом шествовал под восторги своих придворных, не перестававших восхищаться роскошью и элегантностью его наряда. Подобно этим сказочным королевским одеяниям, право, по мнению скандинавских правоведов, оказывается всего лишь плодом воображения.

Один из наиболее видных сторонников этой точки зрения Карл Оливекрона (19) заявляет, например, что идея существования правовых норм, которые каким-то мистическим образом обязательны для всех, является ничем иным, как простой фантазией, созданной в умах людей суевериями, предрассудками и магическими прошлыми верованиями. Право в определенном смысле — всего лишь слова, изложенные на бумаге, но не только, так как в действительности именно они служат для того, чтобы в определенных ситуациях вызывать у людей всевозможные мысли, ассоциации, размышления о примерах поведения, которые и могут влиять на их реальные поступки. Право на самом деле — не более чем форма психологии, поскольку оно является реальным выражением символов в силу того, что человеческий мозг каждый раз особым образом реагирует на определенные виды социальных импульсов.

В результате действия внутреннего психологического механизма человека в соединении с определенным видом научающего условного рефлекса, приобретенного в силу образования (здесь Оливекрона, кажется, весьма к месту принимает во внимание знаменитые опыты И.П.Павло-

ва), вырабатывается определенная модель поведения. В любом конкретном обществе время от времени благодаря деятельности так называемого законодательного органа появляются новые писанные законы. Этот орган подвержен непрерывным изменениям. И идея, что он представляет собой постоянную коллективную волю, является фикцией. С законами знакомятся многие члены общества, включая юристов, чиновников и судей. В силу своего образования и прошлого опыта эти лица психологически склонны действовать определенным образом, принимая, например, решения или отдавая распоряжения в конкретных случаях. Эти решения выполняются другой группой чиновников, которые также определенным образом «запрограммированы» для превращения писанных распоряжений в конкретные действия.

Когда происходит революция, революционеры, в случае успеха, овладевают правовым механизмом, что позволяет им осуществлять с помощью пропаганды психологическое давление на граждан. Это приводит к тому, что они (уже и так будучи подготовленными) начинают относиться к новой власти точно так же, как до того — к прежней, конституционной. Этому способствует и монополия на применение силы, перешедшая от старой власти к новой. Для того, чтобы право было эффективным, его психологическая основа требует существования такой монополии силы. Но по мере упрочения нового правового режима применение силы отходит на второй план. И к ней прибегают лишь в исключительных случаях, поскольку, как правило, психологической обработки самой по себе становится вполне достаточно для выработки определенной модели поведения.

Выше, при исследовании природы власти и ее взаимоотношений с правом, уже говорилось о важной роли психологических факторов, помогающих праву осуществлять его социальную функцию. (20) Но попытка свести право всего лишь к процессу психологической обработки является частью более масштабного наступления на «виртуальность» всех правовых концепций и понятий, а в действительности и на само правовое мышление. Оливекрона и

ПРАВО И ОБЩЕСТВО

другие сторонники этой доктрины пытались «выжать»слишком многое из своего открытия. По их мнению, понятие «право» не соответствует какой бы то ни было воспринимаемой чувствами материальной сущности, равно, как и другие подобные понятия. Сказанное, без сомнения, справедливо в отношении таких умозрительных понятий, как «право» или «правовая обязанность», но это совсем не означает, что право, в большей степени, чем, скажем, логику, математику или законы физики можно свести к психологии. Право представляет собой определенную разновидность языка, который, подобно любому другому языку, концептуален по своей структуре и приспособлен передавать, в определенном контексте, нормативную идею об обязательности тех или иных правил (норм). Этот язык чрезвычайно сложным образом соотносится с другими концептами (понятиями), такими как нормы общественного поведения, моральные принципы или ценности, преобладающие в конкретном обществе или социальных группах, а также с реально действующими там моделями поведения. Таким образом, не добавляется ничего нового и не отменяется ничто из уже сказанного, когда говорится, что право или правовую обязанность можно запросто заменить психологической обработкой, поскольку, не будучи «вещами» в материальном смысле, они не могут быть уничтожены посредством заявлений о том, что они всего лишь тень или умозрительная фикция. Они являются составной частью нашего языка и весьма специфической частью нашего образа жизни, и попытки свести их всего лишь к «простым» словам или чисто психологическим реакциям абсолютно неверны. Право — не просто лингвистическое упражнение, комплекс психологических рефлексов или некая совокупность социальных моделей поведения. Оно — особая смесь всего этого и даже нечто гораздо большее, поскольку символизирует одну из тех ключевых идей, основополагающих для общественной природы человека, без которой он был бы совершенно иным существом. Видеть в праве, как и любом другом элементе концептуальной структуры бы-

тия человека, лишь простую фикцию — значит отрицать существенную отличительную черту социального наследия человека. (21)

ИДЕОЛОГИЯ И ПРАВО

В наши дни, когда всемирное распространение западных идей и западной технологии пролило свет на многие идеологические конфликты и породило множество новых, легко увидеть, что право, являясь одним из основных творений человеческого разума в социальной сфере, уходит в конечном итоге своими корнями вглубь идеологических установок того общества, в котором оно действует. Во времена холодной войны было общепринято рассматривать пропасть между марксизмом-ленинизмом и западной идеологией «открытого общества» в качестве основного противоречия в мировом сообществе. Но, пожалуй, более глубоким было всегда существовавшее различие между Востоком и Западом. Лучше всего это видно на примере современной Индии. В этой стране существует древняя цивилизация, основанная на высоких образцах индуистской культуры. Мировоззрение индийского общества уходит корнями в религию индуизма, а право, изложенное в старинных манускриптах, требует соблюдения жесткой системы кастовости, в соответствии с которой значительная часть населения попадает в низший разряд — касту «неприкасаемых». И это в значительной степени является до сих пор, по определению Эрлиха, «живым правом» Индии. А вне его, и резко контрастируя с ним, существует западное право, впервые введенное колониальными властями Британской Индии и отраженное в настоящее время в индийской писаной конституции, которая декларирует языком, заимствованном у Локка, принцип личной свободы индивида. И это также является разновидностью, хотя, может быть, во многом и искусственной, «живого права» современного индийского общества. Таким образом, очевидно, что позитивное право Индии должно представлять собой некий гибрид ферментного типа, порожденный двумя исторически и культурно противостоящими друг

другу силами. А в обществе с относительно однородной культурной традицией судьи могут утверждать, что их не интересует политический аспект права, и что они должны просто констатировать, каково требование закона, и применять его соответственно, поскольку в подобных случаях идеологический фактор остается скрытым и по большей части просто подразумевается. Однако в контексте современной Индии маловероятно, чтобы судьи, даже строго следующие жестким требованиям правового позитивизма, могли использовать такой беспристрастный подход, поскольку уже из самих их решений явствовало бы с очевидностью, что беспристрастность в их ситуации не более, чем пустая юридическая формула.(22)

ПРАВО В СОВЕТСКОМ СОЮЗЕ

Идеологический конфликт между коммунистическими странами и Западом иногда рассматривается, как конфликт между Востоком и Западом, но в действительности это заблуждение. Марксизм сам является продуктом западной культуры, тесно связанным с научным материализмом эпохи Возрождения и с рационализмом эры Просвещения. Более того, многие черты советского коммунизма, которые получили развитие после революции, свойственны веку коллективизма, когда государство берет на себя широкие обязанности в области контроля за производством и в сфере социального обеспечения. В Англии было сильно движение против государственных предприятий и в пользу приватизации в промышленности. И тем не менее, все же была сохранена система государственного здравоохранения и страхования от производственных травм, государственных пенсий и пособий и т.п. И если в России государство стало универсальным контролером и снабженцем, то в Англии промышленность и торговля остаются почти полностью открыты для частной инициативы. Частные и государственные предприятия иногда могут конкурировать между собой, как, например, в случае независимых телекомпаний и Би-би-си. Однако даже в частном секторе остается большая сфера

действий для вмешательства и контроля со стороны государства, как в случае со слияниями и монополиями.

И все же, несмотря на некоторые сходные черты, причем часто не поверхностного свойства, совершенно ясно, что глубокие идеологические противоречия разделяют эти два типа общества. Это четко отражается на их основополагающих доктринах и институтах правовых систем. Для марксистов право – всего лишь средство навязать всему населению то, что доминирующая часть общества считает выгодным для своих экономических интересов, а единственная функция тех, кто осуществляет право на практике, — обеспечить соблюдение этих интересов. Главный вклад Ленина в теорию Маркса, согласно которой после революции право отмирает, так как общество становится бесклассовым, заключался в том, что он заявил о необходимости длительного переходного периода, в течение которого новое социалистическое государство возьмет на себя функцию принудительного применения права в интересах большинства и таким образом подготовит почву для окончательной победы коммунизма.

Реальный характер этого права после революции в значительной степени менялся в зависимости от времени и этапа развития Советского Союза. Вначале оно представляло собой систему с достаточно расплывчатыми формулировками, при которой судебные решения почти не отличались от административных мер, принимавшихся по усмотрению властей в соответствии с насущными задачами нового социалистического общества и определявшимися руководством коммунистической партии диктаторскими методами. Эта произвольная система уступила место, хотя и не без борьбы, более упорядоченной систематизации права, напоминающей во многих отношениях «презренный» образец буржуазного западного права. В этом направлении были предприняты, например, попытки реформировать уголовное право путем более четкого определения конкретных правонарушений, за которые можно осудить обвиняемого, а также усиления роли защиты в уголовных процессах.

Несмотря на подобные изменения, фундаментальное различие двух правовых систем остается. На Западе открытое общество признает основные личные свободы и права человека, которые можно защищать даже от посягательства государства. Кроме того, существует независимая судебная власть для того, чтобы поддерживать и реализовывать эти свободы, причем, если потребуется, то и методом принуждения. Именно это является основополагающей ценностью западного общества, как бы ни далека от теории была иногда практика. Значение этой идеологии личных прав и свобод для западного права уже обсуждалось в предыдущей главе (23). Марксистская же идеология отвергает подобный подход как буржуазную иллюзию и считает, что только такая свобода имеет значение и смысл, при которой государство контролирует всю экономику и использует ее в соответствии с принципами марксизма-ленинизма в интересах всего народа, определяемых лидерами коммунистической партии. Поэтому совсем неудивительно, что в правовых системах государств, придерживающихся столь противоположных идеологий, присутствует совершенно различный дух живого права. (23а)

РАЗНЫЕ ИДЕОЛОГИИ ОБЩЕГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Культурные различия, существующие между правовыми системами континентальных стран Западной Европы, с одной стороны (24), и системами обычного права Соединенного Королевства, стран Содружества и США, с другой, хотя далеко не столь противоречивы, но все же достаточно значительны. Несмотря на то, что оба типа глубоко уходят корнями в самые недра западной культуры и философии, существенные различия между ними остаются и по сей день. Гражданское право континентальной Европы, в значительно большей степени, чем обычное право, ведет свое происхождение непосредственно от Римского права в его поздней рационалистской версии, кодифицированной Юстинианом, а также от канонического средневекового права, которое само являлось порождением постклассического Римского права.

Более того, эта форма права развивалась в основном в работах ученых-юристов и отражает университетскую традицию тщательной дедуктивной проработки логических принципов и идей в духе рационализма. Именно отсюда та легкость, с которой гражданское право кодифицируется в наше время. Кроме того, хотя некоторые страны континентальной Европы приняли Реформацию, все же преобладающей религией там остается католицизм, а идеология естественного права, проникнутая его духом или даже происходящая из него, продолжает до сих пор в значительной степени вдохновлять правовую мысль на европейском континенте.

С другой стороны, традиции обычного права носят в основном протестантский и светский характер и глубоко пропитаны верой в английский эмпиризм. Поэтому это право является предметом политических или практических решений, и его следует отличать от религии и морали, которые лучше оставить на совести каждого. Более того, общее право представляет собой не подчиненную безупречной внутренней логике или систематизированную доктрину, разработанную правоведами и университетскими профессорами, а является результатом повседневного труда юристов-практиков и судей, которые, будучи людьми светскими и умудренными опытом, знают, что надо делать для разрешения споров и конфликтов.

Эти идеологические различия двух основных правовых систем Запада ясно проявляются, как в механизме их функционирования, так и в содержании основных норм. В обычном праве кропотливый процесс правотворчества, основанного на прецедентах, явно контрастирует с в высшей степени систематизированными и рациональными кодексами современного гражданского права. Причем зачастую этот контраст еще и преувеличивался, хотя в действительности есть много явных указаний на то, что между двумя этими системами появляется все больше общего, например, в подходе к судебным прецедентам (25). И все же разница все еще четко выражена, и именно этим в значительной степени объяснялись сомнения и враждебное отношение (существующие в некоторых кругах и по сей день) к вступлению

Великобритании в Общий рынок. Римский Договор является документом, составленным в духе традиций гражданского права и создает институты, подобные Суду ЕС, которые также ориентируются в основном на континентальную правовую мысль. Присоединение Великобритании к ЕС повлекло за собой значительную адаптацию идеологии обычного права к идеологии, существующей в странах гражданского права. Но этот процесс был далеко не односторонним, как показала практика Суда Сообщества, отражающая влияние обычного права на его решения и стиль процессуальных процедур. Не следует также забывать и тот факт, что несмотря на все различия, Британия и Западная Европа имеют общие культурные корни, уходящие вглубь более чем тысячелетней истории.

ИДЕОЛОГИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Эту главу о конфликтующих между собой идеологиях уместно закончить анализом перспектив международного права в разделенном мире. Уже были рассмотрены общие черты, объединяющие его с национальными правовыми системами, а также и те его свойства, которые присущи только ему и отличают его от прочих систем. (26) В частности, подчеркивалось, что элемент принуждения, будь то в старомодной форме средств самозащиты — войны или репрессалий, — или в более современной форме коллективных экономических санкций, мало подходит к реалиям ядерного века. (27) Поэтому представляется необходимым пересмотреть эти взгляды. Здесь же, по крайней мере достаточно сказать, что эффективность международного права, как и любой другой правовой системы, будет зависеть от степени его соответствия «живому праву», наполняющему его конкретным содержанием. Неудивительно, что в мире, где существуют самые разнообразные идеологии, иногда диаметрально противоположные, международное право может быть неэффективным во многих отношениях, а также нести на себе отпечаток основных сомнений и противоречий мировоззрения разных стран, признающих, тем не менее, его авторитет.

Не существует простого решения данной проблемы, и нельзя уничтожить различие в идеологиях чисто технически при помощи правового механизма, как невозможно, например, новой индийской конституции в один момент разрешить все противоречия индийского общества. И все же отрицание того факта, что международное право является правом, контрпродуктивно, поскольку государства признают его авторитет, точно так же, как никуда не ведет и отказ в признании существования права в Индии вообще на том основании, что старая и новая система права находятся в постоянном конфликте между собой. Право, как учат социологи, не может не быть отражением, пусть иногда неполным и несовершенным, того общества, в котором оно действует, и если этому обществу присущи внутренние противоречия, они обязательно проявятся в самом содержании права. Найдет ли, и каким образом, эта проблема свое решение по методу, подобному гегелевскому методу снятия противоречий,— об этом можно лишь догадываться. Но нельзя игнорировать тот факт, что право является важным регулятором социальных конфликтов, и уже сам факт его существования может действовать, как полезное паллиативное средство, если не как лекарство от недугов нашего времени. Однако без серьезных совместных усилий, предпринимаемых не для того, чтобы понять культурные и правовые особенности национального менталитета других народов, мало вероятно, если вообще возможно, добиться хотя бы незначительного прогресса в развитии международного права.

Примечание относительно советского права и права бывших социалистических стран.

Читатель, вероятно, знаком со многими важными переменами, которые произошли в правовых системах и политике Советского Союза и других восточноевропейских стран со времени прихода к власти Горбачева. Тем не менее ситуация (особенно в самом бывшем СССР) до сих пор остается достаточно нестабильной для того, чтобы дать адекватную оценку произошедшего в контексте данной работы.

1 0 .
ПРАВО И ОБЫЧАЙ

До сих пор право в основном рассматривалось в контексте современного государства, а именно: как система норм, наделяемых, прямо или косвенно, юридической силой неким государственным органом, на который в соответствии с конституцией возложена законодательная власть. Многие юристы, подобно Остину, ограничивались анализом таких правовых систем на том основании, что нормативные системы ранних или примитивных стадий развития человеческого общества так разительно отличаются по своему характеру от его зрелых форм, что не могут называться правом «в полном смысле этого слова» или что они представляют собой всего лишь «первобытные замены права». (1) Но ничто не мешает юристам и другим систематизаторам разграничить, дать определение или классифицировать свой предмет исследования по их собственному усмотрению. Так что в некотором отношении представляется желательным, или по крайней мере удобным, различать нормативные системы, существовавшие на разных стадиях развития человечества. Есть веские причины и для того, чтобы не ставить в один ряд обязательные нормы, действовавшие в таких разных обществах как у австралийских бушменов, в Греции времен Гомера, в средневековой феодальной Европе, и в современной Англии или Франции. В какой-то степени вопрос классификации является делом выбора, если иметь в виду, что выбор не произволен на 100 процентов, а определяется, как и в любой другой системе классификации, тщательным анализом свойств и признаков, общих для разных типов, а также тех, что их отличают. При проведении этого анализа научными методами, неизбежно возникнет вопрос о принятии оце-

ночных решений, так как в конечном итоге необходимо выявить соотношение сходств и различий. Здесь исследователь в области права действует подобно биологу, который дает сравнительную оценку строению разных видов с тем, чтобы решить, является ли кит рыбой или млекопитающим, или антропологу, стремящемуся решить, какие признаки скелетов ранних антропидов подтверждают его теорию об их принадлежности к предку человека, а не человекообразных обезьян. Необходимость принятия оценочных решений никоим образом не может отразиться негативно на разработке таких классификаций, при условии, что одновременно проводится тщательное изучение и анализ явлений, в результате которых могут возникнуть основания для предпочтения одного критерия группировки признаков другому. Классификации в сфере права уже демонстрировались на примере международного права. Оно не совпадает полностью с национальным. Однако оба феномена имеют веские основания для зачисления в одну и ту же категорию правовых явлений. При этом различия между ними не исчезают. Но они не служат препятствием для классификации данных понятий подобным образом. Основанием для этого является признание того, что существует широкое толкование термина «право», под которое подпадают тесно связанные между собой, хотя и не идентичные типы нормативных систем.

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПИСАНОГО ПРАВА И ОБЫЧАЯ

Существует множество причин для тщательного изучения тесных взаимоотношений между правовыми нормами, действующими в развитых обществах, и теми типами норм, которые встречаются в менее развитых или примитивных обществах. Прежде всего, не следует забывать, и это подчеркивают юристы-социологи, что даже в развитых обществах право существует на нескольких уровнях, и для правильного понимания механизма его действия недостаточно сосредоточить внимание ис-

ключительно на изучении сложных и изощренных документов, содержащих правовые нормы. Необходимо также рассмотреть социальные нормы, лежащие в его основе и в значительной степени обуславливающие его функционирование, то есть то, что Эрлих очень выразительно назвал «живым правом» общества. (2) И еще. Феномен развитого общества с надлежащими законодательными органами относительно редко возникал в истории человечества. Тем не менее во всех типах общества, даже самых отсталых или примитивных, можно обнаружить свод правил, регулирующих поведение и взаимоотношения членов этого общества и считающихся обязательными для них. Более того, если проанализировать правовые системы наиболее развитых государств с точки зрения их исторического происхождения, то необходимо проследить их становление с того периода, когда условия жизни напоминали те, что характерны для обществ более ранних или более примитивных культур. Чтобы попытаться понять значение права, как инструмента социального контроля, разумно проанализировать, каким образом регулирующие предписания действуют в разных типах общества. Это не только позволит установить, существуют ли во всех известных типах общества нормы, которые можно квалифицировать в качестве правовых, но и даст возможность увидеть сквозь призму наглядного и «лежащего на поверхности» материала более простых форм общества глубинные корни правовых процессов, происходящих в более сложно организованных общественных устройствах. (3)

Обычай, привычка и условность

Нормы, действующие в менее развитых обществах, часто называют «обычным правом». Воздержимся на какое-то время от применения этого термина, тем более, что он сразу же закрывает по крайней мере один из исследуемых нами вопросов, и остановимся пока на более нейтральном термине — «обычай». Во-первых, его следует отличать от простой привычки и от условности. Все

они присутствуют в любом обществе и могут быть проиллюстрированы на примере любого из нас. Привычка — это способ поведения, которого обычно придерживаются, хотя и не обязательно постоянно (во всех случаях), но вовсе не из чувства долга или по принуждению. Скажем, у меня может быть привычка надевать шляпу при выходе из дома или ездить на работу именно этим, а не другим видом транспорта. Такие привычки могут стать «закостенелыми», поскольку является частью психологической маски человека и без них жизнь стала бы настолько хаотичной, что общественный порядок был бы невозможен. Некоторые более постоянны в своих привычках, чем другие. Говорят, что в Кенигсберге люди заводили часы в ту минуту, когда философ Кант выходил из дома, чтобы совершить свою послеобеденную прогулку. Но в общем для всех привычек характерно то, что они не рассматриваются как социально обязательные. У кого-то может быть такая выработавшаяся привычка ездить на работу на электричке, а не на автобусе. Такой человек делает это автоматически, не задумываясь, но никоим образом не считает себя связанным каким-то социальным обязательством поступать именно так и может в любой момент переменить вид транспорта без всяких угрызений относительно нарушения каких-то норм. Действительно, некоторые привычки, как показали психоаналитики, носят навязчивый характер, и от них трудно избавиться. Но это явно психологический признак определенного вида неврозов. Его не надо путать с чувством долга, возникающим у человека, когда он осознает, что должен совершить определенный поступок в силу предписания конкретной правовой, социальной или моральной нормы.

Именно это и является обязательным элементом, характерным для соблюдения обычая. Кроме того, — если рассмотреть пример из современной жизни, — обычай предписывает, чтобы человек на публике был определенным образом одет, во время еды пользовался вилкой и ножом и т.д. Эти правила не абсолютны и не рассмат-

риваются всеми в качестве обязательных, поэтому шотландец может надеть юбку, женщина носить брюки, а хиппи – нарочито вызывающие одежды. То же самое справедливо и в отношении способов поглощения пищи, причем даже в обществе, где принято уважать и соблюдать подобные обычаи. Однако, принципиальная разница между такими обычаями и привычками, о которых речь шла выше, заключается в том что, тот, кто признает существующие обычаи и соблюдает их, считает себя в некотором роде связанным обязательством или обязанным выполнять их. Рядовой гражданин, посещающий ресторан, считает для себя возможным есть руками не в большей степени, чем ни с того ни с сего наброситься на своего соседа. Хотя вряд ли он будет анализировать причины этого, представляется очевидным, что он считает себя связанным некоей социальной нормой или правилом, запрещающим определенную манеру еды на публике точно так же, как в иных обстоятельствах он чувствует себя обязанным подчиниться норме, запрещающей физическое насилие.

Между привычкой и обычаем в том смысле, как только что было разъяснено, в каждом конкретном обществе существуют определенные обыкновения, которые не будучи абсолютно обязательными, тем не менее, считаются образцами правильного поведения, такого, какого следует ожидать от других людей. Хотя на практике эти обыкновения часто не соблюдаются. И на закрывают глаза. Такие обыкновения можно назвать условностями, а в качестве примера привести уведомление о получении письма или поздравления. Слабой стороной таких условностей является то, что они представляют собой уцелевшие остатки прежних обычаев, например, быстро исчезающий в наши дни этикет в отношении женщин, предписывающий уступать им место в общественном транспорте. Специфической чертой соблюдения условностей является то, что они не рассматриваются всеми в качестве общеобязательных, и каждый человек волен сам решать, придерживаться их или нет.

Следует заметить, что в то время как обычаи и условности являются нормативными в том смысле, что устанавливают правила поведения, привычки не имеют никакого отношения к нормам, не зависят от них, а просто представляют собой образец индивидуального поведения, которого тот или иной человек систематически придерживается в обыденной жизни. Многие привычки, если не большинство, никогда не принимают нормативного характера, оставаясь на уровне личной (черты характера). Человек может устанавливать правила лично для себя — такие, скажем, как пресловутое «решение начать с понедельника все с самого начала». Однако они не будут приниматься во внимание в сфере социального регулирования, поскольку лишь нормы, регулирующие внешнюю среду обитания человека, а не его внутреннюю жизнь, в конечном итоге принимают форму обычаев. Но фактически привычки иногда могут превращаться в обычаи, хотя причины такой трансформации определить нелегко, поскольку этому способствуют многие факторы. Стремление людей подражать друг другу может играть здесь не последнюю роль, хотя иногда оно и преувеличивается, особенно Тардом. (4) Многое также зависит от того, кто устанавливает новую практику. Если этот человек или группа людей пользуется особым авторитетом в обществе, то их примеру скорее всего последуют и другие. Кроме того, новая привычка может стать популярной по причине ее явных или воображаемых преимуществ. Но как бы то ни было, привычки, практикуемые в течение достаточно долгого периода времени, особенно если они обладают явно выраженной социальной функцией или просто полезны, становятся нормообразующими. И это, пожалуй, следует признать одной из форм человеческого прогресса. Иными словами, нечто «уже сделанное» постепенно становится тем, что следует делать, а в конце концов и обязательно должно делаться. Соблюдение обычаев не всегда развивалось именно по такому сценарию. Обычай может возникнуть в результате целенаправленного нововведения со стороны правящего класса или примера, подаваемого

весьма уважаемым членом общества. Так, глава племени или вождь в примитивном обществе могут разрешить спор определенным образом. И хотя в таком обществе может отсутствовать понятие правового прецедента, но либо по причине авторитета вождя, либо в силу того, что решение является вполне разумным, в дальнейшем может сформироваться обычай, который будет считаться обязательным во всех подобных случаях.

ОБЫЧАЙ В ПРИМИТИВНОМ ОБЩЕСТВЕ

Итак, обычай действует на всех ступенях развития общества. Однако не следует полагать, что характер его действия везде одинаков. Вероятно целесообразнее начать с более примитивных типов человеческого общества, поскольку именно им современная антропология уделяет основное внимание. В результате широкомасштабных исследований в этой области появилась масса информации, проливающей свет на роль обычая в жизни общества и на его отношение к праву.

Одно время преобладала точка зрения, что на ранних стадиях развития человеческого общества невозможно провести различие между нормами правового, морального или религиозного характера, так как все они, тесно переплетаются между собой в единой ткани. Конечно, в большинстве случаев, если не всегда, можно обнаружить в качестве авторитетного источника, которому приписывается происхождение обычая, какое-то божество, полубожество или сверхъестественное явление. Они-то и считаются чаще всего прародителями того племени, где существовал данный обычай. Как указывал один из исследователей тотемных кланов Австралии, традиционным ответом на вопрос о причинах соблюдения определенных обычаев или церемоний было: «потому что такова воля наших предков». (5) А такие авторы, как Фюстель де Куланж (6) и Дюркгейм (7), показали важное значение обожествления предков для формирования социальных институтов и социальной общности. Несмотря на то, что обычаи могут также происходить из религиозных верований общества и

заимствовать у них значительную долю обязательности, нельзя, подобно более ранним авторам, таким как Сэр Генри Мэйн, считать невозможным разграничение религиозных и светских норм примитивного общества. Правда, на практике подобное разграничение не всегда легко провести. Но правила, представляющие собой религиозные табу и влекущие за собой наказание виновного в их нарушении непосредственно самими сверхъестественными силами, почти всегда без труда можно отличить от правил, которые регулируют социальную и экономическую организацию данного общества и нарушение которых карается властью племени или клана, вождя или группы старейшин, или же родственниками пострадавшего, если ему нанесены физические повреждения.

Постепенно исчезли и два других важных заблуждения. Первое заключалось в том, что в примитивном обществе обычай носит якобы жесткий и неизменный характер и что примитивный человек с самого рождения находится в условиях полного подчинения племенным обычаям и чувствует себя совершенно беспомощным перед ними. Согласно этой точке зрения скорее группа, чем отдельный индивид, является базовым элементом общественного порядка. Сэр Джеймс Фрэзер в своей знаменитой работе «Золотая ветвь» говорит, что «при абсолютном деспотизме, при самой жестокой тирании больше свободы, чем при кажущейся вольнице в условиях первобытного существования, когда удел индивида от колыбели до могилы – находиться в железных тисках обычая предков». (8) Подобный подход, несомненно, является реакцией на романтические представления более ранних авторов о примитивном, спокойном и счастливом существовании в условиях первозданной идиллии, когда жизнь протекает в лоне природы и подчиняется лишь благотворному влиянию естественного права. Хотя такая картина и представляется чрезмерно фантастической, но и пришедшее ей на смену изображение дикого, одетого в шкуры человека, находящегося всецело во власти жесткого племенного обычая и переполненного чувством страха перед сверхъестественными силами, также является реакцией на романтические представления более ранних авторов о примитивном, спокойном и счастливом существовании в условиях первозданной идиллии, когда жизнь протекает в лоне природы и подчиняется лишь благотворному влиянию естественного права.

стественными силами, едва ли может быть признано более реалистичным. Некоторые из этих заблуждений были развеяны Малиновским, исследователем, который показал, какое большое количество правил, действующих в примитивном обществе, порождены не страхом и темными верованиями в сверхъестественное, но скорее, как и в наше время, вызваны к жизни потребностью во взаимодействии членов общества в социальной и экономической сферах. Точно так же, как наше современное общество создает правовую и институциональную основу для регулярного обмена товаров и услуг, так и в примитивных обществах можно обнаружить аналогичные правила, установленные обычаями и обеспечивающие средства для удовлетворения экономических и иных потребностей. Далее, даже учитывая огромную разницу между этими двумя типами обществ как в отношении образа жизни, так и в технологическом, организационном и структурном плане, все же можно сказать, что эти правила, отнюдь не застывшие и абсолютно неизменные, а также подвержены, подобно современным правовым системам, процессу постоянного изменения и адаптации к новым ситуациям, когда пересматриваются старые нормы и время от времени возникают новые. (9)

Санкции и примитивный обычай

Здесь мы подходим ко второму из наиболее существенных заблуждений первых исследователей примитивного обычая. Они полагали, что древний человек, был, словно муха паутиной, опутан сетью унаследованных от предков обычаев. И столь сильным был его страх перед магией и силами религии, что нарушение обычая было делом почти неслышанным. Из этого делался вывод о том, что в действительности в таком обществе и не требовалось никаких санкций, поскольку следование обычаю считалось обязательным уже в силу его природы, а редкие его нарушения можно было оставить на усмотрение рока и богов, которые не замедлят наслать гибель и разрушения на тех, — будь то индивид или группа индивидов, — кто ос-

мелился ослушаться императивов, регулирующих жизнь племени. Последующие исследования реальных условий жизни примитивных племен в разных частях земного шара показали, насколько подобная модель далека от реального социального устройства примитивного общества. Было доказано не только то, что примитивный человек способен запросто нарушить установленный обычай и, как заметил Сигл, «совершить адюльтер с легкостью цивилизованного человека» (10), но и что все общества располагают той или иной формой законно контролируемых санкций для наказания нарушений установленных правил. Малиновский сам несколько пересмотрел свои взгляды относительно санкций, так как одно время он был склонен чрезмерно идеализировать роль контролирующей силы «взаимности» в жизни обитателей Тробрианских островов, среди которых он в основном и проводил свои исследования. В конце концов он все же твердо принял сторону тех, кто был убежден, что жизнедеятельность примитивного, как и развитого общества основывается на санкциях принуждения, хотя на первый взгляд и может показаться, что оно эффективно функционирует только благодаря чувству взаимности или потребности в ней. (11)

Форма, которую могут принимать функции, и их эффективность зависят от того, насколько развиты институты данного примитивного общества или племени. В очень отсталых племенах, таких, например, как племя урубов в Бразилии, у которых нет не только четко выраженной племенной организации, но и никакой системы принудительного исполнения права, единственной санкцией, помимо вмешательства сверхъестественных сил или кровной мести, может быть вразумление провинившегося впредь вести себя в соответствии с установившимся порядком. (12) Пожалуй, контроль за осуществлением кровной мести является наиболее простым, так как здесь правила почти всегда определены, даже среди народов, находящихся на самых низких ступенях развития, таких, например, как эскимосы. Эти правила, при условии соблюдения определенной процедуры, делают возможным

применение силы без провоцирования новых распрей или продолжения настоящих.

У жителей Тробрианских островов было принято использовать примитивные «списки провинившихся»: если кто-то не выполнял своего экономического обязательства (например, не вносил установленного платежа, как того требовал обычай), его могли лишиться всякой материальной поддержки сообщества, без которой он оставался совершенно беспомощным и одиноким. Более того, в серьезных случаях с одобрения общества могла применяться сила, а как крайняя мера — принуждение и даже смертный приговор, если совершенное деяние ставило под угрозу жизнь сообщества в целом. Главной целью санкций, тем не менее, является не столько наказание провинившегося, сколько восстановление *status quo ante* —, то есть стабильное поддержание общественного порядка, так как считается, что в результате его нарушения перестает существовать единство общества, которого вновь необходимо добиться.

В чем же тогда различие между примитивным обычаем и развитым правом? Из вышесказанного следует, что обычай представляет собой совокупность норм, отличающихся от религиозных обрядов и обыкновений. Эти нормы регулируют и контролируют социальную и экономическую жизнь племени во многом аналогично праву, регулирующему жизнь значительно более развитого общества. Более того, подавляющее большинство таких норм, если не все, носят светский характер, и так же, как и современные законы, могут игнорироваться или нарушаться. Поэтому нельзя избежать определенной степени принуждения, которое обычно принимает форму норм, устанавливающих необходимые условия применения силы без риска спровоцировать новые проявления кровной мести. Все же серьезные нарушения, угрожающие безопасности племени, могут оправдать вынесение смертного приговора, осуществляемого прямо или косвенно, посредством лишения виновного всяких средств к существованию. Хотя в некоторых случаях, если нарушены религиозные та-

бу, наказание может быть оставлено на усмотрение сверхъестественных сил, которые сами вынесут свой приговор. Существуют, конечно, разные типы примитивных сообществ, часть из которых в значительно большей степени развиты и имеют гораздо лучшую институциональную структуру, чем другие. Некоторые даже могут обладать относительно сложным механизмом регулирования правовых споров, включая формальную судебную процедуру, как, например, у племени Баротсе. (13) Однако в целом различие между примитивным обычаем и развитым правом состоит не в том, что у первого отсутствуют некоторые важные признаки права, как такового, и не предусматривается применение санкций, а просто в отсутствии централизованного властного органа управления.

Отсутствие правового механизма
в примитивном обществе

Без централизации, если применять этот современный термин, нет и государства, а есть лишь сообщество, организованное на общинных началах. Как следствие – отсутствуют и единые органы, создающие право или применяющие его. Но это совсем не означает, что в подобных сообществах не существует ничего, кроме неизменного и вечного обычая, обязательного самого по себе. Нет никакого сомнения в том, что чем проще и стабильнее образ жизни конкретного сообщества, тем менее ощущается в нем потребность перемен и введения новых правил или изменения старых. Примитивное право (поскольку, как видно из вышесказанного, оно может называться таковым) обладает гибкостью, аналогичной развитому праву с его способностью адаптироваться к новым условиям. В отсутствие должного механизма для формального правотворчества перемены все же могут осуществляться самым различным образом. Скажем, совет старейшин может поновому истолковать старое правило и даже установить совершенно иное. Или же решение спора, может (как это происходит в современном судебном процессе) послу-

жить прецедентом для будущих подобных случаев. Но ни в одном из приведенных примеров источником новых обычаев или нового толкования не является ни официальная законодательная, ни конституционная власть в лице отдельного индивида или коллективного органа. Они признаются и соблюдаются из уважения к авторитету вождя или потому, что взывают к духу предков или других сверхъестественных сил, или просто потому, что решение или регулирование считаются действительно разумными и справедливыми. Следует иметь в виду, что в обществе, где нет летописных традиций или вообще отсутствует письменность, действующий племенной обычай зависит от точной и надежной памяти, а в действительности и от честности тех, кому доверено его соблюдение, особенно от добросовестности вождей и старейшин. Соответственно, всего лишь «ошибками», свойственными человеческой памяти, можно в значительной степени объяснить постепенное размывание уже устоявшегося и появление нового в обычном праве.

Отсутствие судов для урегулирования споров и — даже в тех редких случаях, когда они существуют — централизованного механизма исполнения их решений означает, что соблюдение примитивного права зависит от достаточно дискриминационных методов силового принуждения, включая самоуправство ближайших родственников пострадавшего. И все же в небольших и сплоченных сообществах такие методы могут оказаться весьма эффективными. При рассмотрении взглядов современных юристов-социологов, в частности, Роско Паунда и его теории, уже отмечалось, что каждое человеческое общество обладает базовой правовой идеологией или «юридическими постулатами», которые и формируют основные, хотя обычно и подразумеваемые, предпосылки правовой системы данного общества. (14) Такой ход мысли был свойственен и антропологу Хёбелю (15), который применял этот метод ко многим примитивным обществам на разных стадиях их развития и смог выявить, по крайней мере экспериментально, подспудные основополагающие принципы фор-

мирования каждого из этих обществ и как они соотносятся с действующим в них обычным правом и воплощаются в его реальных нормах.

Можно привести один-два примера из множества, детально рассмотренных Хёбелем. Социальная жизнь эскимосов очень проста, а их правовые институты находятся в эмбриональном состоянии. Поэтому в их культуре существует очень мало основных предварительных условий, содержащих необходимые элементы для трансформации в юридические принципы. Хёбель констатирует, что в эти принципы включены и такие, как: «жизнь трудна, а шансы на выживание очень невелики, поэтому не приносящие пользы члены общества не могут содержаться за его счет», а также что «все природные богатства свободны или являются общими» и что «необходимо эффективно использовать все средства производства, в частности, охотничий инструмент, максимально продолжительное время». Что касается первого из этих принципов, то он призван узаконить легальное оправдание такой практики, как убийство детей, стариков и больных и другие формы уничтожения людей, оправдываемого социальной необходимостью. Второй принцип имеет ряд важных последствий, включая тот факт, что эскимосы не рассматривают землю как собственность. Соответственно каждый может охотиться там, где захочет, поскольку эскимосы не приемлют идеи ограничения добычи пищи. Более того, хотя на добычу и большинство личных вещей распространяется понятие собственности, эскимосы чрезвычайно враждебно относятся к тому, чтобы кто-то сосредоточил в своих руках слишком большую собственность, ограничивая тем самым собственность, которую сообщество может эффективно использовать в интересах всех своих членов. Например, в одном из районов Аляски длительное владение человеком большим количеством вещей, которые им самим не используются, считается преступлением, караемым смертной казнью и конфискацией имущества для общественных нужд.

Другим примером является социальная организация у племени Ифугао на Северном Лусоне, которая значи-

тельно более развита, чем у эскимосов. Их основные принципы гласят: «первичной социальной и правовой ячейкой является семья, связанная родственными узами и состоящая из живых, умерших и еще не родившихся» и «ответственность индивида перед группой родственников выше собственных личных интересов». Последний имеет важные правовые последствия. Например, многие виды имущества рассматриваются скорее, как трастовые по своему характеру, нежели, как собственность в прямом смысле, то есть существует некий трастовый холдинг для обеспечения будущих поколений. И еще. Поскольку семья состоит не только из живущих, но и умерших и еще не родившихся, а забота о благополучии умерших больше, чем о тех, кто живет сейчас или будет жить в будущем, то в случае необходимости могут продаваться семейные земельные наделы для приобретения жертвенных животных, чтобы они сопровождали дух усопшего родственника. Земля также может быть продана в случае серьезной болезни одного из членов семьи, если это необходимо для его выздоровления. Объем данной книги не позволяет детально углубиться в рассмотрение подобных проблем. Необходимо только подчеркнуть, что Хёбель приводит массу примеров, показывая, каким образом постулаты того или иного общества соотносятся с реальными правовыми нормами и институтами этого общества и как они отражают среду обитания и культурный уровень данного общества.

В анализе Хёбеля следует особо выделить два фактора. Во-первых, каким образом каждое общество создает свой собственный комплекс правовых норм, направленных на поддержание стабильного порядка в соответствии с основополагающими принципами данного общества. Во-вторых, то, что успешное поддержание такого порядка и стабильности зависит от степени интеграции, достигнутой данным обществом, которая, в свою очередь, найдет свое отражение в том, насколько господствующая в данном обществе идеология способна служить инструментом достижения общего согласия. Ясно, что слабо интегрированное

общество, как показано Хёбелем на примере некоторых североамериканских индейских племен, сталкиваются с массой трудностей, когда пытаются добиваться исполнения обычного права силой принуждения. (15а)

Сравнительный анализ

примитивного права и международного права

Примитивные обычаи обладают, как было показано, многими атрибутами права, при отсутствии, в большинстве случаев, жизненно важных центральных органов власти, занимающихся правотворчеством и управлением, а именно: законодательного органа для регулярного принятия новых законов, суда для улаживания конфликтов и споров, чьи решения будут обязательны для всех, и исполнительного органа для обеспечения соблюдения законов. Таким образом, становится очевидным, почему многие авторы, подобно Кельзену (16) утверждали, что международное право весьма схоже с примитивным правом. Оно представляет собой систему обязывающих норм, систему, функционирование которой обеспечивается мерами самопомощи, при отсутствии в ней центральных органов, наличие которых является признаком развитого права. Главная задача подобного сравнения — не только установить, что международное право действительно можно квалифицировать как право, а не как «позитивную мораль» по мысли Остина, (17), но также указать будущие пути его развития. Что здесь имеется в виду. Прежде всего, подобно тому, как современное чрезвычайно развитое национальное право, соблюдение которого обеспечивается предусматриваемой законом санкцией, прошло весьма долгий путь постепенного развития от примитивного состояния в социальных условиях, когда не было центральных органов принудительного исполнения права, или они существовали в зачаточной форме, и ближайшие родственники пострадавшего сородича должны были приложить все возможные усилия для получения возмещения за причиненный ему ущерб, точно также и международное право должно постепенно проделать путь от до-

статочны примитивного нынешнего состояния до такого, при котором будут действовать международные органы законодательной, судебной и исполнительной власти. И только тогда международное право сможет достичь той высокой степени развитости, которая характерна для национального права. Однако с точки зрения сегодняшнего дня это дело отдаленного будущего.

Хотя в определенном отношении сказанное может представлять собой весьма оптимистичный прогноз, все же аналогия представляется несколько преувеличенной. Существуют значительные и непреодолимые различия даже между международным правом в его теперешнем состоянии и правом примитивного общества. Во-первых, первое представляет собой право, регулирующее отношения не между отдельными индивидами, а между государствами. Эти государства по большей части высоко развиты в социальном и технологическом плане. Во-вторых, как уже было указано выше (18), проблема принуждения принимает совсем иной оборот, когда речь идет не об отдельных гражданах, какими бы влиятельными и богатыми они ни были, а о целых государствах. Это означает, что путь развития и достижения высокой степени всеобъемлемости международного права будет не только более трудным и тернистым, чем путь, пройденный до того национальным правом, но что этот путь совершенно естественным образом должен отличаться от последнего. В этой связи много полезных уроков можно извлечь из истории развития современного права особенно в том, что касается роли законодательных, судебных и исполнительных органов. Тем не менее от определенной аналогии никак не уклониться. Для успешного развития международного права потребуются постепенное накопление опыта по созданию международных институтов, основанного как на практических разработках, так и на коренном переосмыслении методов, с помощью которых право может вселить новые надежды в сердца людей в современных условиях, когда любая неудачная попытка сохранить мир таит в себе опасность молниеносной и тотальной гибели всего человечества.(19)

ОБЫЧНОЕ ПРАВО

В АРХАИЧНОМ И СРЕДНЕВЕКОВОМ ОБЩЕСТВАХ

Между обычном правом примитивного общества и тщательно разработанной и утонченной юриспруденцией современного государства существует множество промежуточных стадий. В прошлом право ряда древних цивилизаций было закреплено в писаных уложениях или кодексах, как, например, Законы Хаммурапи в древнем Вавилоне или 12 таблиц ранней Римской Республики, или Ветхий Завет. Считается общепризнанным, что обычно на такой стадии развития в обществе обладателем законодательной власти с несколько не совсем четко обозначенными функциями может быть император, который почитается, как божество или полубожество, собрание граждан или любая другая влиятельная группа или класс, как, скажем, патриции в Древнем Риме. Но источником права все еще остается обычай. Законотворчество же рассматривается как нечто редкое и исключительное, основывающееся, если не на прямом божественном вмешательстве, как Заповеди Моисея, то по крайней мере на божественном откровении или на одобрении богов. (20)

Подобное законотворчество часто действительно имеет своей целью не создание новых законов, а кодификацию и толкование уже существующего обычного права. На ранних стадиях развития классовые противоречия и стремление правящих кругов или касты жрецов окутывать обычное право, независимо от того, писаное оно или нет, тайной, скрытой для непосвященных, часто приводили к восстаниям и беспорядкам, в результате которых обычное право иногда официально делалось достоянием гласности, как было с римскими 12 таблицами. Такое право, естественно, не было систематизированным в современном понимании, но включало ряд различных положений, которые надлежало знать всем, или разъяснение древних обычаев. Подобные «скрижали» не просто включали древние обычаи, но и содержали некоторые нововведения. Более того, принятие архаичного кодекса такого рода само по себе служило отправной точкой для нового

витка развития, так как в иных исторических условиях требовалось и иное толкование существующих законов. В древнем Риме правом толкования обладали жрецы-понтифики, хотя сам кодекс, с момента его принятия, обычно считался не подлежащим никаким изменениям, как Законы древних персов. По мере развития античного общества постепенно создавалось все больше и больше возможностей для законотворчества, включая и пересмотр старых законов. В Афинах V века (до н. э.) собрание граждан могло свободно изменить закон. Но в более традиционно мыслящих греческих полисах, в частности, в Спарте, законы считались неизменными. На всех этих этапах развития право по большей части оставалось обычным и неписанным, и сам этот факт означал, что старые обычаи могут предаваться забвению, не действовать или постепенно меняться, чтобы соответствовать изменившимся социальным условиям, или даже вытесняться совершенно новыми обычаями и институтами.

ОБЫЧНОЕ ПРАВО В КИТАЕ

В некоторых обществах, даже достигших высокого уровня цивилизации, так никогда и не возникло понятие четко определенного закона, писаного или обычного, регулирующего во всех без исключения случаях ситуации, для которых он и предусмотрен. Самой показательной в этом отношении является правовая система, если ее можно назвать таковой, Китайской империи. Как уже упоминалось (21), китайцы не смогли принять идею, что миром управляют строгие физические законы. Они верили, что мир находится в состоянии гармонии и равновесия в результате действия самых различных сил. И так же как не существует никакого высшего творца, устанавливающего порядок во вселенной, так не может существовать и никакого законодателя, способного дать человечеству четкое позитивное право или моральные принципы. Конечно, в Китае, как и в других странах, преобладали обычные нормы, причем их авторитет в некоторых отношениях был, пожалуй, даже выше, чем где-либо еще, например, в деле

то

П Р \ ISO П ОБЫЧАЙ

почитания родителей и предков или в отношении помощи и поддержки, оказываемой членам семьи. Но в сфере разрешения споров китайцы так никогда и не подошли к идее применения заранее оговоренных норм посредством установленной судебной процедуры. Наоборот, судебное правосудие там представляло собой попытку привести интересы спорящих сторон в соответствие с духом мировой гармонии, которая в значительной степени могла быть доступна человеческой мудрости. Такое общество должно было сочетать совершенно экстраординарным образом общественный порядок, основанный на глубоко укоренившейся системе правовых и социальных норм, с высшей степенью гибкости и неопределенности во всех сферах социальных и экономических отношений, которые выходили за пределы данной основной системы. Пожалуй, этим и объясняется отсутствие в китайской истории кастовой системы, с одной стороны, а с другой — провал всяких попыток установить четко организованную систему промышленности или торговли, несмотря на исключительно высокий уровень китайской цивилизации и технологические достижения китайцев. (21a)

СРЕДНЕВЕКОВАЯ ЕВРОПА

Если обратиться к средневековой Европе, то можно обнаружить здесь любопытный сплав самых противоречивых правовых условий. С одной стороны, существуют полуварварские королевства, возникшие на развалинах Римской империи, с обычным правом, часть которого постепенно превращается в писаные кодексы. Эти кодексы по большей части не носят религиозного характера и не являются божественными или боговдохновенными по своему происхождению. Медленное развитие феодализма в социальном и экономическом хаосе Средневековья привело к падению центральной власти, а жизнь и состояние человека стали зависеть от его земельного надела и отношений с феодалом, из рук которого он и получал свою землю. Большинство населения были либо рабами, которыми владел какой-нибудь лэндлорд, либо крепостными,

лишенными всяких прав, независимо от того на чьих землях они трудились, но привязанными именно к этой земле и службе на своего хозяина. При таком положении дел царило, так сказать, обычное «поместное» право, которое вершилось каждым феодалом на своей территории в собственных придворных судах, а власть короля, если ее можно было назвать таковой, была весьма слабой и ограниченной и практически не могла быть реализована из-за отсутствия механизма централизованного принуждения.

В то же время существовали определенные силы, которые постепенно вытесняли элементы анархии из феодальной Европы. На первом месте находилась Католическая церковь, мощный институт во главе с Папой, претендовавшим на верховенство (и часто получавшим) его над всеми христианскими государствами Западной Европы. Более того, каноническое право, связанное с предшествовавшим римским правом, представляло собой весьма развитое писаное право и имело высшего законодателя в лице Папы. И хотя большая часть канонического права несомненно восходила к обычаю в том, что касалось и его происхождения и самого характера, тем не менее его значительная часть была инкорпорирована в кодексы или папские эдикты, и никто не сомневался, в том, что любой из них может быть изменен по желанию самого Папы, как заместителя Бога на земле. Более того, даже в светских государствах король, являвшийся сувереном, считался носителем довольно неопределенной законодательной власти, и ему помогал совет из представителей местной знати. Король также обладал и высшей судебной властью по урегулированию правовых споров, и благодаря этому устанавливал обычаи своего государства. Совершенно очевидно, что решения такого рода часто носили новаторский характер и тем самым способствовали адаптации обычного права к изменившимся социальным нуждам. Следует также отметить, что в позднее Средневековье с ростом городов, где правящим классом были купцы и торговцы, — особенно это касается Северной Италии — возникла потребность в более разработанном коммерческом

праве, причем действующем не только в местном масштабе, но гораздо шире. С этой целью стали часто обращаться к кодексу Юстиниана, чему в значительной степени способствовало еще и то, что в итальянских университетах начали интенсивно изучать гражданское право, и эта практика вскоре распространилась и на другие учебные центры Европы.

Все это стимулировало быстрое развитие права в феодальной Европе. Идея обычного права, писаного или неписаного, жесткого и негибкого по своей природе, перестала отвечать новым реалиям того периода. В феодальных королевствах все право в целом рассматривалось в качестве обычного, а законотворчество и судебные решения считались всего лишь другими методами подтверждения старого обычая или создания нового. (22) Английские феодалы в 1236 году могли провозгласить: «Мы не хотим менять законы Англии», но они уже не ставили под сомнение право монарха и его баронов по собственному усмотрению устанавливать новые обычаи. Более того, быстрота, с которой менялось общество, способствовала значительной степени гибкости даже неписаных обычаев. Чтобы быть действующим и обязательным обычай совсем необязательно должен был существовать с незапамятных времен. Наоборот, 10-ти или 20-летний обычай считался «старым обычаем», а 40 лет превращали его в «вековой». (23)

Общее право и обычное право

В таких условиях монархия, естественно, пыталась укрепить свою центральную власть и право и заменить множество местных феодальных систем обычного права единым королевским правом, осуществляемым королевскими судьями, которые устанавливали, иногда и силой, «королевский порядок» государства. Одним из результатов норманнского завоевания Англии и установления в ней сильной монархии явилось значительное ускорение процесса централизации власти в этой стране по сравнению со странами континентальной Европы. Так, сравнительно

ко было установлено общее право для всего государства и местный обычай был в основном вытеснен и замещен «общим обычаем королевства». (24) Однако общее право не было обычным в том же самом смысле, что и местные обычаи, которые оно заменило, и, конечно, обычное право более ранних примитивных обществ, рассмотренных выше. Оно было, и остается по сей день, порождением высокого развития правовых традиций и юридической техники, неписаным, в смысле отсутствия писаного собрания законов, но содержащимся в бесчисленных протоколах судебных решений и постановлений, которые являются предметом постоянного толкования. В результате формируются новые правовые принципы, которые в дальнейшем могут применяться к новым ситуациям по мере их возникновения. Такое право создается совсем иначе, нежели нормы, возникающие в примитивном обществе и становящиеся обязательными в силу их постоянного соблюдения. Можно сказать, что эти нормы возникают снизу, тогда как постановления и решения судей, в соответствии с общим правом, провозглашаются сверху.

Все же система, подобная общему праву, особенно на ранних стадиях развития, представляет собой некий мостик между подлинным обычным правом и высоко развитой системой кодифицированного права многих современных государств. Судьи действуют не в вакууме. Они — часть общества, в котором живут и работают, а правовые принципы, разрабатываемые и применяемые ими, неизменно в той или иной степени отражают и чувства, господствующие в обществе, и обычаи и обыкновения, принятые в нем. Тем не менее, нельзя без существенных оговорок ставить в один ряд судебское право и общепринятое в обществе нормы поведения и обычаи. Во-первых, судебное право имеет тенденцию к созданию собственной автономии, отражающей массу тонкостей, скрытых смыслов, подтекстов, технических приемов и фикций, присущих сугубо юридической профессии и непонятных непосвященным с их упрощенным рутинным подходом к пониманию того, что правильно, а что нет. Со временем чи-

сто техническая сторона дела приобретает все большее значение и все больше отдаляет право от реальностей повседневной жизни. Эта ситуация становится особенно очевидной при достижении правом такой стадии развития, когда к его реформе законодательными методами уже почти не прибегают, а борьба общего права за выход из им самим же созданного тупика с целью отвечать новым веяниям времени, обычно сопровождается конструированием поспешно скроенных «топорных» фикций, которые в свою очередь еще больше отдаляют его от реальной жизни. Примером тому может служить использование таких невероятных приемов, как выдумывание воображаемого арендатора или фиктивной уступки требования для того, чтобы стало возможным достижение в общем-то простой цели, а именно: для осуществления собственником права защищать в судебном порядке законность своего владения с принадлежащей ему землей.

Кроме того, следует помнить, что судьи не представляют все общество в целом, а будучи в основном выходцами из довольно малочисленного правящего класса состоятельных собственников, привносят в право ту идеологию, которая точно отражает мировоззрение именно этого класса. Поэтому нетрудно понять, почему старое общее право с особой святостью относится к регулированию земельной собственности. Также показательна в этом отношении была и суровость уголовного права: например, смертная казнь детей через повешение считалась меньшим злом, чем любая угроза собственности, к которой могли бы привести совершаемые ими ограбления.

РОЛЬ ОБЫЧАЯ В СОВРЕМЕННОМ ПРАВЕ

Анализируя роль обычая в высоко развитой современной системе права, можно без всякого удивления констатировать, что она незначительна и в лучшем случае носит второстепенный характер, поскольку обычай вряд ли является в наше время источником новых правовых норм. В этой связи необходимо ясно различать социологическую связь позитивного права с жизнью современного общест-

ва, включая его основные ценности, предпочтения и то, каким образом социальные обычаи могут служить непосредственным источником правотворчества. Что касается первого, то об этом было достаточно сказано в предыдущей главе (25). Здесь же основное внимание будет уделено обычаю в его второй ипостаси.

Местный обычай

Существуют три основных способа, посредством которых обычай может служить прямым источником нового права даже в контексте современного государства. Первый — это признание и принудительное приведение в жизнь местного обычая. Очевидно, что с установлением единой системы права в данном конкретном обществе, где существуют законодательные органы с четко определенными функциями, обычай, как прямой источник нового права фактически вытесняется. Некоторые современные системы кодифицированного гражданского права идут еще дальше и вообще отвергают любой местный обычай, как противоречащий правовой унификации, которая является целью любого кодекса. Английское общее право, хотя и отвергает также повсеместно действующий обычай, но оставляет, тем не менее, небольшую возможность применения местного обычая, правда, в очень узких пределах. Однако, для того, чтобы обычай мог доказать свое право на включение в правовую систему и последующее эффективное применение, ему необходимо преодолеть ряд серьезных препятствий юридического характера. Среди них самым необычным является временной критерий, то есть предоставление доказательства того, что обычай существовал «с незапамятных времен», точкой отсчета для которых, как ни странно, является 1189 год. (26) Более объяснимо требование, предъявляемое к действительности обычая: чтобы считаться действительным, обычай должен быть признан судом достаточно разумным. Из дальнейшего будет ясно, что первый из этих критериев имеет своей целью свести к минимуму число действующих местных обычаев, а задача второго — обеспе-

чить судам значительную степень контроля за принятием решений в отношении того, какие обычаи наделять юридической силой, а какие – нет. Английские юристы до сих пор ведут малопродуктивные споры о том, обладает ли местный обычай юридической силой сам по себе или только лишь после признания его судом. Обычное право в прямом смысле этого слова, то есть более древнее по своей природе, как упоминалось, является обязательным в силу своей природы и не зависит от судебной санкции или одобрения. Строго говоря, оно может действовать даже и в отсутствие всякой правовой системы. Однако в современном английском праве тот факт, что у суда сохраняется компетенция объявлять любой обычай недействительным по причине его неразумности, достаточно ясно показывает его подчиненную роль. И не только. Это свидетельствует также о том, что ни один обычай, независимо от теории, не может считаться наделенным юридической силой сам по себе без официального одобрения судом.

Конституционные обычаи

Более значима, чем местный обычай, функция обычая в установлении конституционной практики. Это имеет особое значение для таких стран, как Англия, где формально не существует писаной конституции. Основные черты конституции Великобритании — суверенитет Парламента, большинство парламентских процедур, некоторые нормы, относящиеся к монархии и ее конституционному положению, полномочия судов по развитию права, — все они могут рассматриваться как основывающиеся на укоренившихся обычаях, которые считаются абсолютно обязательными с правовой точки зрения. Их следует отличать от обычных конституционных норм, которые, хотя и считаются в высшей степени обязательными, но тем не менее не являются столь же юридически значимыми. Так, практика автоматического подписания монархом любого билля, получившего одобрение обеих Палат, или уход в отставку премьер-министра после того, как Палата общин отказала ему в доверии (по какому-то важному во-

просу), являются важнейшими чертами конституции, несоблюдение которых представляется делом почти неслышанным. (27) Но ни одна из них не является правовой нормой в том смысле, что составляет неотъемлемую часть иерархической структуры правовых норм, которые в свою очередь образуют правовую систему государства. Поэтому их можно рассматривать обязательными в политическом отношении и, пожалуй, в моральном, но никак не в правовом. Далее, в отношении конституционных обычных норм, которые могут рассматриваться в качестве полноценных правовых норм, следует заметить, что они наделены юридической силой не благодаря веками сложившейся практике их применения всем обществом в целом, как это имеет место в обычном праве, а скорее в связи с их принятием многими поколениями правящего класса, включая судей и других представителей юридического сословия. Большинство населения, несомненно, можно считать также соблюдающим, или по крайней мере, признающим эти нормы, но его роль здесь в основном пассивна в отличие от той активной роли, которую оно играет в практике соблюдения обычая.

Торговый обычай

Третий и последний вид обычаев — торговый обычай. В прошлом обычаи, принятые среди купцов и торговцев, несомненно играли решающую роль в развитии торгового права. В современных условиях, однако, осталось мало возможностей для такого обычая вносить изменения в торговое право. В Англии последний такой случай можно датировать 1898 годом, когда облигации на предъявителя были признаны полноценными оборотными документами в силу принятого торгового обычая. (28) Существуют, тем не менее, другие и значительно более важные способы, с помощью которых торговый обычай может оказывать влияние на право. Происходит это посредством коммерческих контрактов. Презюмируется, что условия таких контрактов представляют собой либо установление торгового обычая в строгом смысле этого слова, ли-

бо указывают на разумную необходимость признания того, что для достижения экономической эффективности данного контракта он был заключен на основе уже существующей практики в данной сфере бизнеса. Таким образом, суды и торговые арбитражи могут отражать в своих решениях последствия изменений, имевших место в практике коммерческих сделок и торговых обычаях. Хотя несколько суды реально готовы учитывать перемены, произошедшие в деловом мире, в значительной степени зависят от профессиональных традиций, сложившихся в конкретной правовой системе. Но именно потребность в такой связи позитивного и судебного права с питательной средой экономической и социальной практики, важное значение которой подчеркивал юрист-социолог Эрлих, называвший последнюю формой «живого права» (29), а также тот факт, что коммерческие контракты являются преобладающей формой деловых отношений, убедительно доказывает всю важность приведения торгового права в соответствие с основополагающими презумпциями, на базе которых совершаются коммерческие сделки самых различных категорий. И, пожалуй, именно из-за неудачных попыток судей, плохо знакомых с миром бизнеса, поддерживать реальное равновесие между этими двумя сферами, в последнее время наметилась явная тенденция сдвига от судов в сторону коммерческих арбитражей.

«Типовые» контракты

Другой важный способ, при помощи которого деловые круги могут распространять квазигиридрически свои требования и практику на многие виды сделок, — это « типовые » контракты. Данный вид контрактов, представляющий собой отпечатанную типографским способом форму со стандартными условиями, стал широко распространенным явлением в современном деловом мире. Теоретически сторона, которую приглашают подписать такой контракт, имеет свободу выбора — подписывать его или нет. Но свобода «принять или не принять» стандартную форму контракта часто оказывается эфемерной для той сто-

роны, у которой нет другого способа воспользоваться своим правом отказа, кроме как за счет ухудшения условий будущих поставок товаров или услуг. Таким образом, контракты подобного рода в значительной степени обнажили пустоту устаревшей концепции свободы договора, которая неоднократно и самым явным образом ограничивалась во множестве отдельных видов контрактов. Примером могут служить контракты на продажу товаров в рассрочку. В них свобода договора ограничивалась специальными положениями, принятыми в законодательном порядке исключительно с целью защиты интересов беспечного потребителя. (29а)

Некоторые « типовые » контракты, разработанные независимыми или специальными профессиональными организациями, могут иметь своей целью фиксирование или формирование наиболее эффективной и справедливой практики и норм, общепризнанных в какой-либо конкретной сфере деловой активности — например, типовой договор строительного подряда Королевского Института британских архитекторов. Этот и ему подобные договоры воплощают в себе в определенном смысле самые лучшие коммерческие и профессиональные наработки, являющиеся результатом практической деятельности наиболее авторитетных специалистов, пользующихся заслуженной репутацией в своей области. (30) Большинство типовых контрактов, однако, имеют своей целью скорее закрепить те нормы и сложившуюся практику, которые наилучшим образом защищают интересы конкретных отраслей промышленности или поставщиков, чем добиться сбалансированности интересов всех участников делового оборота в данном секторе экономики, включая и потребителей. Далекие от выражения потребностей общества в целом и сложившейся в нем деловой практики, эти контракты наделяют односторонними преимуществами лиц, обладающих властью и ресурсами для навязывания своей воли потребителям, и тем самым порождают множество новых и сложных проблем, которые далеки еще от своего должного разрешения. В последнее время многие страны приняли

ряд разрозненных законов, призванных ограничить некоторые наиболее вопиющие и широко распространенные злоупотребления, имеющие место в этой связи. (30 а)

ОБЫЧАЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Наконец, следует сказать несколько слов о роли обычая в современном международном праве. Теоретически, как уже было упомянуто выше (31), международное право основывается на сложившихся и постепенно меняющихся обычаях, получивших преимущественное распространение среди государств современного мирового сообщества, включая общую обычную норму, что договоры должны соблюдаться. Таким образом, в каком-то смысле международное право является разновидностью обычного права, и ему, как и ранним формам обычного права, свойственна неопределенность в плане того, каким образом сложившаяся практика и обычаи трансформируются в правовой обычай, имеющий обязательный характер. Поэтому совсем неудивительно, что в отсутствие каких бы то ни было общепризнанных органов, обладающих всей полнотой власти, которые были бы наделены полномочиями провозглашать или решать, какой из международных обычаев признается правовой нормой, многие важные принципы и предписания международного права остаются предметом острых разногласий. Причем, выдвигаемые сторонами аргументы и доказательства имеют по большей части своей целью укрепление позиций поддерживаемого ими государства или группы государств. В то же время нельзя игнорировать и коренные различия между международным правом и обычным правом на ранней стадии своего развития. Международное право, при всей его слабости и неэффективности, не рассматривает индивида как такового в качестве своего субъекта, и уж тем более это относится к членам примитивных племен. Оно призвано регулировать отношения между развитыми или развивающимися государствами, и поэтому его основные нормы и принципы были сформулированы благодаря тщательному и изощренному отбору посредст-

вом изучения исторических примеров и прецедентов, толкования договоров и государственных документов, анализа решений международных судов, резолюций и заключений международных организаций и их рабочих органов. Кроме того, использовались работы известных юристов и учитывались их взгляды и мнения. Отсюда любопытный сплав неразвитого правового механизма и рафинированная техника толкования, которая является характерной чертой современного международного права.

ОБЫЧАЙ И ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА

Романтизм явился ответной реакцией на чрезмерный рационализм эпохи Просвещения XVIII в. Зародившись, как художественно-эстетическое направление, романтизм придавал особое значение чувственному восприятию мира и образному мышлению. Довольно быстро оно приобрело более общий характер, и в социальном плане трансформировалось в мистическую веру в самопроизвольный и естественный рост человеческих институтов и в таинственные невидимые силы, движущие обществом. Уже в работах Бёрка можно найти блестящее и красноречивое изложение идеи национального государства не просто как рациональной структуры, созданной свободно выраженным согласием граждан, но как исторического образования, уходящего корнями вглубь традиций. Ему органически присущи единство и высшие ценности, стоящие над повседневными мелкими заботами входящих в него индивидов на каждом этапе его исторического развития.

Эта органическая идея права и государства нашла особенно благоприятную почву в Германии. Немецкий философ Гегель изложил, языком не очень ясным, но интеллектуальным и от того еще более эффективным, свою доктрину Государства как живого организма, как «самоцель» и высочайшее воплощение человеческого разума. Оно — результат действия неумолимого хода истории, направляемого Мировым Духом. По Гегелю, как ни странно, высшим идеалом государственности было Прусское Королевство, в котором философ создал и проповедовал

свое новое учение. Одиозная роль этого аспекта гегелевской философии истории в возникновении современного тоталитаризма националистического толка хорошо известна, и не стоит на ней останавливаться еще раз. (32) Однако нельзя, тем не менее, игнорировать важную немецкую историческую школу права, которая в значительной степени, но не безоговорочно, находилась под влиянием теории Гегеля и черпала оттуда свое вдохновение.

Величайшим представителем этой школы был Савиньи, знаменитый немецкий юрист, живший и работавший в первой половине XIX века. По мысли Савиньи, право не искусственный продукт труда изобретательного законодателя, но результат постепенного процесса выражения народного духа. И потому единственной разновидностью права, которое может отвечать этой квалификации — это обычное право. Именно эта форма права служила основой для теоретических построений Савиньи и его последователей. Такое право следует воспринимать как порождение длительного и непрерывного исторического процесса. Источник его юридической силы коренится в традициях, этических нормах, глубинах народного сознания, что и делает его подлинно национальным правом, отвечающим духу народа. Поэтому на законодательство взирают с некоторым подозрением, как на некое произвольное вмешательство в процесс постепенного развития исторически сложившихся обычных норм. Кодификация же, особенно популярная после принятия в 1804 г. кодекса Наполеона и упорядочившая хаос, который царил во французском праве старого режима (*ancien regime*), презиралась вдвойне.

Несомненно, историческая школа права внесла ценный вклад в развитие современной юридической мысли. Она позволила осознать важную истину : право - не просто абстрактный комплекс норм, регулирующих общественные отношения, но составная часть самого общества, а точнее его социального и экономического порядка, в рамках которого оно функционирует и воплощает традиционную систему ценностей, придающую

и см³ д у обществу. Таким образом, су-
 значение ^ с н , а я с в я з ь между исторической школой, бо-
 ^ е поздней марксистской теорией права (которая сама
 ^ почковалась от гегельянства (33)) и современной со-
 ° гическо й юриспруденцией. В то же время между
 ними есть и значительная разница. Историческая школа
 основном ор*иентируется на прошлый опыт, отыскивая
 в истории прецеденты и объяснения развитию права в
 современном обществе, а две последние устремлены в
 будущее. Они* не оглядываются назад, чтобы черпать из
 истории права аргументы для объяснения или оправдан-
 ния действующ их норм. Скорее их цель заключается в
 адаптации пр ^ ва к новым социальным проблемам, воз-
 никающим в обществе, в интересах их наиболее эффек-
 тивного решения. Именно в силу этого судья Холмс
 подверг критике историческую школу права в своем час-
 то цитируемом высказывании: «...вопиюще, когда не
 находят никаького иного более разумного аргумента для
 основания норрмы, чем тот, что она была установлена во
 времена Генриха IV». (34)

« ^ ^ olksgeist» (Народный дух)

Более того-, явной слабостью немецкой исторической
 школы был еес акцент на весьма сомнительном понятии
 «народа», как; идентифицируемой общности, коллектив-
 ного образования, подобного «общей воле» другого ве-
 ликого роман-тика — Руссо, и обладающего таинствен-
 ным коллективным сознанием, плодом которого явля-
 ются не тольк о язык, искусство и литература, но и наци-
 ональные институты, включая право. Содержание не-
 мецкого слова Volk (народ) довольно расплывчато в
 этом отношении. Оно может означать не только народ,
 но и нацию, расу или народность. Хотя разные культу-
 ры или культурные памятники безусловно создавались
 или ассоциировались с различными земными цивилиза-
 циями, в области права, как и в любой другой сфере че-
 ловеческой культуры, ныне не представляется возмож-
 _____ определ ^ . принадлежность правовой системы к

какой-то одной конкретной нации или расе. Пожалуй, наиболее показательным примером этого в западном мире является развитие «местного» обычного права Англии, когда невозможно точно определить природу и состав «народа», создавшего это право. Но в то же время совершенно очевидно, что оно не явилось продуктом коллективного сознания всего народа в целом, а представляло собой по большей части результат усилий небольшой группы юристов-профессионалов. (35) Трудности такого рода предвидел Савиньи, который утверждал, что эффективное развитие обычного права на профессиональном уровне достигается благодаря тому, что судьи и юристы действуют в качестве органов коллективного народного сознания. Но содержательная и техническая сложность современного права означает, что судьи и судьи должны взять на себя творческую роль в процессе правообразования. Эта роль отнюдь не является пассивным инструментом народного правосознания. Именно благодаря ей становится возможным показать сам факт существования такого коллективного состояния образа мышления. Дополнительным свидетельством здесь служит и то, что общее право принято теперь в большинстве стран Содружества, где, претерпев различные адаптивные изменения, оно применяется к регулированию отношений большого числа самых различных национальных и расовых групп. Современное гражданское право, развившись на основе позднего Римского права, также получило широкое распространение по всей Европе и в других регионах мира и было успешно рецепировано многими странами от Турции до Японии и некоторыми молодыми независимыми государствами Африки, возникшими в результате развала французской колониальной империи.

Английская историческая школа

Что касается влияния исторической школы в Англии, где старое общее право послужило прототипом для создания своего современного преемника, не менее до-

стойного, чем любой другой, которого сторонники этого направления юридической мысли могли бы отыскать среди правопорядков государств наших дней, то оно также было значительным. Основная заслуга в этом принадлежит Сэру Генри Мэйну, который заменил мистику *Volksggeist* (народного духа) эволюционной теорией Дарвина. Позаимствовав у Герберта Спенсера идею развития от консервативного и неизменного общества к гибкому и либерально настроенному, где взаимоотношения свободно формируются на основе договора, он показал необходимость адаптации права к новым социальным потребностям такого прогрессивно развивающегося общества. Мэйн подчеркивал непрерывность исторического развития от стадии примитивного, или архаичного, обычного права к сложным современным системам и то, каким образом право постепенно менялось, приспосабливаясь к постоянно эволюционирующему обществу, используя такие инструменты, как тщательно разработанные правовые фикции и избавление от чрезмерной жесткости и суровости посредством применения принципа справедливости. (36) Его подход был подлинно историческим в той мере, в какой он настаивал на том, что прошлое может быть правильно понято, только если его рассматривают на присущем ему языке и в его собственном контексте. В то же время, в противоположность Савиньи, он утверждал, что законодательство и кодификация могут эффективно решать весь комплекс сложных правовых проблем современного государства. Позиция Мэйна в этом вопросе была поэтому воспринята такими выдающимися учеными, как Мэйтланд и Поллок. Суть её состояла в следующем. Хотя история может существенным образом углубить наше понимание прошлого и настоящего состояния права, и как следствие этого сам факт его исторической обусловленности не подлежит сомнению, тем не менее, её ни коим образом нельзя использовать в качестве «смирительной рубашки» для навязывания традиционных взглядов и подходов к требованиям нового времени.

СУДЕБНАЯ ПРОЦЕДУРА

РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ

Французский философ Шарль Луи Монтескье в своем классическом изложении английской конституции особое внимание уделил теории разделения властей. В соответствии с ней конституция включает три различных типа власти: законодательную, исполнительную и судебную. И любая конституция, достойная именоваться таковой, должна обеспечить, чтобы каждая из этих властей была возложена на разные органы или лица. Функция законодательной власти — принимать новые законы; исполнительной — следить за их соблюдением и в случае необходимости добиваться их принудительного выполнения, а также определять политику в рамках действующего законодательства; а судебной — всего лишь толковать законы, принятые законодательным органом. Эта четкая классификация оказала значительное влияние на разработку конституции, принятой Соединенными Штатами Америки после провозглашения Декларации о независимости. В частности, отделение исполнительной власти от законодательной обеспечено запретом Президенту США и его министрам избираться в Конгресс или принимать непосредственное участие в его работе, что является прямой противоположностью английской системе, где правительство является неотъемлемой составной частью законодательного органа и эффективно контролируется парламентским большинством.

НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Концепция полного отделения третьей ветви конституционной власти — судебной, как от законодательной, так и от исполнительной, основывается, однако, на более веских доводах, чем несколько произвольное разделение между за-

— — " ^ ^ неисполнительной властями. В этой связи конодате ^ ^ с я на два принципа, каждый их кото- целес ^ ^ рассматриваться в качестве весьма весомого. R ^ x овых, это вопрос о независимости судебной власти. Если закон 'ы должны надлежащим образом толковаться и объективно применяться без всяких предпочтений и прист- астей, то чрезвычайно важно, чтобы судебная власть име- ла полностью независимый статус и была свободна от вся- кого политического давления со стороны исполнительной или даже самой законодательной власти, которая руковод- ствуется, как, собственно, это и должно быть, партийными интересами. Здесь можно возразить, что в любом случае судьи должны кем-то назначаться. На практике это назна- чение осуществляется либо правительством или одним из его членов, например, Лордом-канцлером или Премьер- министром, как в Англии, либо министром юстиции, как во многих других странах. Каким образом в таких условиях можно обеспечить независимость судей, если с самого нача- ла их назначение осуществляется политиками? Опыт пока- зал, что есть способы преодолеть эти трудности, хотя и не во всех случаях это может оказаться успешными. Одним из решающих факторов является развитие и всемерное поощ- рение традиции отвергать любые политические соображе- ния при назначении судей. Такая традиция в действительно- сти постепенно сложилась в Англии, хотя ее упрочение яв- ляется делом сравнительно недавним. Свидетельство тому — остатки прежних тесных связей между правом и полити- кой, что проявляется в двойной роли Лорда-канцлера: и как политика, и как главы судебной власти, а также в праве юри- стов чороны (генерального прокурора и его заместителей — прим. пер.) требовать (в действительности это право уже не применяется на данный момент) представления суду опре- деленных видов обвинительных заключений. В Соединен- Штатах, где Президент назначает федеральных судей ко с одобрения Сената, влияния политических факто- ров ^ ^ жнее, особенно учитывая важ- ность ^ ^ процедуры в американской политической систе- ме ^ ^ квазиполитическую роль Верховного суда и федераль-

ных судей, как стражей и толкователей Конституции. Кроме того, во многих штатах судьи не назначаются, а выбираются, подобно любым другим политическим деятелям.

Все же для ситуаций, когда трудно избежать политических влияний, тем или иным образом воздействующих на процесс принятия судебных решений, было найдено мощное средство поддержки независимости судебной власти. В качестве такового рассматривается правило, установленное в Англии в результате борьбы за конституцию в XVI в. Это правило гласит, что судьи назначаются на свою должность пожизненно или до выхода на пенсию и не могут увольняться по распоряжению исполнительной власти. Оно доказало свою эффективность в качестве одного из самых важных инструментов обеспечения независимости судей в странах общего права и было воспринято в дальнейшем многими другими государствами. В некоторых странах также предпринимались попытки устранить политический фактор из процесса назначения судей и их повышения по службе путем получения согласия на каждое конкретное назначение со стороны судей или органов, представляющих профессиональные объединения юристов. Такой опыт важен и интересен и может оказаться весьма ценным, но следует помнить, что многие подобные эксперименты оказываются мертворожденными из-за отсутствия твердой веры в насущнейшую необходимость обеспечения независимости судей. Без такой непоколебимой веры согласие различных заинтересованных органов также будет иметь политическую окраску. И без сомнения, одобрение Сенатом США кандидатур федеральных судей, назначаемых Президентом, привнесло ощутимый элемент политики во многие подобные назначения.

Вопрос продвижения по службе почти также важен в смысле независимости судей, как и само их первоначальное назначение. Поскольку, если перспектива профессиональной карьеры судьи зависит от политиков, ему не останется иного выбора, кроме как реже вызывать раздражение с их стороны, дабы не уменьшить тем самым шансов своего продвижения по службе, хотя он и застрахован от «резких

падений» пожизненным назначением на должность. В Англии такая ситуация была в значительной степени преодолена благодаря отсутствию жесткой иерархии в отношении высших судебных чинов. Определенное единообразие статуса всех высших судей — от Высокого суда правосудия до Палаты лордов — поддерживается приблизительно одинаковым уровнем зарплаты (хотя в последнее время разница несколько увеличилась), а также тем, что продвижение по службе почти не зависит от трудового стажа. Подобной системе во многом способствовали исторические особенности английской судебной власти, ее исключительно сильные традиции и высокий общественный статус, освященный многовековой историей. Эти факторы оказались настолько мощными, что в какую бы страну ни проникало общее право, даже такую, как Индия, с совершенно иным расовым составом населения, социальным укладом и абсолютно непохожей культурой, везде его функционирование сопровождалось установлением органически присущего ему принципа независимости судей. Ярким примером этого является также и Южная Африка. Там преобладала смешанная система римско-нидерландского права. Но на высших уровнях она уступала место системе общего права с его независимостью судей. Ее преимущества были не раз доказаны на практике, несмотря на почти невыносимые политические условия и напряженность в расовых отношениях, царивших в стране при правительстве Националистской партии, которая проводила политику апартеида после Второй мировой войны.

«ТВОРИТ» ЛИ СУДЬЯ ПРАВО? (1)

Таким образом, можно сказать, что отделение судебной власти от других форм конституционной власти основано, в первую очередь, на необходимости иметь независимых судей. Был, однако, еще один принцип, который, несомненно, принимал в расчет Монтескье, когда предлагал концепцию строгого разделения судебной и законодательной власти. Он был уверен в том, что функция судьи в действительности не является законодательной в пря-

мом смысле этого слова, а просто ограничивается устновлением правильного содержания позитивного права и авторитетным толкованием спорных моментов, если таковые возникают. Этот подход к деятельности судьи полностью соответствовал традиции общего права, согласно которой судьи не наделены властью творить право, но обязаны лишь «объявлять» его таким, каким оно уже было ранее создано. Он основывался на двух весьма схожих точках зрения на природу права, происходящего из давно сложившегося уклада общества. С одной стороны, существовал взгляд на право, как на некую сакральную тайну, которой владели жрецы и которая не должна была раскрываться непосвященным. Эта точка зрения ассоциировалась, как уже упоминалось (1а), в первую очередь с аристократическим образом правления. Однако она не была чужда и общему праву на ранней стадии его развития. Судьи, как толкователи неписаного права, и представители королевского правосудия считались, как ни странно, «хранителями или живыми оракулами права», по выражению Блэкстона. Такое право считалось почти мистическим и сокрытым в сердцах и душах судей, которые раскрывали его остальным очень скупно, причем только в собственных интересах, по своему усмотрению и таким изощренным языком, который был понятен лишь посвященным. Если сказанное и является в какой-то мере преувеличением, то существует вторая, близкая первой точка зрения на раннее общее право, как на собрание обычных норм, установленных для всего государства в целом, а королевские судьи были всего лишь их квалифицированными интерпретаторами, но ни в коем случае не творцами.

Уже говорилось о том, насколько подобная, обычно-правовая теория общего права была далека от реальной жизни. На самом деле это право в значительной степени представляло собой совокупность норм, разрабатываемых самими судьями на протяжении столетий, хотя и тесно связанных в некотором отношении, как, впрочем, неизбежно и любое другое право, с экономическим и социальным укладом общества, в котором они возникли.

(2) В

конце XVIII в. каждому трезво мыслящему человеку стало ясно, что взгляд на судей, как на простых толкователей права, – пустой предрассудок. Бентам и Остин высмеяли его, как детскую фантазию. Бентам утверждал, что общее право «творится судьей», или, как он еще не очень почтительно выражался, «является продуктом фирмы Судья и К^о.» Этим он хотел сказать, что право на каждом этапе своего развития формируется представителями юридического сословия, одним из элементов которого являются судьи, причем, если говорить об Англии, элементом наиболее важным. Остин также разделял эту точку зрения, хотя и испытывал определенные трудности, пытаясь примирить ее со своей теорией, согласно которой право представляет собой приказ суверена-законодателя. С этой целью он прибегал к следующему аргументу: то, что разрешает суверен, не вмешиваясь в судебные решения и не отменяя их, должно восприниматься, как молчаливый приказ. К сожалению, это лишь означало подмену одной фикции другой, что фактически признавал и сам Остин. Вот что он писал в одной из своих работ по этому поводу:

«В этой стране, где юридические нормы, творимые судьей, занимают чрезвычайно важное место в правовой системе, вряд ли можно сказать, что их автором является Парламент... В действительности, у Парламента нет эффективной власти, способной помешать их созданию. А изменение этих норм часто является непосильным испытанием для терпения и умения тех, кто обладает парламентской поддержкой. (3)

И все же Бентам и Остин далеко не были согласны между собой в том, что касалось преимуществ подобного законотворчества. Бентам верил в благотворную пользу рациональной кодификации и полагал, что таким образом можно избежать прецедентного права. Он был противником неопределенности, которая возникала в результате правотворчества судей, и ясно давал понять это, сравнивая процесс формирования прецедентного права с процессом выработки хозяином условных рефлексов у своей собаки : сперва тот ждет неправильного с его точки зрения поведения собаки,

чтобы затем наказать ее, показав тем самым, что она поступила дурно. Остин, же не только признавал неизбежность судебного правотворчества даже при системе кодифицированного права, но и одобрял его как важное средство приведения права в соответствие с новыми требованиями современного общества. Фактически Остин порицал робкий ограниченный и спорадический характер правотворчества английских судей и их манеру заниматься этим под прикрытием расплывчатых и неясных формулировок. (4)

Несмотря на совершенно очевидное одобрительное отношение самого Остина к судебному правотворчеству, осуществляемому во имя праведных целей, которые с его точки зрения должны определяться согласно принципам утилитаризма, следует отметить, что другим результатом позиции Остина явилось укрепление противоположных воззрений на роль судьи, как не обладающего функцией законотворчества, а лишь призванного излагать содержание действующего права. Поскольку Остин отстаивал основной принцип юридического позитивизма о строгом разграничении сущего и должного права (5), он дал тем самым сильное оружие сторонникам ограничения роли судей. Они утверждали и утверждают по сей день, что судьи занимаются не тем правом, каким оно должно быть, но лишь тем, каково оно в действительности. Это мнение разумно, по крайней мере, достаточно разумно, если, как об этом уже говорилось (6), оно означает, что судья, признав соответствующую правовую норму, не вправе отказываться применять или менять ее на том основании, что он ее не одобряет. Но оно не разумно, если дает повод считать, что существуют четко установленные нормы для любой возможной ситуации, и что судья просто должен отыскать соответствующую норму и механически применить ее к делу, которое он в данный момент рассматривает. Более того, даже если признать, а признать это необходимо, что право полно неточностей и неопределенностей и что даже тогда, когда имеется ясно выраженная норма, все же трудно решить, как именно ее следует применять к конкретным случаям, то все равно придется согласиться, что эти трудности могут быть преодолены посредством тща-

тельного анализа самих норм и их толкования и объяснения в соответствии с принципами логики и семантики. Таким образом, отсюда следует, что судебное правотворчество в корне отличается от подлинной законодательной функции, в рамках которой могут приниматься политические решения в пользу принятия новых законов. Судебное правотворчество в общем плане ограничивалось разработкой положений, выводимых в результате логического анализа действующих норм, и не могло при этом выходить за их рамки или, если речь идет о толковании норм закона, за рамки анализа их семантической структуры (то есть их буквального значения). Более того, для судей настолько важно не быть втянутыми в принятие политических решений, что в случае неопределенности, когда неизбежно встает проблема выбора, он должен быть сделан ими скорее на основе логических выводов, чем исходя из явно «внеправовых» соображений, таких как социальные цели, мораль, справедливость, или целесообразность.

ГРАНИЦЫ СУДЕЙСКОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Такой подход, хотя и пользующийся достаточным влиянием даже и в наши дни, не мог, однако, стать универсальным и эффективным по той простой причине, что он не только не реалистичен и непрактичен, но и основан на ложной предпосылке. Роль оценочных решений для содержания и развития права уже обсуждалась выше. (7) Здесь лишь достаточно повторить, что выбор той или иной ценности является важнейшей составной частью процесса принятия решений. Судьи, как и все другие люди, не могут игнорировать систему ценностей, существующую в обществе, к которому они принадлежат. И никакая вполне осознанная объективность или судебская беспристрастность не смогут свести на нет влияние подобных факторов. Если, к примеру, проанализировать, каким образом в настоящее время различные сферы права постепенно меняются посредством судебного правотворчества с целью приспособить их к потребностям современных индустриально развитых государств социального благоденствия, то можно

проследить, как от решения к решению медленный и не всегда равномерный прогресс в развитии права воздействует на эволюцию системы ценностей. (7а)

Развитие права на возмещение ущерба,
нанесенного по небрежности

Развитие этого вида права можно проиллюстрировать на примере современного права возмещения ущерба по небрежности. Оно возникло из правовых принципов, установленных накануне промышленной революции, когда не существовало каких-либо социальных обязательств по возмещению ущерба, нанесенного по неосторожности и неумышленно, за исключением некоторых особых случаев, например, когда хирург небрежно сделал операцию или водитель невнимательно управлял своим транспортным средством. Постепенно, в течение века, эти специальные правила уступили место всеобщему признанию принципа возмещения ущерба, причиненного в результате небрежности. В современном обществе существует постоянный риск получения увечий из-за широкого применения техники во всех сферах повседневной деятельности людей. Соответственно возникло острое осознание того, что благополучие человека требует распределять последствия такого риска между всеми членами общества с целью исключить по возможности для потерпевшего неприятную перспективу оставаться один на один с причиненным ему ущербом. Действительно, в ряде случаев суды также выносили решения о выплате компенсации пострадавшему даже в случае, когда не было вины или небрежности со стороны ответчика. Этот принцип строгой ответственности применялся не только в случае утечки вредного вещества, например, ядовитого газа, или взрыва в результате скопления подобных веществ, или при проведении опасных для жизни операций, но, что наиболее важно, ко всем ответственным лицам, по поручению которых действовали другие, проявившие небрежность. Теперь работодатель считается ответственным за акты халатности и небрежности со стороны своих подчиненных, хотя его вины в произошедшем может и не быть.

Это расширение сферы действия права служит иллюстрацией не только того, каким образом оно постепенно воспринимает новые веяния, но также и границы, в рамках которых этот процесс может происходить. Появление государства благоденствия подразумевает, что многие социальные и экономические риски повседневного бытия человека должны разделяться как можно более широко всем обществом в целом, а не выпадать на долю одного пострадавшего. Во времена более раннего и сурового века индивидуализма, пострадавший почти всегда считался сам виновным в собственных бедах и в лучшем случае мог рассчитывать только на благотворительность, чтобы преодолеть свое несчастье, но никак не на законное требование об оказании помощи. Ныне эти взгляды уступили место попыткам предоставить пострадавшему возможность требовать в законодательном порядке разумного содержания для удовлетворения основных жизненных потребностей. Это касается безработицы, болезней, производственных травм, старости, смерти кормильца, оставившего после себя иждивенцев. Все же очевидно, что как бы доброжелательно суды ни относились к подобным переменам в общественных настроениях, делом законодателя, а не судей, является внесение и разработка масштабных проектов систем социального страхования с тем, чтобы защитить рядового гражданина от возможных несчастий.

Более того, даже в контексте тех правовых сфер, где суды могут адаптировать право применительно к новым условиям, их поле деятельности остается достаточно ограниченным. Если взять один из наиболее распространенных в наши дни видов судебной практики по возмещению ущерба в связи с дорожно-транспортными происшествиями (ДТП) вследствие небрежного управления автомобилем, то следует иметь в виду, что весь этот раздел права фактически был создан вмешательством законодателя, который ввел обязательное страхование гражданской ответственности водителей в отношении рисков третьих лиц во всех видах ДТП. Если бы подобное страхование не предусматривалось, значительная доля компенсаций, причитающихся в таких слу-

чаях, не могла бы быть выплачена. Кроме того, в действующем праве существует серьезный пробел, касающийся регулирования данной сферы. Для установление такой ответственности водителя требуется доказать проявление им небрежности или халатности, и поэтому многое зависит от выявления оценки фактов в каждом конкретном случае отдельно. Поэтому решение в подобных ситуациях часто представляет собой результат толкования этих фактов, которое может существенно отличаться в зависимости от усмотрения того или иного судьи, рассматривающего дело. Можно возразить, что все, что требуется — это определенный вид социального страхования от несчастных случаев на дорогах, подобное тому, которое уже существует в отношении травм на производстве. (7б) Действительно, можно вообще отвергать идею исков о компенсации ущерба, иногда достигающих астрономических сумм, которые под силу выплатить лишь крупным корпорациям и страховым компаниям. Социальное страхование может и должно обеспечивать разумные выплаты в любом случае. Компенсации же серьезных увечий или потери работоспособности можно оставить частным страховым компаниям, что уже довольно часто и практикуется. Аргументы, что потенциальная угроза нести ответственность за причинение серьезного ущерба является эффективным средством против беспечного и небрежного вождения транспортного средства, едва ли убеждают, поскольку на людей, которых не останавливает мысль о том, что своим плохим вождением они могут стать причиной смерти или серьезных увечий, вряд ли повлияет угроза финансового риска, возникающего в связи с их поведением. Можно еще добавить, что скорее именно уголовное, а не гражданское право, должно быть задействовано в данном случае и служить сдерживающим фактором, поскольку, помимо всего прочего, наказание должно быть адекватно преступлению. В случае же гражданского правонарушения причиненный ущерб, подлежащий возмещению, часто никак не соотносится со степенью виновности.

Но как бы там ни было, одно несомненно — в компетенцию суда не входит анализ и оценка всех этих соображений,

равно как и решение, заменять или нет нормы гражданской ответственности, предусматривающие компенсацию за причиненный по причине небрежности ущерб, системой социального страхования. Да и нежелательно, чтобы суды наделялись подобной компетенцией, так как они не приспособлены давать оценку важным социальным реформам в процессе ежедневной рутины разбирательств споров между тяжущимися сторонами. Суды могли бы, если бы захотели, в значительной степени развивать право в этой сфере дальше. Например, вынося решение о том, что транспортные средства представляют собой источник повышенной опасности, налагающей строгую гражданскую ответственность на их пользователей, независимо от того, имела место небрежность с их стороны или нет, или постановив, что не пострадавший должен доказывать небрежность водителя, а именно на последнего должна возлагаться обязанность доказывать, что он действовал в соответствии с дорожными правилами и предпринял все меры предосторожности. Нуждается ли право в подобных изменениях — вопрос, открытый для обсуждения. Целью же данной книги является стремление указать, что имеется много способов, при помощи которых суды могут делать свободный выбор, имеющий важное значение. Этот выбор во многом определяется взглядом судей на социальные задачи права и на то, как наилучшим образом добиться их осуществления.

В настоящее время в Англии правовое регулирование возмещения ущерба, причиненного по небрежности, находится на перепутье в том, что касается обязанности компенсировать чисто финансовые убытки, с одной стороны, в противоположность физическому вреду — с другой. Предположим, например, что эксперт оценивает некую собственность, зная о том, что это будет использовано каким-то лицом для принятия решения о том, вкладывать в неё деньги или нет. Оценка произведена настолько небрежно, что существенно завышается стоимость этой собственности, и в результате инвестор несет убытки. В ведущем прецеденте по делу Кэндлера (8) суд постановил, что в отсутствие договора между оценщиком и инвестором иск не может

быть предъявлен. Судья Дэннинг выступил против этого решения и в своем особом мнении сурово заклеил нерешительность судей. По его мнению, их нерешительная позиция служит препятствием на пути развития судебного права, что, как он полагает, востребовано обществом. Другим аспектом этого решения был вопрос о том, распространяется ли правовое регулирование возмещения ущерба, причиненного по небрежности, на заявления, устные или письменные, в противоположность действиям, повлекшим за собой физический вред. И здесь перед судьей встает проблема выбора : признавать действие деликтной ответственности в отношении слов, сказанных по небрежности, или нет по сравнению с другим видом противоправного поведения. На какой основе должны приниматься подобные решения? Нет сомнения, что в правовой системе, воспринявшей принцип связанности прецедентом, как будет показано ниже, предыдущее решение суда высшей инстанции может оказаться решающим фактором. Это, однако, равносильно констатации того, что в данном случае у судьи нет никакого выбора. В тех случаях, когда такой прецедент отсутствует или прежние решения вызывают сомнение в отношении сферы их применения и толкования, суд должен принять то или иное решение. (9) Каким образом он походит к его принятию? Этот вопрос возвращает назад, к рассмотренному выше: возможно ли решать дела лишь с помощью логики или логической последовательности, не прибегая ни к каким политическим соображениям вообще? Уже было высказано мнение, что подобная идея основывается на ложной предпосылке. Но чтобы оно не выглядело бездоказательным, необходимо немного подробнее рассмотреть общую природу правовой аргументации.

ПРИРОДА ПРАВОВОЙ АРГУМЕНТАЦИИ

Начнем с рассмотрения случая, когда перед судом стоит уже обсуждавшаяся выше проблема, а именно, что существует норма, предусматривающая компенсацию любому лицу за причиненный ему ущерб вследствие чьего-то халатного поведения, но есть и сомнение относительно

того, распространяется ли её действие на безответственные заявления, будь то в устной или письменной форме, или просто на финансовые убытки без нанесения физических увечий. Как суд подходит к подобным проблемам? Насколько ход его рассуждений и аргументация совпадают с тем, как каждый из нас стремится доказать свою правоту в повседневной жизни?

Во-первых, очевидно, что просто рассуждая логически, нельзя прийти к окончательному решению проблемы. В логике нет ничего такого, что заставило бы нас считать, что поскольку норма предусматривает ответственность за небрежные действия, она должна распространяться и на небрежно брошенные заявления, или что норма, предусматривающая ответственность за халатность, повлекшую за собой причинение физических увечий, обязательно должна действовать и в отношении возмещения убытков, имевших место не по причине нанесения телесных повреждений. Самое большое, что можно в связи с этим сказать, так это то, что правовая аргументация, так же, как и наши повседневные «резоны», в значительной степени полагается на доводы по аналогии. Человек имеет природную склонность одинаково подходить к сходным ситуациям, и эта тенденция, как уже было отмечено, играет важную роль в функционировании правосудия. (10) То, что является общим для схожих дел, которые иногда решить довольно просто, может, однако, в других случаях дать повод для больших сомнений. Что касается ответственности за небрежные или халатные действия, то здесь не существует никаких трудностей в признании применения этой нормы к управлению транспортным средством или любым другим механизмом. Факт, что это и является действием, очевиден и не вызывает сомнения. Но что можно сказать о бездействии, то есть о неисполнении действия? Следует ли и его рассматривать как действие в связи с применением данной нормы? Скажем, кто-то, знающий об опасности крутой горной тропы, видит человека, ступающего на нее, но не предупреждает его о грозящей опасности. Или опытный пловец видит тонущего в водо-

еме ребенка и ничего не делает для его спасения. Подобные проблемы нельзя решить лишь путем логического или семантического анализа слова «действие», как невозможно их решить, даже попытавшись понять, не существует ли решающей аналогии между небрежным вождением автомобиля и небрежным отношением к возможности спасти тонущего ребенка. Ни логика, ни семантика не могут указать, какой следует сделать вывод или как квалифицировать сомнительные ситуации, а простая аналогия вряд ли хоть как-то поможет в тех случаях, когда ситуации в действительности настолько далеки друг от друга, что даже все их кажущееся сходство ни у кого не вызывает совершенно однозначных мнений. (11)

Значит ли это, что во всех этих и других таких же многочисленных примерах сомнений и неопределенности, возникающих при применении правовых норм, у судов есть возможность действительно свободного выбора и они принимают абсолютно произвольные решения? Но любой, кто даст себе труд изучить тщательно аргументированные решения английских судов, будет крайне удивлен, даже шокирован, если услышит, что подобные обстоятельные и взвешенные решения могут быть названы произвольными. Они не более произвольны, чем решения, принимаемые каждым в его повседневной жизни. Если решается вопрос о том, кого назначить на какую-то конкретную должность, или где провести свой отпуск, можно написать несколько имен или названий на отдельных бумажках, положить их в шапку и тянуть жребий, чтобы в результате получить ответ на свой вопрос. Такой процесс принятия решений вполне можно назвать произвольным в полном смысле этого слова, поскольку здесь выбор оставлен на волю случая. На практике же более вероятно рассмотрение нескольких реально возможных вариантов и оценка преимуществ и недостатков каждого по сравнению с остальными в свете прошлого опыта и в соответствии с теми целями, которых желают достигнуть. И хотя в конце концов необходимо сделать определенный выбор, и несмотря на то, что теоретически человек остается свободным после рассмотрения каж-

дого довода в пользу того или иного кандидата или того или иного места на карте, подходящего для отдыха, на практике такой процесс принятия решений является прямо противоположным произвольному, поскольку предполагает рациональный анализ всех возможных альтернатив и часто ведет к совершенно четкому и осознанному выбору в пользу одного единственного решения среди многих остальных. (12)

Говоря в общем, процесс обдумывания и выработки решений юристами можно вполне уподобить аналогичной бытовой процедуре. И это совсем не удивительно, потому что право – наука практическая, имеющая дело с проблемами повседневной жизни и выражающая свои доводы и выводы на обыденном языке. Конечно, юристы, подобно представителям любой другой профессии, имеют тенденцию создавать внутри этого языка свой собственный, понятный только им, профессиональный жаргон. Такой специфический жаргон является необходимым инструментом каждой отрасли науки, которая стремится к большей точности и определенности, чем необходимо в обыденной жизни. Но он может иметь и определенные опасные последствия, особенно в областях, связанных с повседневными проблемами. Эта опасность заключается в возможности принятия совершенно нереальных, чисто терминологических решений в отношении проблем, требующих учета совершенно иных факторов. Некоторые примеры таких ситуаций будут приведены ниже, когда более детально будет рассматриваться вопрос о влиянии понятийного мышления на подход к правовым проблемам. (13)

Юрист привносит в решение своих проблем специальную терминологию, которая часто позволяет ему дать более точный анализ процесса дифференциации и выбора, элементов, присущих любой процедуре принятия решений. Но юрист располагает еще и другими, не менее важными средствами, помогающими ему принимать решения. В его распоряжении тщательно разработанная процедура, подчиняющаяся строгим правилам, с помощью которой можно дать четкое определение всем спорным вопросам рассматриваемого дела и исключить все не относящее-

еся к нему. А аргументы и доводы за и против, относящиеся к делу, включая, если это необходимо или желательно, все имеющиеся противоположные точки зрения, могут затем быть сгруппированы соответствующим образом специалистами, владеющими искусством обобщать аргументацию и представлять ее в наиболее убедительной форме.

Аналогии и решения,

содержащие ценностные ориентиры

Кроме того, в том, что касается решений по конкретным вопросам, в большинстве правовых систем существует обширный материал ранее рассмотренных дел и вынесенных по ним решений, содержащийся в систематизированных судебных отчетах. Эти дела не всегда могут предоставить готовый ответ на вопрос, стоящий в данный момент перед судом, но очень часто дают ключ к его возможному решению или подсказывают, какие именно соображения необходимо принять во внимание и какие решения могут быть приняты.

Анализируя прежние дела, юристы обращают особое внимание на существование возможных аналогий с делом, рассматриваемым судом в данный момент. Призывая суд дать оценку этим аналогиям, юристы, представляющие тяжущиеся стороны, стремятся понять, каковы будут последствия применения принципа решать подобные дела подобным образом, если эти аналогии будут приняты или отвергнуты. Подобная процедура может иметь свой целью показать, например, что если наличие определенной аналогии признается, то это может иметь негативные последствия для других дел, весьма схожих с настоящим или не имеющих с ним существенных различий. Так в деле Кэндлера, уже упоминавшемся выше (14), много споров было вокруг вопроса о том, не станет ли решение в пользу истца прецедентом для признания в дальнейшем любого картографа ответственным за гибель морского судна в случае, если он допустил ошибку в одной из морских карт, а штурман погибшего судна ею воспользовался. Эти доводы были учтены при вынесении решения по данному делу.

Следует, однако, иметь в виду, что независимо от того, считает ли кто желательным или нежелательным признание картографа виновным, окончательная оценка дела всегда зависит от социальных целей и задач, а также морально-этических принципов, существующих в данном обществе. Именно по этой причине никаким разумным доводам в пользу так называемых логических аргументов нельзя отдавать предпочтение перед потребностью делать выбор, который может и часто во многом зависит от подобных оценок, независимо от того, осознан этот выбор или нет.

Суды часто стремятся свести к минимуму или скрыть элемент сознательного выбора, затрагивающий оценку и переоценку ценностей, в процессе принятия им решений. Причиной тому — не желание мистификации и не попытка претендовать на то, что право является абсолютно рациональной и точной наукой, которая в состоянии решить любую проблему простым применением логики. Юристы, воспитанные в духе западного рационализма, особенно остро ощущают, что существуют и всегда должны существовать очень четкие границы, в пределах которых суды и судьи свободны изменять право, прямо или косвенно, под предлогом его развития или реформирования. Наличие в странах Запада регулярно избираемых законодательных органов делает разделение между созданием законов и их судебным толкованием разумным и оправданным (14а), а ограничение правотворческой компетенции судов считается способствующим сохранению их независимости. Поэтому суды острее реагируют открыто признавать подобную деятельность, даже когда они непосредственно участвуют в создании нового права посредством своих решений, дабы избежать обвинений в «узурпации» функций законодательного органа. Отсюда и другая тенденция политики судов: всячески уменьшить фактор сознательного выбора в процессе принятия решений и представить свою аргументацию в форме логических выводов из действующих норм. И все же тот достаточно жестокий способ, посредством которого судебное право развивалось и претерпевало изменения от поколения к поколению, показывает, что это лишь в значительной сте-

пени «фасад» непрерывного процесса. Тем не менее, в нем содержится важная истина, а именно, что в силу самой своей природы судебное право, имея постоянно дело с улаживанием споров по мере их возникновения, представляет собой медленный и постепенный процесс, осуществляемый не посредством всеобъемлющих реформ, а, по выражению Холмса, подобно тому, как «вода камень точит», то есть внося малозаметные, на первый взгляд, изменения в «безбрежную и сложную ткань» правовой системы.

Влияние доктрины «государственной политики»

Нежелание судей признать, что их деятельность окрашена примесью политических соображений, — поскольку их задачей является заявить о том, каков закон, а не каков он должен быть, — настолько сильно, что у непосвященного читателя могут вызвать большое удивление случаи применения судами стран общего права доктрины «государственной политики» или довольно близкой ей по содержанию доктрины «морали и публичного порядка» (15) судами стран гражданского права. Тем не менее, сама осторожность, с которой применяются эти доктрины, особенно в странах общего права, достаточно убедительно свидетельствует о явном нежелании судов выставлять напоказ свою правотворческую деятельность. В Англии, например, доктрина «государственной политики» используется в основном в очень узких пределах, как правило, в качестве инструмента освобождения суда от обязанности обеспечивать исполнение договоров, формально действительных и правомерных с точки зрения закона, но явно противоречащих, по мнению суда, моральным устоям и принципу справедливости. Такой подход применялся к соглашениям, носящим аморальный характер в плане сексуальных отношений, а также и к другим типам договоров, наиболее важными среди которых являются, пожалуй, те, что направлены на необоснованное ограничение деятельности. Например, договор о найме на работу может содержать положение, чрезмерно ограничивающее деятельность наемного сотрудника даже после истечения срока договора.

Один судья в начале прошлого века дал следующую характеристику доктрине «государственной политики»: «очень непослушная лошадка, которая может завезти седока неизвестно куда». (16) И это определение, наряду с более поздним предупреждением о том, что доктрина представляет собой «весьма зыбкую и опасную основу для любых построений до тех пор, пока принятое решение не сделает ее надежной» (17), цитируется в большинстве современных дел, затрагивающих так или иначе данную проблему. Более того, в некоторых делах имеются мнения судей, согласно которым категорий, составляющих содержание доктрины «государственной политики» более не существует, и суды, если бы даже и хотели, не в силах «приделать ей новую голову». В задачу книги не входит рассмотрение этих бесплодных споров, которые явно затрагивают вопрос о том, поддаются ли действующие категории данной доктрины точному определению и в какой мере. Как было показано выше в отношении других форм судебного правотворчества, суть всей совокупности категорий понятия «государственной политики» невозможно выявить с помощью только логических и семантических аргументов. Однако это одновременно с очевидностью свидетельствует об очень настороженном отношении судей к любым предположениям, что эта относительно узкая сфера политики может быть использована для расширения, причем в значительной степени, компетенции судов.

Конечно, можно вполне резонно заметить, что когда суд создает новую норму или по-новому применяет старую, его решение до тех пор, пока оно основывается на оценке существующих в обществе социальных потребностей или требований справедливости, — будет представлять собой выражение им своего мнения о целях и задачах доктрины «государственной политики». Существуют явные свидетельства того, что суды крайне редко обращаются к этой доктрине в подобных случаях, то есть когда речь идет о судебном правотворчестве. И наоборот, они применяют её главным образом при рассмотрении дел, таких, как, например, брачно-семейные, в которых явно преобладают элементы социального плана.

СВЯЗАННОСТЬ ПРЕЦЕДЕНТОМ

Уже говорилось о том, что суды неизбежно ссылаются на прошлые судебные решения и учитывают их. Но это совсем не означает, что они должны во всем следовать этим решениям. Однако именно здесь проявляется специфическая черта общего права, а именно: в определенных случаях прежние судебные решения фактически являются обязательными для всех дальнейших аналогичных дел. Такое положение полностью противоречит системе гражданского права континентальной Европы, которое не рассматривает предыдущий прецедент как обязательный для всех будущих подобных случаев. Поэтому представляется целесообразным остановиться на причинах различия в подходах, а также преимуществах и недостатках каждой из этих двух систем.

Подход с позиции общего права

Различие в подходах объясняется в основном причинами исторического характера. Английская система общего права развивалась в достаточно узких рамках профессиональных традиций (судебных) школ-гильдий по подготовке барристеров (*Inns of Court*), члены которых были посвящены во все виды юридических знаний. С давних времен королевские судьи считались истинными источниками и толкователями правовых принципов, а их отчеты по завершенным делам всегда имели особый авторитет и влияние. Вначале не проводилось четкого различия между решениями, которые становились обязательными, и теми, которые были просто убедительными и обоснованными. Но постепенно, особенно по мере того, как в XVIII — начале XIX в. для всевозможных отчетов стали использоваться более научные методы, получила развитие доктрина, согласно которой в определенных обстоятельствах некоторые решения следовало рассматривать в качестве абсолютно обязательных для всех последующих подобных дел. Более того, давняя традиция считать решение суда авторитетным заключением правового характера повлияла на отношение судов общего права и их судей к развитию юридической на-

уки в целом. Соответственно, в странах общего права толкование и развитие правовых принципов считается, в первую очередь, делом судов высших инстанций. И этому процессу способствует детальный сравнительный анализ судебных решений по вопросам, входящим в компетенцию судов общего права. Так постепенно сложилась следующая практика : в случае возникновения новых моментов суд обязан дать всестороннее толкование права, основанное, кроме прочего, на тщательном анализе соответствующих прежних судебных решений, их объяснении, выявлении различий между ними или применении их в рассматриваемом деле. Даже простое судебное заключение, будь то в форме попутного высказывания судьи (*obiter dicta*) или более серьезного характера, обладают высокой степенью авторитетности в английской системе права. С другой стороны, толкование права учеными-юристами в монографиях или научных журналах пользуется гораздо меньшим влиянием, а фактически до недавнего времени просто игнорировалось судами, за исключением некоторых работ, признанных неоспоримыми в силу их давности и общепризнанного авторитета их авторов. Справедливости ради следует отметить, что в последнее время задули ветры перемен, принесшие с собой свежие веяния, особенно благодаря развитию современных традиций изучения юриспруденции в университетах стран общего права. Это привело к значительному улучшению качества учебников и монографий с научной точки зрения и росту количества публикаций по правовым вопросам в специализированных научных периодических изданиях. Тем самым значительный вклад в развитие права на научной основе был внесен уже не судами, а учеными-юристами, хотя эта тенденция проявилась в Соединенных Штатах с их многочисленными и переживающими бурный расцвет правовыми школами гораздо сильнее, чем в Великобритании или странах Содружества в целом.

Гражданско-правовой подход

В отличие от вышесказанного, в континентальной Европе право развивалось учеными в университетских тради-

циях и на основе Римского права. И хотя можно считать, что некоторые решения авторитетных судов оказали какое-то влияние, как, например, решения старого Парламента Парижа, существовавшего в королевской Франции, в общем и целом толкование и развитие правовых принципов считалось скорее делом ученых-юристов, профессоров и правоведов, чем судов, в чью задачу входило не толкование или развитие права, а его непосредственное применение к конкретным случаям. Только относительно недавно в континентальную систему гражданского права были включены регулярные отчеты о решенных делах. Но даже и по сей день решения европейских судов остаются чрезвычайно сжатыми и почти не дают толкования или анализа предыдущих прецедентов, хотя это относится скорее к странам романской, а не немецкой правовой семьи. Более того, ни в одной стране континентальной Европы судебные решения, за исключением, может быть, решений Верховных судов, не пользуются таким авторитетом, как в странах общего права. Даже в наши дни юристы стран континентальной Европы обращаются к научным комментариям и исследованиям по праву, где дается анализ и толкование правовых принципов. Эти работы пользуются непререкаемым авторитетом по сравнению с конкретными судебными решениями. Однако здесь также наблюдаются признаки перемен. И в большинстве, если не во всех странах гражданского права, наблюдается тенденция все чаще обращаться к судебной практике, значение которой для применения действующего права постоянно растет.

Статус судей

Следует добавить, что прецедент в общем праве значительной долей своего авторитета обязан высокому статусу, независимости и высоким окладам судей в странах этой правовой системы. Это является контрастом по сравнению со значительно более низким статусом судей в странах гражданского права. (17а) Причем даже судьи судов самых высших инстанций получают гораздо меньше своих коллег в странах общего права, что неизбежно

понижает статус их мнения, даже высказываемых по долгу службы (*ex cathedra*). Считается, что исключительно высокий статус судей в Англии легко поддерживать в силу малочисленности судейского корпуса судов более высоких инстанций, в то время как в странах гражданского права количество судей намного больше. Столь необычная ситуация объясняется тем, что значительная часть дел ведется в Англии мировыми судьями или судами специальной юрисдикции. С другой стороны, в США, учитывая большие размеры государства, а также тот факт, что наряду с федеральной юрисдикцией существует самостоятельная юрисдикция каждого штата, количество судей очень велико, причем статус их различен, даже если они занимают одинаковые посты и даже если речь идет о судах высших инстанций. Этим, а также огромным объемом судебных дел, ведущихся в США, объясняется в большой степени незначительное внимание, уделяемое судебным решениям как таковым, а также растущее влияние научных монографий и других исследований и комментариев, посвященных развитию американского права.

Как функционирует система общего права

Следует сказать еще несколько слов о том, как в действительности функционирует система прецедентного права. В XIX в. выкристаллизовалась довольно жесткая иерархичность английских судов. В целом она зиждется на следующих принципах. Решение суда высшей инстанции является обязательным для всех нижестоящих судов. (17Б) В дополнение отдел по гражданским делам (17с) апелляционного суда рассматривает свои собственные решения в качестве обязательных для себя, и это может быть отменено только Палатой лордов. Сама Палата лордов, хотя и является верховным судом в государстве, считала обязательными (до 1966 г., когда она изменила свое мнение) для себя все свои предыдущие решения. Кроме того, любое заключение любого вышестоящего суда (даже если оно сделано единственным судьей Верховного суда, в обязанности которого входит лишь первоначальное рассмот-

рение поступающих дел) считается заслуживающим внимательного анализа, и на него не будут ссылаться, только если в результате тщательной проверки выяснится недостаточность его обоснования, да и то после больших колебаний. Аналогичное отношение к прецеденту и в других странах Содружества, даже таких, как ЮАР, в которой общее право не было рецепировано, как таковое. Впрочем, Верховный суд этой страны всегда наделял себя компетенцией отменять свои прежние решения. В США существует более гибкий подход к прецеденту, хотя решения вышестоящих судов обычно считаются обязательными для судов низшей инстанции. С другой стороны, Верховный суд заявляет о своем праве — которое он часто осуществляет — пересматривать свои прежние решения и отходить от них в случае, если позже выяснится, что они неправильны или не соответствуют новым условиям, в которых должно функционировать право.

«Ratio Decidendi» (основания, мотивы решения)

Тот факт, что суды общего права при определенных обстоятельствах рассматривают свои прежние решения как обязательные, ставит их перед выбором, какое именно положение прежнего решения является обязательным, с тем, чтобы выделить его среди других, которые могут быть просто убедительными. Ту часть решения, которая и является обязательной, иногда называют *ratio decidendi*, т.е. основой решения. Подразумевается, что каждый случай применения права к некоей совокупности фактов определяется правовым принципом, необходимым для принятия соответствующего решения, и именно этот принцип и образует обязательный элемент данного решения по делу. Скажем, суд в первый раз должен решить, следует ли считать отправление письма действительным акцептом оферты, с тем чтобы выяснить, были ли установлены тем самым договорные обязательства между сторонами, несмотря на то, что письмо потерялось на почте и так и не дошло до адресата. Суд подтверждает действительность договора, рассматривая отправку письма, как принятие

предложения. Такое решение подразумевает существование правовой нормы, допускающей возможность юридически обоснованного принятия предложения посредством отправления извещения о принятии оферты, и эта норма необходима для принятия решения, поскольку без нее суд не смог бы признать договор действительным. Поэтому ее следует считать *ratio decidendi* данного дела.

Это совсем не означает, что *ratio* следует искать всегда в установлении нормы соответствующего судебного решения с целью применения её в данном конкретном деле. Существует еще один принцип, согласно которому прецеденты носят связывающий характер только в отношении судебных решений по другим абсолютно однородным делам. Если дела не являются абсолютно однородными, у суда будет выбор, распространять аналогию или нет на дело, обстоятельства которого не полностью соответствуют тем, по которым судом ранее было принято соответствующее решение. О процедуре выбора уже говорилось выше в начале этой главы. (18) Соответственно, в дальнейшем суд может прийти к мнению, на основе анализа предыдущего решения, что основной принцип был изложен неверно: или слишком широко, или слишком узко — и будет вынужден разъяснить, какой именно *ratio* в действительности имел место в отношении предыдущего дела. Этот процесс может быть особо сложным и трудным в том случае, если в предыдущем решении речь шла об апелляции, когда имеется три, а иногда и больше, отдельных мнения, каждое из которых оперирует разными терминами для определения правовой основы решения.

Более того, очень многое зависит и от отношения судьи, рассматривающего более позднее дело, к предыдущему решению. В дальнейшем суд может весьма благосклонно отнестись к принципу, положенному в основу прежнего решения, и будет склонен применять его очень широко к любой аналогичной ситуации. Именно такая ситуация имела место в 1932 г., когда Палата лордов большинством постановила, что производитель товара обязан предпринять разумные меры предосторожности с целью исключить возможность

... взгляд, последствий ранее принятых решений. И хотя этот процесс можно чаще наблюдать в Америке, чем в Англии, как это следует из соответствующих публикаций, тем не менее, и в Англии можно без особого труда отыскать подобные примеры. Кроме того, строгий принцип связанности прецедентом в английском праве не исключает этого процесса, поскольку суды всегда сохраняют компетенцию устанавливать различия между прецедентами, а судебные дела, подобно самой природе, почти никогда не повторяются с абсолютной точностью. И еще. Даже в случае связанности прецедентом суды признают «резервную» доктрину, согласно которой в прежнем решении могли быть не учтены некоторые положения действующего закона или другой прецедент, имеющий обязательную силу, так что решение, о котором идет речь, было ошибочным и принято по невнимательности, неосторожности (*per incuriam*) и поэтому вполне может быть изменено. (21) На основе этой доктрины был разработан целый свод правил и тонких отличительных критериев, позволяющих отходить от установленных принципов с одной единственной целью — обеспечить судам «запасные» пути отступления в тех случаях, когда основной путь надежно перекрыт.

НЕГ'

Как функционирует система гражданского права?

Обращаясь теперь к анализу роли принципа связанности прецедентом в странах гражданского права (22), следует отметить, что там и поныне продолжает в целом сохранять свое значение теоретическое положение, согласно которому этот принцип не действует в отношении отдельно взятых судебных решений самих по себе. Лишь рочно устоявшуюся судебную практику по какому-либо вопросу можно рассматривать как его аналог. Более того, многие суды и судьи в странах континентальной Европы в том случае не приемлют строго иерархический подход к этому праву. И их позиция, как ни странно, повлияла на изменение отношения к прецеденту в США, несмотря на то, что и там его происхождение уходит корнями в общее право. Но не следует и преувеличивать этих теоретичес-

II

СУДЕБНАЯ ПРОЦЕДУРА

ких различий, поскольку и в странах гражданского права наблюдаются сильные тенденции к тому, чтобы считать судебный прецедент, если не абсолютно обязательным, то, по крайней мере, содержащим авторитетное мнение, которое другие суды, особенно нижестоящие, должны принимать во внимание. К этому следует добавить и явное стремление рассматривать решения высших судебных инстанций, например, Кассационного суда Франции, в качестве абсолютно обязательных для всех других судов. Что, однако, системы гражданского права не готовы принять, — так это невозможность для апелляционных судов пересматривать свои прежние решения.

Критика доктрины общего права

И наконец, необходимо дать оценку принципу строгого следования прецеденту, разработанному в общем праве. Первым доводом в его пользу является то, что он придает определенность праву. Но даже и без критических нападок реалистов можно согласиться с тем, что эта определенность несколько иллюзорна в свете имеющейся у судов возможности «не признавать в качестве прецедента» («distinguish») решения своих предшественников. Доводы против строгого следования прецеденту основываются главным образом на нежелании судов высшей инстанции, и в первую очередь верховных, например Палаты лордов, быть жестко связанными своими собственными прежними решениями, особенно если в новых условиях они вдруг окажутся ошибочными или нецелесообразными. Действительно, вряд ли, незначительная дополнительная определенность, достигаемая соблюдением скомпрометированного прецедента, — незначительная, потому что даже решения Палаты лордов могут быть преданы забвению (23), — была в состоянии компенсировать вред, причиненный сомнительным, но устоявшимся прецедентом. И история правовой реформы в этой стране не дает оснований предполагать, что возможность вносить должные изменения в право посредством актов Парламента всегда является эффективным инструментом требуемых улучшений. Парламенту потребовалось практи-

чески сто лет для закрепления в законодательном порядке простейших изменений в интересах отмены двух самых одиозных доктрин, (о которых шла речь выше) – о встречной небрежности (*contributory negligence*) и о «совместной службе» (*common employment*). (Согласно этой доктрине служащий лишен права деликтного иска к работодателю за вред, причиненный ему небрежными действиями другого служащего во время исполнения ими своих производственных заданий. Эта доктрина была отменена Парламентом в 1948 г. – прим. пер.)

ТОЛКОВАНИЕ КОДЕКСОВ И ЗАКОНОВ

Одним из разительных отличий между системами общего и гражданского права является то, что последняя, в современных условиях, в значительной степени полагается на рациональную кодификацию, тогда как общее право до сих пор рассматривает кодификацию как чуждую своим традициям постепенного и эмпирического развития. Источником гражданского права был кодекс римского права Юстиниана, а университетские традиции его развития всегда поощряли рациональную систематизацию. В наше время основной импульс исходит из стремления к правовой унификации и устранению местных различий в правовых институтах и нормах на национальном уровне в рамках одной страны. Образцом здесь служит знаменитый кодекс Наполеона 1804 г. С тех пор большинство стран гражданского права либо брали его за основу для своих собственных кодификаций, либо придерживались более тщательно проработанного (детализированного) германского образца, окончательно принятого к концу XIX века.

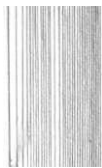
Некоторые спорадические усилия по кодификации специфических разделов права были предприняты и в Англии, но они в основном касались сферы торгового права и прекратились еще в начале XX столетия. Юристы общего права традиционно встречают в штыки любую попытку кодификации, утверждая, что для этого еще не созрели условия или что такой процесс бывает необоснованно жестким и мешает эмпирическому развитию, считающемуся наибо-

лее характерной чертой самого духа общего права. Первый аргумент трудно вообще рассматривать всерьез. Если за шесть веков развития общего права условия все еще не созрели, то вообще вряд ли когда-нибудь общее право вообще созреет для кодификации. Опыт европейской кодификации также развеивает сомнения в том, что суды будут связаны положениями кодексов и это будет препятствовать дальнейшему развитию ими права и его адаптации к новым социальным условиям. Примечательно, например, что французские суды разработали доктрину злоупотребления правом в отсутствие какой-либо прямо выраженной и закрепленной в кодексе законодательной нормы на этот счет. И наоборот, английским судам сделать это помешало решение Палаты лордов, принятое еще в 1892 г. (24) Конечно, многое зависит здесь от формы кодификации гражданского права, которая, согласно европейской практике, выражена в очень общих принципах без какой бы то ни было попытки заранее предусмотреть каждую деталь. Это оставляет большой простор для деятельности судов по разработке критериев соответствующего применения этих принципов в каждом конкретном случае. С другой стороны, британская традиция тщательной детальной проработки каждого закона может создавать более серьезные препятствия на пути любой кодификации. Тем не менее, всегда остается возможность изменения кодекса законодательным актом, как и любого другого правового документа.

Будучи одной из форм законодательства, кодекс во многом зависит от подхода судов к проблеме толкования. Большая часть судебной деятельности посвящена в настоящее время толкованию неиссякаемого потока парламентского законотворчества или подзаконных нормативных актов. Английские суды пытаются осуществить на практике намерение законодателя, но зачастую это является фикцией, поскольку он вообще может игнорировать новые обстоятельства во время принятия статута. Более того, любая попытка понять намерение законодателя посредством внимательного изучения парламентских дебатов или предварительных слушаний или специальных докладов на эту

тему является строжайшим табу в английской практике, но не американской. Английские суды сосредотачиваются в основном на анализе слов, составляющих содержание законодательного акта, изучают их в его контексте и пытаются понять их буквальный смысл. Этот смысл затем принимается как тот, который и должен был бы быть этими словами выражен, за исключением случаев, когда это ведет к полной бессмыслице. И здесь снова английские суды, вопреки их заявлениям об обратном, никак не ограничены в своем усмотрении, поскольку достаточно часто жертвуют совершенно очевидным буквальным значением акта в пользу более справедливого с социальной точки зрения или более разумного его толкования в свете того, что на их взгляд является конечной целью данного статута. Такому более социологическому подходу к толкованию статутов всё чаще начинают отдавать предпочтение, равно как и при применении современного английского (общего) права, хотя иногда его и критикуют за чересчур явную «узурпацию» законодательной функции. (25)

В континентальной Европе и в США влияние социологической школы (права) ощущается более сильно. И не случайно зачастую для обоснования цели современных законодательных актов используют по мере возможности имеющиеся в наличии подготовительные материалы и документы (*gal;allx preparatoires*) (26), такие как доклады министров или комитетов или протоколы парламентских слушаний. Теперь, когда Соединенное Королевство стало членом ЕС, нельзя сбрасывать со счетов вероятность некоторого отступления от традиционного подхода к подобным проблемам, хотя такое развитие событий продолжает оставаться в сфере теоретических предположений. Это также может дать новый импульс находящемуся в состоянии летаргического сна процессу кодификации некоторых разделов английского права. (27) Однако усилия в этом направлении окажутся успешными лишь в том случае, если будут сопровождаться коренным пересмотром традиционного подхода к доктрине связанности прецедентом и к толкованию законов в целом.



12. ПОНЯТИЙНОЕ МЫШЛЕНИЕ В ПРАВЕ

Словарный запас человеческого языка, независимо от того, какова была ситуация в доисторический период, не состоит исключительно из конкретных названий конкретных предметов материального мира. Его наибольшим достижением является создание большого числа общих понятий, которые служат важным инструментом мышления, общения и принятия решений. (1) Достаточно лишь представить себе сложность и неэффективность языка, которому требуется отдельное «название» для каждого специфического «предмета» (конкретного или абстрактного), на который хотят сослаться, чтобы понять огромные преимущества слов, означающих не только индивидуальные предметы, но и целые их классы, такие как человек, кошка, собака, богатство, погода. Такие обобщающие термины, или родовые понятия, абстрактны в том смысле, что они не относятся к какому-то познаваемому предмету, определяемому индивидуальными признаками, по крайней мере, если только не разделять точку зрения Платона о существовании лишь умопостижимых «бестелесных», «вечных» и «занебесных» идей отдельных «телесных», постигаемых чувствами предметов соответствующего вида. Все же, в отличие от идеализма Платона, который не слишком моден сегодня, обобщающие термины, различаются в том плане, что отдельные понятия, охватываемые ими, могут представлять собой как предметы или явления материального мира, с одной стороны, так и просто абстракции, такие как желание, вера, или группа, с другой. (Можно указать на человека, который в своей речи или поведением выражает желание или веру, но мы не можем указать на само желание или веру.)



Понятия родовые и индивидуальные воспринимаются человеческим разумом скорее как идеи, чем как некие конкретные предметы. Но эта точка зрения со времен древнегреческих философов вызывала определенные возражения и даже враждебность со стороны некоторых мыслителей. С одной стороны, существует явная тенденция подвергнуть эмпирическому анализу и «воплотить» все, что способно стать предметом человеческого мышления и языка. Такой подход может привести к «материализации» всех абстрактных понятий либо по образцу «идей» Платона, либо путем априорного признания возможности выразить словами суть того, что должно иметь прототип в реальной действительности, хотя какой именно, может служить предметом острых разногласий. Слова, таким образом, воспринимаются как средство обозначения или как «ярлыки» предметов, большинство из которых, правда – особого рода, будь то единорог, или французский король, или Мистер Пиквик. Склонны рассматривать абстракцию, как реальную вещь всегда был и остается особенно сильным в области политики и права, где подобные понятия в значительной степени окрашены различными эмоциями, например, в отношении закона, государства, справедливости и т.д. Конечно, можно говорить о «законе на страже», «всеведущем государстве», «слепом правосудии» («с повязкой на глазах»), как просто об образных метафорах, отдавая себе полный отчет в том, что это всего лишь риторические фигуры, совсем не означающие, что сказанное существует на самом деле. Однако другим такой язык может казаться не просто формой речи, но выражением «живой» действительности. И подобный образ мышления способен завести столь далеко, что абстрактное понятие будет восприниматься не только как нечто реальное, но и как «надличностное», более реальное и субъективированное, чем любой другой предмет материального мира или человек. Он прослеживается в некоторых религиях, которые обожествляют абстрактные понятия, например, справедливость, город, страна. А среди ярых роялистов и по сей день принято считать саму «идею» монархии во многих отношениях более реальной, чем ее любого конкретного

представителя на троне. Этот подход достиг своей кульминации (некоторые скажут: и был доведен до полной бессмыслицы (*reductio ad absurdum*)) в теории Гегеля о государстве как высшей реальности на земле, некоем обожествленном сверхсуществе — более реальном, чем составляющие его граждане, и воплощающем высшие нравственные и религиозные ценности человечества.

НЕ ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ ПРАВО СВОЕГО РОДА ИГРОЙ?

Тенденция персонифицировать или материализовать абстрактные понятия, с одной стороны, и опасность и абсурдность, создаваемые этим процессом, особенно в области теории права и политики, с другой, привели к попыткам отвергать любое такое понятие, — или по крайней мере те его элементы, которые не соответствуют реалиям материального мира, — как простые метафизические фикции, имеющие не большее отношение к действительности, чем единорог или мистер Пиквик. Кажется, что это слишком сильно сказано, когда речь заходит о такой области человеческой деятельности, как правовая наука, поскольку представляется, что ее предметом является всего лишь большая игра, в которой играют не на реальный деньги, а на фишки, и правила основаны не на конкретной договоренности, а являются плодом воображения. С другой стороны, известно также, что право не просто игра, а часть повседневной действительности и самым тесным образом связано с повседневным социальным бытием человека. Для всех оно существует как подлинная, а не виртуальная реальность. Как же разрешить этот парадокс?

Конечно, прежде всего, не следует впадать в противоположную крайность и рассматривать понятия, или «символы» («counters»), которыми оперирует право, такие как государство, права и обязанности, договоры, деликты, ответственность, небрежность, лица и корпорации, в качестве реальных «сущностей» в смысле их соответствия вполне идентифицируемым, но неуловимым предметам. Не помогут здесь и разговоры о том, что эти предметы существуют только «в уме», поскольку тогда то же самое

может быть сказано и о мистере Пиквике, и о единороге. Здесь лишь необходимо понять, что в определенном отношении правовая система действительно очень напоминает некую игру, но это ни коим образом не преуменьшает роли права и не дискредитирует его сущности. В то же самое время надо ясно видеть те особенности, которые отличают правовую систему от игры. Это позволит получить более полное представление о роли понятийного мышления в абстракции эталонного типа, каковой по сути является правовая система, на которую все время ссылаются, но которая тем не менее соответствует действительным условиям реального мира человека и взаимоотношениям в его социальной жизни.

Право, несомненно, схоже с игрой, и в этом нет ничего достойного осмеяния. Характерной чертой игры является наличие в ней самодостаточной системы правил, которые определяют содержание тех или иных состязаний и устанавливают механизм, регулирующий их проведение. Так что победа в этих состязаниях возможна только в рамках данного механизма регулирования. Любая такая игра оперирует набором концепций, или понятий, которые являются условными в том смысле, что их значение и функции подчиняются произвольно установленным правилам. Но в то же время эти понятия могут эффективно применяться в соответствии с предписанным им специальным значением на языке данной игры. Пешка или конь представляют собой не просто особо вырезанные фигурки, стоящие на доске в клеточку, но и общую концепцию, смысл которой становится ясен при изучении шахматных правил. «Существует» ли пешка в ином смысле, чем просто деревянная фигурка определенной формы? Или это только фикция в сознании шахматиста? Можно утверждать, что здесь путаница происходит из-за применения «экзистенциалистского» языка к тому, к чему он совсем не должен применяться. Пешка не существует в смысле осязаемого предмета, но является понятием, имеющим функциональное значение в контексте шахматной игры. Не является она «фикцией» и в обычном смысле этого слова. Мистер

Пиквик — фикция, потому что он — не реальное лицо. Но при чтении романа, в котором он действует в качестве главного героя, мы готовы относиться к нему, как если бы он был реальным человеком. Поэтому мы называем его «вымышленным», хотя он может казаться более реальным, чем любой из наших соседей. В отношении пешки в шахматах речь не идет о существе из плоти и крови, которое можно встретить в реальной жизни. Поскольку в этом случае нет противоречия между реальной жизнью и выдумкой, язык фикции абсолютно неуместен. Мы знаем, что шахматы — это игра, и фигурки действуют только в этой игре. Сказанное, однако, не означает, что шахматные понятия — лишённые всякого смысла излишества, и что по этой причине шахматы могут быть сведены всего лишь к простому сидению за столом двух человек, передвигающих особым образом шахматные фигурки. Это не так, поскольку смысл и цель их действий заключается в системе шахматных правил. Шахматы не в большей степени могут быть сведены к поведению и психологическим реакциям человека, чем любая правовая система. И та и другая представляют собой нормативные системы, в рамках которых, пусть даже лингвистических, человеческое поведение может быть понятно объяснено. (2)

Право и реальность

Все же, несмотря на то, что право, как и сам язык, имеет много общего с игрой, нельзя сказать, что оно совсем не отличается от нее, даже если «азарт», в том смысле, который в это слово вкладывал Стефен Поттер, также присущ праву, как и любому другому виду спорта. Не пытаюсь перечислить здесь все различия между ними, остановимся на самых значительных. Право представляет собой гораздо более широкую и сложную систему, чем любая игра, учитывая последствия, которые имеет его деятельность для всех аспектов социальной жизни общества. Кроме того, право склонно к постоянному процессу творческого развития и перемен либо путем принятия новых законодательных актов, либо приспособлявая шаг за шагом судебные

решения и старые административные нормы к новым условиям. Справедливо, что и многие давно существующие виды спорта, такие как крикет, футбол, теннис, гольф или шахматы также обладают международно признанными, как собственными законами или правилами, так и во многих случаях «законодательными» органами, которые могут отменять или изменять старые правила и устанавливать новые. Это, однако, имеет мало отношения и совсем не похоже на повседневную крупномасштабную правотворческую деятельность в рамках развитой правовой системы. Кроме того, не следует забывать и об элементе принуждения, которое всегда находится «на вооружении у права». В игре, правда, также существуют санкции в форме дисквалификации, отстранения от игры и даже наложения штрафов. Подобные санкции могут быть достаточно действенным средством и обычно применяются в хорошо регламентированных видах спорта с той же точностью и эффективностью, что и правовые санкции. Но их реализация возможна только в крайних случаях и только с привлечением полиции или других методов воздействия, допустимых лишь через механизм правовой системы. (2а)

До сих пор еще не упоминалось о главном различии между игрой и правовой системой, если судить об этом с точки зрения данного анализа. Оно заключается в том, что правила игры, такой как, скажем, шахматы, и ходы, которые делают соперники согласно этим правилам, совершенно не соответствуют реальной жизни, но осуществляются исключительно внутри собственного замкнутого пространства. Право же, с другой стороны, если оно и является некоей игрой, то такой, которая оперирует не придуманными фишками или фигурами, а нормами и понятиями, прямо или символически связанными с конкретными делами и сделками, которые имели, имеют или вероятно будут иметь место в реальной жизни. Например, если взять нормы уголовного права, относящиеся к таким преступлениям, как убийство или кража, то они сами по себе представляют определенные понятия, которые имеют значение лишь в контексте правовых норм, образу-

щих правовую систему. Понять, что означает убийство, можно лишь ознакомившись со всеми составляющими этого преступления и с тем, как они действуют в правовой системе, точно так же как «запрещенный удар» в футболе, наряду с соответствующим пенальти, имеет значение лишь в совокупности правил этой игры. Здесь, однако, ясно видно значительное различие, поскольку, в то время как в футболе «нарушение правил» относится лишь к поведению во время игры, нормы, регулирующие убийство, относятся к поведению в реальной жизни и имеют дело с различными формами лишения человека жизни и сознательными намерениями индивида в реальной действительности. Именно удержать человека от такого поведения и наказать его за совершенное преступление является целью правовых норм. Так что их значение и смысл проявляются не в силу их внутренней структуры, а в результате их отношения к конкретной ситуации. Можно при желании следовать высказыванию У. Шекспира о том, что «мир — театр, а люди в нем — актер» и относиться к жизни как к игре, но и здесь аналогия будет неполной, поскольку «игра жизни» ни в коем случае не регулируется лишь правовыми нормами. Она столь многообразна, что к некоторым ее сторонам правовые нормы не имеют вообще никакого отношения, а в отношении других действуют совершенно иные нормативные системы — мораль, ответственность, религия или социальные условности и традиции, или вообще «ненормативные» — эмоции, чувства и просто различные импульсы и инстинкты.

Право, таким образом, призвано классифицировать и регулировать типы следок, имеющих место в реальной жизни. Характерным признаком социальной жизни общества является то, что одни люди дают обещания другим с намерением исполнить их. Здесь-то и проявляется роль права, которое, дав более точные формулировки этим обещаниям, рассматривает их в качестве действующих и наделяет их тем самым юридической силой со всеми вытекающими отсюда последствиями в рамках данной правовой системы. И еще. В повседневной жизни случается, что

одни люди совершают действия, причиняющие телесные повреждения или материальный ущерб другим. Такие действия могут варьироваться в широком диапазоне : от достаточно грубых и явных, - например, физическое насилие —, до чрезвычайно изощренных и скрытых актов причинения ущерба, таких как несоблюдение условий по поддержанию собственности в надлежащем порядке, лишение кого-то собственности мошенническим путем или в результате неправильного распоряжения ею. И вновь в таких случаях в дело вступает право. Оно, определяя и устанавливая принципы гражданской ответственности, создает комплекс норм, под действие и под контроль которых могут подпадать эти виды деятельности.

Не следует, однако, полагать, что право занято исключительно «переводом» событий обыденной жизни на юридический язык. Взаимоотношения права и факта в действительности гораздо сложнее. Во-первых, объем, значение и квалификация повседневных сделок, как правило, если не всегда, столь расплывчаты, что право не в состоянии систематически и регулярно их опосредствовать. Так, скажем, необходимо не просто знать, что некто дал обещание и намеревается выполнить его, но и установить как можно более точно, что именно может считаться обещанием, какие обещания признаются таковыми с точки зрения права, а какие — нет, какие обстоятельства делают обещания недействительными, например, ошибки, искажения и т.п. Затем право должно создать понятийный аппарат для выражения юридической сути и выполнения соглашений и обещаний. Именно этот комплекс понятий и норм служит содержанием договорного права. То же самое касается и убийств. Люди в общем представляют себе, что значит лишить человека жизни, и могут достаточно легко отличить непреднамеренное убийство от преднамеренного. Поэтому юристы со своей стороны, должны разработать самым детальным образом эти и другие понятия, относящиеся к уголовным преступлениям, прежде чем они смогут рационально и последовательно применять систему уголовного права. Для этого им не-

обходимо очень точно определить именно те виды действий, которые являются противоправными; именно то состояние рассудка, которое позволяет квалифицировать эти уголовно наказуемые деяния, как убийство; именно те средства судебной защиты, которые могут быть разрешены обвиняемому, включая невменяемость и другие умственные расстройства; и именно те возможные последствия такой защиты, которые приведут к полному оправданию обвиняемого или по крайней мере уменьшат тяжесть совершенного им преступления и т.д.

ТВОРЧЕСКИЙ АСПЕКТ ЮРИДИЧЕСКИХ ПОНЯТИЙ

Кроме того, есть еще один элемент правового понятийного мышления, который имеет очень важное значение, особенно для современного права. Многие основные юридические понятия в значительной степени представляют собой результат правотворчества как такового и обладают собственной энергетикой, которая может вызвать цепную реакцию далеко идущих социально-экономических последствий, значительно превосходящих по своим результатам те первоначальные импульсы общественного характера, которые послужили толчком к созданию самих этих понятий. Наиболее фундаментальные из них, такие как права и обязанности, собственность и право собственности заслуживают несколько более детального рассмотрения, особенно в том, что касается их происхождения. Подобные понятия вероятнее всего первоначально возникли из развития принципов, определявших, например, при каких обстоятельствах на ранней стадии развития общества индивид мог потребовать, с одной стороны, чтобы остальные не использовали землю, вещи (или даже людей), а с другой, чтобы ему было дозволено единолично пользоваться этими вещами (или людьми) исключительно для себя и своей семьи и предоставлено право защищать их от посягательств третьих лиц в случае необходимости посредством физической силы, так как отсутствие такого права было чревато кровной мезью. Не углубляясь в сложные и спорные проблемы истории права и антропологии, следует

сосредоточить внимание на других, сравнительно недавно появившихся правовых понятиях. В качестве примера можно рассмотреть английский институт доверительной собственности (*trust*). Этот институт возник, без всякого сомнения, в Средневековье благодаря желанию английских канцлеров предоставить правовую защиту в тех случаях, когда одни лица передавали свою собственность другим при условии, что последние будут использовать ее определенным образом (например, в благотворительных целях) или сохранять ее для третьих лиц, а не для себя. В какой-то степени это можно рассматривать, как стремление удовлетворить определенные социальные потребности. Но в то же время право доверительной собственности наших дней существенно превосходит своего средневекового «предка» по сфере применения и значению и оказывает большое влияние на социальные и экономические условия, как в Англии, так и в других странах общего права. В этой связи уместно подчеркнуть ту огромную роль, которую играет инструмент доверительной собственности в урегулировании имущественных споров семейных пар, обладающих большим состоянием; в формировании современного налогового права, а также в процветании не обладающих правосубъектностью клубов и ассоциаций. Благодаря использованию института доверительной собственности эти неинкорпорированные организации получили возможность свободно развиваться без всякого государственного контроля и вмешательства. (3)

Множество других примеров легко приходит на ум. Самым показательным среди них является коммерческая компания с ограниченной ответственностью. Она также возникла, как правовой инструмент удовлетворения насущных экономических потребностей торгово-промышленного оборота Англии первой половины XIX века. Ответ юристов на экономический вызов своего времени, выразившийся в создании этой новой и уникальной концепции компании с ограниченной ответственностью, породил новый, необъятный мир торговых товариществ, отличных от их акционеров. Эта правовая конструкция без всякого преуве-

личения в основном и создала, или по крайней мере сделала возможным создание системы торговли и промышленности в её нынешнем виде — этого чрезвычайно сложного комплекса взаимозависимых и взаимосвязанных компаний, без которого было бы неммыслимо развитие современного капитализма, независимо от того, хорош он или плох.

Примеры подобного рода можно найти в области авторских и патентных прав, а также права на торговый знак. Несомненно, что и они возникли в ответ на возникшие экономические потребности. Изобретатель, автор и производитель совершенно справедливо требовали защиты своей продукции. И в данном случае усилия юристов по удовлетворению этих требований, выразившиеся в создании новых форм собственности, таких как патенты и авторское право, вновь породили совершенно неизвестные доселе области человеческой деятельности, оказавшей огромное влияние на социальную и экономическую жизнь современного общества. Более того, эти юридические понятия, развившись, превратились в обширные и разветвленные правовые сферы, содержащие массу тонко нюансированных норм, число которых с момента появления плодотворной правовой концепции непрерывно растет, «как пышные кроны деревьев в Валломброзе» (курортное место и известный монастырь под Флоренцией в Италии — пер.). В этой связи достаточно лишь указать на сложность понятия «новизны», разработанного в бесчисленных случаях применения патентного права, и многообразие способов, посредством которых право позволяет развязать запутанный клубок авторских прав на одно произведение, разделить и распределить их между несколькими собственниками. Так, издательские права на роман в виде отдельной книги могут принадлежать одному человеку, права на его публикацию в периодических изданиях — другому, на его экранизацию — третьему, на телеверсию — четвертому и т. д. И все эти права могут быть предоставлены какому-то третьему лицу на строго определенный период. Кроме того, существует еще и почти неограниченная возможность предоставления любым

из вышеперечисленных частичных обладателей авторских прав лицензий на осуществление определенных видов деятельности в отношении данного произведения (то есть его публичных представлений). Лицензиаты же имеют право, в свою очередь, выдавать суб-лицензии и т.д. и т.п. Действительно, можно с полной уверенностью сказать, что из одной идеи право способно создать целый мир.

ОПАСНОСТИ ЧИСТО ПОНЯТИЙНОГО МЫШЛЕНИЯ

В самом этом «плодородии» таятся определенные опасности, о которых, пожалуй, не всегда подозревает и юрист-профессионал. Говорят, что автор литературного произведения «вдыхает» жизнь в его персонажи, и те начинают жить своей собственной жизнью, увлекая за собой своего создателя. Нечто подобное имеет место и в правотворчестве. Когда юристы вложили смысл и значение в свои правовые концепции и понятия и убедились в их правильности, эти последние начинают вести свою собственную жизнь, которая может идти совершенно непредсказуемыми путями и по законам присущей ей внутренней логики. Об этом уже упоминалось в разделе о так называемом аналитическом подходе к праву. (4) Нет необходимости снова повторять уже ранее сказанное. Достаточно остановиться лишь на двух главных моментах.

Во-первых, попытка отвергать с порога в целом идею о возможности развития правовых принципов посредством систематизации и рационального анализа, — равносильна выплёскиванию с водой и ребенка. Конечно, с помощью одной лишь логики всех юридических проблем не решить. (5) Но это совсем не означает, что правовые нормы и принципы не поддаются систематизации и анализу, что их невозможно развивать рациональными методами, присущими логическому мышлению, в сочетании с правовой аргументацией (имея в виду, что последняя представляет собой всего лишь более интенсивную и систематизированную форму аргументации обычного человека). Отвергать подобный подход — значит считать невозможной рациональную систематизацию деятельности человека и от-

вергать ее *ab initio* (с порога), поскольку если право не может создать такую систему, то какому другому институту это под силу? Разумеется, суждение о достоинствах или недостатках такого подхода не равнозначно его практическому применению. Польза рациональной систематизации не подлежит сомнению в том, что касается права, поскольку одной из ее основных целей является обеспечение допустимой меры безопасности и предсказуемости в социальной и экономической жизни индивида. Следует вспомнить, что социолог права Макс Вебер ставил на первый план юридической науки последние достижения правового рационализма, как неотъемлемой части развития западной социальной и правовой мысли. (6) А что касается практической реализации этой цели, то само существование и функционирование современных правовых систем, несмотря на все их несовершенства, является достаточным доказательством её достижения, если и не окончательного в идеальном смысле, то уж далеко и не иллюзорного. Системный анализ в соответствии с общепринятыми методами мотивировки тех или иных деяний и процедурами может и не дать полной определенности или точности, но в абсолютном большинстве случаев несомненно обеспечит высокую степень рациональной систематизации и предсказуемости, без чего правовая система вряд ли заслуживает называться таковой.

Это подводит нас ко второму важному моменту, отражающему другую, так сказать, «более темную» сторону проблемы. Уже отмечалось, что правовые концепции, подобно всем другим проявлениям творческого гения человека, обладают собственной энергетикой, которая имеет тенденцию вести за собой автора, вместо того, чтобы самой быть ведомой им. Другими словами, концепции и понятия — это превосходные, «вышколенные» слуги, но не всегда хорошие хозяева. Как только выкристаллизовывается смысл и сфера действия важных понятий в рамках правовой системы, особенно такой, как система общего права с ее жестким следованием прецеденту, это может сказаться на судебных решениях по новым делам, по-

;кольку судьи будут руководствоваться соображениями, вытекающими из их представлений о логической природе соответствующих конкретных правовых понятий и о требованиях, которые необходимо выполнять при применении этих понятий. В результате сказанное может привести, образно говоря, к своего рода «закупорке вен» в «теле» права, потере эластичности и неспособности адаптироваться к новым социальным условиям и к появлению тенденции считать, что у судов нет иного выбора, кроме как разрабатывать строго логические методы применения норм, а в случае возникновения трудностей или нежелательных последствий социального характера оставлять это на усмотрение законодателей. Выше уже говорилось о том, что такая точка зрения ошибочна и влечет за собой неоправданное ограничение судебного процесса. Здесь же лишь следует привести один-два примера того, как подобный подход может помешать развитию права судами.

Несколько примеров «юридической логики»

В английском договорном праве на протяжении долгого времени господствовала точка зрения, согласно которой сама природа договора, как соглашения между сторонами, создающего новые права и обязанности *inter se*, исключает возможность наделения преимуществами, обеспеченными судебной защитой, третьих лиц, которые не являются участниками данного договора. Это накладывало жесткие и социально неприемлемые ограничения на современное договорное право, причем подобные ограничения совершенно отсутствуют в системах гражданского права. (7) Кроме того, английское право было слишком привязано к доктрине встречного удовлетворения (8), в отсутствие которого любое обещание должно рассматриваться как недействительное и не имеющее никаких юридических последствий. С точки зрения упражнения в юридической логике любопытно отметить, что при существовании до сих пор подобного подхода в последнее время предпринимаются попытки его пересмотра, в основном усилиями и энергией одного человека – судьи (в на-

стоящее время — лорда Дэннинта). Эти попытки направлены на то, чтобы обещание, сделанное без встречного удовлетворения, но исполненное другой стороной, могло считаться действительным в юридическом смысле и рассчитывать на судебную защиту в случае иска, который в противном случае мог бы быть предъявлен в отсутствие обещания. (9) В то же время «честь мундира» юридической логики поддерживается отказом в подаче иска в отношении неподтвержденного обещания, чтобы его нельзя было использовать в качестве средства судебной защиты. (10) Неюристу результат может показаться и не эстетичным, и не логичным, а особенно неоправданным в социальном плане. Но этот пример удивительно показателен как в отношении жесткости и негибкости концептуализма, так и в отношении тех методов, с помощью которых суд может проявить достаточное умение, чтобы, если на то есть желание и воля, преодолеть эти искусственные препятствия.

Сфера действия права собственности дает много примеров понятий, которые по своей сути могут быть условно названы скорее «хозяевами», чем «слугами». Разница между просто личными правами и правом собственности, которое относится к категории абсолютных прав и носителю которого противостоит неопределенное количество обязанных лиц («один против всего мира» — «erga omnes»), лежит в основе любого правового анализа, такого, например, как различие между сервитутом, вещным правом, позволяющим проходить через чужой земельный участок, и простой персональной лицензией. Из этого, если следовать юридической логике, можно сделать вывод, что простая лицензия, не являясь вещно-правовой по своей природе, может быть всегда отозвана, хотя, возможно, ценой возбуждения иска о компенсации ущерба, если лицензия носила договорной характер. Однако, правовой мысли нужно снова потрудиться над этой дихотомией, поскольку положение ныне существенно изменилось из-за признания того факта, что при определенных обстоятельствах можно добиться судебного запрета на

преждевременный отзыв лицензии. (11) Точно также, в сфере действия авторского права лишенная гибкости понятийное разграничение между уступкой собственности в форме авторских прав и простой лицензией, наделяющей всего лишь правом личного иска к cedentu, было в определенной степени сглажено в случае исключительной лицензии. Правда, для этого потребовалось принять закон, ставящий обладателя исключительной лицензии в положение, сравнимое в целом с положением цессионария. (12) И снова возникла новая трудность в английском праве из-за попыток рассматривать все формы недобросовестной конкуренции как нарушения прав собственности. Поэтому в каждом конкретном случае приходится задавать вопрос, какое право собственности истца было нарушено в данном случае. Такая аргументация особенно неуместна в отношении многих ситуаций, складывающихся в условиях современной коммерческой деятельности. Примером может служить случай, когда рекламное агентство без соответствующего на то разрешения имитирует голос или внешность популярного актера с целью резко увеличить сбыт какого-либо товара. Задавать вопрос, как это часто делается в подобных случаях (13), обладает ли человек «собственностью» на свой собственный голос или внешность — значит упражняться в бесплодных попытках чистого понятийного мышления.

А вот пример на ту же тему из области деликтной ответственности. Английское право настаивает на установлении в каждом случае на обязанности ответчика проявлять должную меру заботливости в отношении конкретного истца. Означает ли это, что истец должен представлять собой действительно существующее лицо на день причинения вреда по небрежности? Предположим, что в дорожном происшествии пострадала беременная женщина, или, как в другом нашумевшем деле, что она принимала талидомид во время беременности, в результате чего ребенок появился на свет с физическими дефектами. Можно ли возбуждать иск от имени этого изуродованного ребенка? Или предположим, что в результате радиаци-

онного облучения одного из родителей, их ребенок, который еще не был зачат на момент облучения, родился с врожденными пороками. Ответ на эти и им подобные вопросы совсем не прост, и по английскому праву должен быть решен в соответствии с законом. (14) Но основывать решение на «логическом» понимании обязанности проявлять заботливость, которое подразумевает, что она не может распространяться на человека, еще не родившегося на день несчастного случая, едва ли целесообразно с точки зрения общественных интересов, так как принятие такого решения требует учета многих факторов социального, морального и экономического характера.

ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ КАК «НЕПОЛНЫЕ СИМВОЛЫ (ЗНАКИ)»

Сказанного вполне достаточно, чтобы составить общее представление о механизме функционирования правовых понятий и концепций. Цель следующей главы — отобрать одно или два из наиболее распространенных на сей день понятий современного права и показать, как они «работают», а затем обсудить вкратце некоторые порождаемые ими проблемы. Но сперва следует добавить последний штрих к описанию природы этих понятий, имеющих принципиально важное значение для структуры правовой системы.

Выше уже была сделана попытка опровергнуть доводы о том, что все эти концепции и понятия — просто фикции или метафизические выдумки правового воображения. Однако на этот «оплот» правовой мысли велось и другое, более тонкое и изощренное наступление. Суть его в следующем. Возьмем, например, понятие права собственности. Оно рассматривается в качестве законного права какого-либо лица по отношению к определенной собственности. Но в действительности такого права, как такового не существует. Этот термин — не более, чем стенографический знак, символ для выражения совокупности норм в рамках некоей правовой системы, которые создают различные формы законного принуждения с целью обеспечить собст-

стороннику защиту его имущества. Иными словами, посредством своего рода аналитической редукции (то есть путем сведения сложного к простому) предполагается возможность «мистического» исчезновения понятия права собственности, и мы останемся один на один с реальной действительностью, которая представляет собой запутанный клубок правовых норм, регулирующих все многообразие возможных взаимоотношений. (15)

Итак, в вышеприведенной точке зрения нельзя отрицать элемента истины постольку, поскольку сам факт существования понятия права собственности подразумевает, что в нем в сфокусированном виде символически выражена определенная группа правовых норм. Но означает ли тогда это, что само право собственности ничто иное, как простая группа норм? Те, кто придерживаются подобной точки зрения, обычно признают насущную практическую необходимость использования таких понятий, как право собственности для определения этого комплекса норм, но в то же время настаивают, что предполагать вне и помимо норм, для которых право собственности служит условным обозначением, существование чего-то еще, некоего стержневого понятия высшего порядка, представляющего собой само право собственности в чистом виде, является иллюзией.

В той мере, в какой сторонники этой точки зрения отказываются видеть в праве собственности некую метафизическую сущность, обладающую собственной природой и внутренней жизнью, ее можно считать вполне оправданной. Но тем не менее следует заметить, что она игнорирует и сводит к минимуму два других важных аспекта такого понятия, как право собственности. Во-первых, уже отмечалось, что право – не застывший набор правил и норм, с помощью которых можно в любой момент проанализировать правовые последствия и отношения, являющиеся результатом применения того или иного понятия. Наоборот, право — это всеобъемлющий комплекс норм, условий, критериев, правил и принципов, находящийся в процессе постоянного, хотя и довольно медленного движения. Одну

из основных особенностей этого комплекса представляют собой ключевые понятия, гибкие по своей природе и постоянно меняющиеся в том, что касается их количества, поскольку появляются новые, такие, например, как право на защиту от вторжения в личную жизнь. Несомненно, эти понятия в любой момент могут быть в значительной степени сведены к некоему стандарту норм и принципов, но тем не менее, всегда останется какая-то область неопределенности, сфера, внутри которой старое понятие может быть использовано совершенно по-новому и непредсказуемо. Для этого понятие обладает соответствующей символической функцией обобщать и фокусировать в своем содержании в рамках правовой системы определенные виды позиций и подходов, и поэтому его значение выходит за рамки какого-то конкретного набора правил, действующего в данный момент. Более того, этот символический «нервный узел» правовой системы не является и никогда не сможет стать полностью сформировавшимся органом, достигшим окончательной фазы развития. Его можно, вероятно, сравнить с тем, что на языке современных логиков называется «неполным символом (знаком)». (16) И в этой неполноте, незавершенности – его чрезвычайная полезность в качестве инструмента правового развития.

Во-вторых, — и это, вероятно, еще один аспект данного вопроса, — схема «аналитической редукции» также проливает свет на нормативную функцию, которую правовые понятия, как и морально-этические, осуществляют в рамках своих соответствующих систем. Основополагающие понятия, такие как право собственности, выполняют унифицирующую функцию, указывающую на образец принятого и одобряемого поведения. Они не только действуют в качестве психологических стимулов ко всему кодексу правовых и моральных принципов, которые вызывает сама идея собственности в сознании человека, но также выступают символами предназначения права, как средства поддержания мира и порядка в обществе, а также определенной безопасности в той мере, какая необходима каждому человеку для того, чтобы он мог строить планы на будущее.

13.

НЕКОТОРЫЕ ОСНОВНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ

I.

ЛИЦА, ВКЛЮЧАЯ КОРПОРАЦИИ

На первый взгляд может показаться странным, что идея «лица» должна относиться к правовым понятиям. Но если помнить, что правовые понятия обычно применяются к явлениям реальной жизни с целью «юридизировать» их посредством придания им необходимой меры точности и ряда других отличительных черт для решения проблем, возникающих в обществе, то эта кажущаяся очевидной странность — рассматривать лица в качестве правовых понятий — может исчезнуть.

Конечно, понятие индивидуальности, которое ассоциируется у нас с человеческим существом, то есть с определенным лицом, чревато возникновением некоторых трудностей философского порядка, хотя обывателю все это покажется простым и ясным. Юрист, вероятно, поступая весьма мудро, стремится не «влезать» в философские дебри или обойти их. Он склоняется в пользу мнения простого человека, но в то же время пытается сделать это мнение более точным и гибким, чтобы оно могло обеспечить решение тех проблем, предвидеть которые тому не под силу. Так, юрист должен быть в состоянии принимать решения, касающиеся момента, с которого человека можно считать появившимся на свет; способов идентификации личности индивида в течение его жизни и точного определения даты его смерти. Этим далеко не исчерпывается круг проблем, с которыми ему приходится сталкиваться в своей деятельности. Для этого достаточно вспомнить о правовых последствиях таких явлений, как Сиамские близнецы, операции по изменению пола и т.п. Однако ниже речь пойдет в основном о появлении человека на свет.

Правосубъектность индивида

Предположим на мгновение, что закон, подобно тому, как это имеет место в Великобритании, квалифицирует преднамеренное лишение жизни человека как убийство, являющееся тяжким преступлением. Следует ли рассматривать не рожденного ребенка в качестве такого лица? А если нет, то считается ли он рожденным только в случае появления или извлечения живым из чрева матери, или когда он закричал, или когда была перерезана пуповина, или вообще на какой-то другой стадии? Ответ на все эти и им подобные вопросы должны дать юристы. Кроме того, сюда же входят важные, хотя, может быть, в определенном смысле и не совсем относящиеся к делу, проблемы социальной политики, такие как отношение к абортам или к матери, уничтожающей своего новорожденного ребенка. Эти проблемы нельзя ограничить лишь сферой действия уголовного права. И в наследственном праве могут возникнуть проблемы титула собственности в зависимости от того, есть ли у данного лица живые потомки. Так что установление даты рождения может в этой связи иметь решающее значение. Выше уже затрагивался весьма щекотливый вопрос о правомерности деликтного иска о компенсации ущерба в связи с причинением увечья не рожденному ребенку, когда факт небрежного поведения, ставшего причиной этого увечья, установлен. (1)

«Правосубъектность группы»

Однако еще более сложной проблемой современного права является установление правосубъектности не индивида, а группы лиц или ассоциаций. Характерной чертой общественной жизни является объединение людей в различные группы, некоторые из которых носят постоянный характер, другие создаются всего лишь на какое-то время, а третьи и вовсе эфемерны. Такие группы могут создаваться в определенных и узко специфических целях, как, например, в случае коммерческих компаний или клубов, или в целях более масштабного и общего характера, как в случае национального государства, даже если не заходить

так далеко, как Бёрк, который называл его «совершенным товариществом в отношении всех наук, всех искусств и всех добродетелей». (2)

В обыденной жизни принято персонифицировать такие группы, то есть относиться к ним как к лицам, обладающим собственными правами, срок жизни и идентификация которых отличается от индивидов, входящих в них на данный момент. Так, можно говорить о гибели «за страну», о политике «компании», о мнении «клуба», о боевом духе «профсоюза». Более того, какова бы ни была социологическая или психологическая подоплека этого явления, представляется очевидным, что во многих случаях это нечто большее, чем просто язык метафор, поскольку каждая группа всегда занимает какую-то определенную позицию, проводит самостоятельную политику или придерживается собственных ценностных ориентиров. Совокупность всех этих элементов, обладающих достаточной степенью постоянства и самодостаточности, превращает группу в своего рода «социальный организм», который нельзя полностью ассоциировать с входящими в неё членами.

Некоторые юристы, в частности, известный немецкий правовед Отто фон Гирке, настаивают, что подобная групповая правосубъектность должна признаваться законом в качестве реально существующей, точно так же как правосубъектность физического лица. Поэтому любую группу следует рассматривать как самостоятельное лицо подобное индивиду со всеми вытекающими отсюда последствиями, о чем речь пойдет ниже. Такой подход, несомненно, во многом обязан Гегелю с его теорией государства как высшей реальности, стоящей над своими гражданами. (3) Но сам Гирке и многие его последователи имели своей целью прежде всего упрочить автономию групп внутри государства. Их аргументы сводились к тому, что любая группа в рамках государства, — будь то церковь, просветительский или благотворительный фонд, приносящая прибыль коммерческая компания, профессиональная ассоциация, профсоюз или просто клуб, — как только она образовалась и тем самым конституировалась в качестве самостоятельного института, отличного от своих членов,

наделается компетенцией требовать юридического признания своей правосубъектности, не нуждаясь ни в каком дополнительном официальном одобрении или получении статуса юридического лица. Это противоречит общепринятому подходу большинства правовых систем, считающих, что групповая или «корпоративная» правосубъектность может возникнуть лишь в случае, если она непосредственно предоставляется государством или удостоверяется им, так как корпоративная правосубъектность рассматривается в качестве правовой привилегии, и, следовательно, только государство может создать корпорацию.

Однако, сторонники реалистической теории (4) групповой правосубъектности вынуждены сталкиваться с двоякого рода трудностями. Во-первых, даже если согласиться, что возникающая групповая правосубъектность является своего рода социальной реальностью (как на этом в действительности и настаивал великий французский социолог Дюркгейм), все равно остается фактом, что эта «социальная личность» группы никоим образом не идентична психосоматической личности человека. В лучшем случае речь может идти об установлении возможной аналогии между ними, достаточной, чтобы оправдать использование одного и того же термина «личность». Но это может привести лишь к путанице, если рассматривать групповую правосубъектность сформировавшейся социальной общности как абсолютно тождественную правосубъектность физического лица. Соответственно, хотя принцип «обращаться подобно с подобным» (5) в общем может быть достаточно убедительным, между группой, с одной стороны, и индивидом, с другой, не существует абсолютного сходства, которое бы позволяло прийти к непреложному выводу о необходимости в обоих случаях применять одинаковое регулирование. С точки зрения права один индивид может иметь много общего с другим, так что все они должны считаться равными, хотя этот аргумент никогда не принимался полностью, и в действительности, как уже упоминалось выше, начал завоевывать широкое признание лишь в самое последнее время. (6) Группы же в корне различаются и по размеру, и по характеру деятельности, и по составу, и по своим

целям и задачам, так что ни с точки зрения логики, или социологии, или даже просто здравого смысла, их нельзя приравнивать друг к другу на основании сомнительной аналогии с индивидом.

Во-вторых, сам факт надления правосубъектностью узонаваемого и вполне определенного человеческого существа делает проблему установления личности её обладателя относительно простой, за исключением маргинальных случаев, которые уже обсуждались выше. В случае же с группой такого «идентифицируемого существа» нет, и поэтому всякий раз необходимо проводить определенную проверку, позволяющую законодателю признать или, по крайней мере, подтвердить факт возникновения групповой правосубъектности. Более того, даже если бы социология располагала каким-то достаточно надежным способом решить данную проблему, что в действительности далеко не так, вряд ли это было бы адекватно или приемлемо в правовом отношении. Например, юристы могут считать необходимым или целесообразным применять свои собственные критерии невменяемости, даже если они отличаются от принятых в психиатрии. Точно так же им, хотя бы исключительно ради точности, может понадобиться сформулировать свои собственные особые критерии существования группы. На практике сказанное будет означать, что задачей соответствующего государственного органа станет применение этих критериев с целью определить, обладает ли та или иная группа правосубъектностью или нет. Разница, таким образом, заключается в следующем — разрешительный порядок, допускающий регистрацию группы в качестве корпорации (то есть самостоятельного юридического лица) только с дозволения властей, заменяется явочным, согласно которому группе для надления её самостоятельной правосубъектностью, то есть инкорпорации, достаточно показать, что она отвечает соответствующим правовым критериям.

Способы инкорпорации

Большинство современных правовых систем западного демократического образца сделали это различие почти не-

существенным, разрешив новым объединениям (корпорациям) создаваться достаточно простыми, целесообразными и дешевыми способами. В Англии, согласно Закону о компаниях, создание новой компании в качестве самостоятельного юридического лица является удивительно легкой и недорогой процедурой. Но в нем не содержится никаких положений, которые обязывали бы каждую группу инкорпорироваться именно таким образом. И фактически в английском обществе широко представлены неинкорпорированные группы или ассоциации, которые в силу своих предпочтений, апатии или по незнанию либо вообще не стремились получить, либо не получили статуса корпорации. Клубы — наиболее характерный пример. Но существует множество других, таких как церкви, торговые и промышленные ассоциации, спортивные и просветительские общества и т.д. Английские корпорации могут создаваться не только согласно Закону о компаниях, но и в силу специального акта Парламента или королевской привилегии (*royal charter*). Однако подобным образом инкорпорировываются лишь объединения достаточно специфического характера. Ассоциации, не прошедшие процедуру инкорпорации, не признаются английским правом в качестве самостоятельных юридических лиц. Оно видит в них лишь коллективное название самих объединившихся индивидуальных членов. Это означает, что любая законная сделка от имени подобной ассоциации должна считаться заключенной не ассоциацией, а всеми её членами или, в определенных случаях, лишь некоторыми из них, например, входящими в исполнительный комитет.

Последствия инкорпорации

Прежде чем рассматривать трудности, связанные с описанной выше ситуацией, следует сказать несколько слов о правовых последствиях инкорпорации группы. Право рассматривает корпорацию как юридическое лицо, отдельное от составляющих ее членов. Это означает, что за исключением определенных действий, явно не применимых к корпорации (она, например, не может вступить в брак), корпорация вправе от своего собственного имени и в своих собствен-

ных целях совершать любые виды сделок, разрешенные законом. Так, она может иметь собственность, заключать контракты, назначать агентов и быть ими представлена, возбуждать иски в суде и отвечать по ним. Долги корпорации — её собственные. Они отличаются от долгов её членов, которых нельзя привлечь к суду за корпоративные долги. Кроме того, корпорацию можно подвергнуть штрафу за правонарушение, предусматривающее такое наказание, и этот штраф будет выплачен из средств корпорации.

Как видно, контраст с неинкорпорированной ассоциацией разителен. Ассоциация не может иметь своей собственности и распоряжаться ею от собственного имени, заключать договора, подавать судебные иски и отвечать по ним, и у нее не может быть никаких долгов или денежных обязательств, отличных от долгов и обязательств ее членов. По английскому праву неспособность такой организации владеть собственностью от своего имени была во многом преодолена благодаря институту доверительной собственности. С его помощью имущество может быть предоставлено в распоряжение доверительным собственникам от имени действительных членов, например, какого-то клуба. И в целях закона, а также для практического удобства, недвижимость и общие средства клуба могут быть отделены от собственности каждого из его членов. Однако другие трудности оказалось решить не так легко — особенно связанные с процедурой предоставления возможности неинкорпорированному клубу или ассоциации возбуждать судебные иски и отвечать по ним в отношении прав клуба, его обязательств и долгов. Данная ситуация служит поразительным примером того, как чисто аналитический подход к праву может привести к социально нежелательным последствиям, поскольку отказ английского права признать «подсудность» клуба на том основании, что он не является юридическим лицом, позволяет сделать логический вывод, исходя из природы этого понятия, который будет звучать весьма неубедительно для социолога права. В соответствии с ним, даже если мы отвергаем теоретические доводы тех, кто настаивает на «реальном» характере групповой право-

13 НЕКОТОРЫЕ ОСНОВНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ

субъектности, все же остается достаточно причин для наделения суда компетенцией рассматривать неинкорпорированную организацию как обладающую по крайней мере атрибутами юридического лица в тех случаях, когда она ведет свою деятельность именно как группа и когда возникает трудность в результате отказа признать за ней определенную степень самостоятельного субъекта права. Например, торговцу, который поставляет товары или услуги «клубу», не вдаваясь — что вполне естественно — в детали его точного правового статуса, может быть разрешено судом предъявлять иск клубу, как таковому, в его собственном лице, и потребовать возмещения затрат из его общих средств. Многие доводы представляются в пользу именно такого решения, а не настаивания на требованиях ригористичной «юридической логики», несмотря на то, что оно может быть чревато нарушением правосудия. (7)

В английском праве предпринимались попытки устранить строгое разграничение между корпорациями и неинкорпорированными объединениями. Достичь этого можно только посредством парламентского акта. (7а) Так, английское товарищество не является юридическим лицом, но закон наделяет его правом искать и отвечать в суде от собственного имени. И профсоюзы, хотя также неинкорпорированы, если они зарегистрированы в соответствии с законом о профсоюзах, получили некоторые права и полномочия корпоративных организаций. Этот промежуточный статус, который иногда называют «квазикорпоративным», согласно ведущему прецеденту Палаты лордов, наделяет членов зарегистрированного профсоюза правом подавать иски на свой профсоюз, как таковой, и получать компенсацию из его фондов в случае исключения истца из профсоюза в нарушение договора о членстве, заключенного им с данным профсоюзом. (8) Точно так же зарегистрированный профсоюз отвечал по деликтным искам (9) до принятия парламентского акта 1906 г., который освободил профсоюзы от этой ответственности. (10) Закон о трудовых отношениях 1971 г., отмененный в настоящее время, предусматривал, что после регистрации профсоюз

становился инкорпорированным, но также разрешал возбуждать иски против незарегистрированных, а значит и неинкорпорированных, профсоюзов.

Автономность правосубъектности корпорации

«Якорем спасения» современного права компаний является знаменитое решение Палаты лордов по делу «Саломон против Саломон Лтд» (11). В этом деле г-н Саломон владел буквально всеми акциями так называемой компании одного лица. Он одолжил деньги компании, когда она была вполне платежеспособна, под обеспечение «долговых обязательств», разновидности залога под имущество компании, держатель которых обладает приоритетом в удовлетворении своих претензий по сравнению с другими кредиторами. Позднее компания обанкротилась, и г-н Саломон подал иск с требованием полного погашения причитающегося ему долга в первоочередном порядке. Палата лордов постановила, что, поскольку компания является абсолютно самостоятельным «лицом», отдельным от г-на Саломона (хотя тот был ее единственным акционером и полностью контролировал ее деятельность), последнему должен быть выплачен весь причитающийся ему долг, точно так же, как это имело бы место в отношении любого другого абсолютно независимого держателя долговых обязательств.

Развитие коммерческой компании как самостоятельно-го юридического лица, ответственность акционеров которого ограничена обязательствами по оплате уставного капитала, оказало огромное влияние на современную социально-экономическую структуру индустриально развитого общества. Оно не только обеспечило механизм мобилизации крупных инвестиций, но и предоставило средства, благодаря сложным хитросплетениям массы взаимосвязанных компаний, обычно контролируемых одной или несколькими так называемыми «холдинговыми компаниями» (имеющими контрольные пакеты акций в дочерних компаниях), для создания промышленных и коммерческих предприятий в неслыханных до сего масштабах. Колоссальные последствия этого процесса для правовых систем

современных государств с рыночной экономикой трудно переоценить. Вот всего лишь один пример: проблема налогового «домицилия» корпорации в стране осуществления ею и её дочерними компаниями своей деятельности. Этот важный вопрос вызвал бурный поток судебных решений практически в каждой из стран западного мира. К сожалению, размеры книги позволяют остановиться лишь на одной общей, но весьма специфической проблеме, представляющей живой интерес для теории права.

Принцип, положенный в основу решения по делу Саломона (12), уподобляли своего рода «корпоративному покрывалу» или «занавесу», отделяющему компанию от ее членов, акционеров. (13) Но представляет ли он собой непроницаемый «железный занавес», который надо стараться держать наглухо закрытым, или его можно приоткрывать в определенных случаях, и если да, то каких? Подобные вопросы возникают, в частности, в случае так называемой компании «одного лица», контролируемой единственным акционером, или в случае дочерней компании, акции которой целиком или в значительной части принадлежат другой контролирующей компании. Проблема сводится, таким образом, к тому, готов ли суд при определенных обстоятельствах снять «корпоративное покрывало» и рассматривать компанию всего лишь как другое название тех, кто контролирует ее средства.

В целом, английские суды проявили явное нежелание признавать любые исключения или отход от решения по делу Саломона (14), которое со всей определенностью можно рассматривать как «юридическое выражение» экономической политики, проводимой развитыми капиталистическими странами в интересах стабильности народного хозяйства и направленной на сохранение незыблемости принципа самостоятельности корпоративного образования. И не случайно согласно решению по делу о дочерней компании Транспортной Комиссии, полностью принадлежащей последней, услуги, оказанные первой, не могут рассматриваться в качестве предоставленных самой Комиссией в силу законов о лицензировании транспорта (15), и соответственно о коммер-

ческой деятельности компании, чьи акции полностью принадлежат одному лицу, нельзя сказать, что она осуществляется именно этим лицом, которое по этой причине не вправе требовать продления аренды служебных помещений согласно Закону об арендодателе и арендаторе 1954 г. (16) Но были, однако, и противоположные решения. Так, для того, чтобы в годы Второй мировой войны установить, носит ли зарегистрированная английская компания «вражеский характер», суд обращал внимание на местонахождение основной контролирующей компании. (17) И её местонахождение могло быть решающим фактором в установлении налогового домицила дочерней компании, полностью принадлежащей контролирующей. (18) Более того, когда органы по выдаче транспортных лицензий удостоверились в том, что дочерняя и в значительной мере контролирующая её материнская компания составляют фактически единую коммерческую структуру (то есть образуют так называемое «экономическое единство»), они могут проигнорировать самостоятельную правосубъектность дочерней компании с целью лишить контролирующую возможности использовать ее как инструмент для получения преимуществ, на которые та не имеет никаких прав. (19) И еще один пример на ту же тему. После заключения контракта о продаже земельного участка с покупателем собственник этого земельного участка перепродал его компании, находящейся под его единоличным контролем, с тем чтобы воспрепятствовать покупателю в получении постановления суда, предписывающего продавцу передать землю. Суд тем не менее вынес решение против компании в пользу покупателя и реального исполнения контракта о продаже земельного участка. (20)

Эти примеры служат отличной иллюстрацией того, как правовые принципы и концепции создают широкие рамки, определяющие общую линию возможного поведения судов при решении подобных проблем и в то же время сохраняющие за ними свободу маневра в каждом конкретном случае. В современных условиях, однако, важность понятийного подхода заключается в том, что суд приступает к делу с явно выраженным намерением двигаться в определенном на-

правлении, как, скажем, в случае с сохранением самостоятельной правосубъектности корпораций. Это неизбежно означает, что возможные исключения достаточно редки (20а) и обычно не признаются таковыми, но рассматриваются в качестве случаев, имевших место на каких-то иных основаниях. В результате становится возможным оправдать отклонение от общего правила и одновременно сохранить в неприкосновенности правовую логику. Так, суд может постановить, что «враждебный характер» компании поднимает совершенно иную правовую проблему, отличную от проблемы юридического лица, или что дочерняя компания, находящаяся в полной собственности у материнской, служит всего лишь «маской» или является «фиктивной». Такое объяснение не скрывает, однако, полностью того факта, что суд действительно находит особые доводы для того, чтобы обойти слишком жесткую доктрину.

То, что достаточно гибкие понятийные рамки несут в себе ряд преимуществ совершенно очевидно, так как без них праву будет не хватать последовательности и согласованности. Опасность возникает лишь тогда, когда суд перестает признавать, что внутри этих рамок он всегда обладает определенной свободой действий и что от политики в области правосудия зависят границы использования этой свободы. Опыт показывает, что во всех правовых системах всегда существует напряженность между жесткой доктриной, предписывающей строго следовать юридическим понятиям, и более свободной и гибкой философией адаптации к новым социальным потребностям. Именно эта напряженность придает праву значительную долю его жизнеспособности.

II.

ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ

Как только правовая система достигает той фазы развития, когда ее можно подвергнуть юридическому анализу, обнаруживается, что понятия прав и обязанностей составляют основополагающий элемент в структуре правового механизма, с помощью которого система и может выполнять свои социальные функции. В самой идее правовой

нормы заключен естественный вывод о том, что те, кому она адресована, в определенном смысле «связаны» ею или подчиняются определенному «обязательству». (Сам этот термин на латыни также означает «связанный».) Именно эта идея быть связанным, обязанным поступать (или не поступать) определенным образом и лежит в основе термина «обязанность», хотя, как уже было показано, обязанности, налагаемые законом, следует строго отличать от обязанностей, присущих другим нормативным системам, таким как мораль, религия или общепринятые в обществе условности. Остается, однако, достаточно важным социологическим фактом, что право и мораль используют одну и ту же терминологию в отношении должествования, обязательств и обязанностей. Тем самым учитывается не только внешний аспект и права и морали при подчинении *ab extra* (извне) нормам, налагающим соответствующие обязанности на тех, кто в силу той или иной причины подпадает под сферу их действия, но также и наиболее важный внутренний аспект постольку, поскольку такие лица считают себя реально связанными этими обязанностями. Значение сказанного с точки зрения правовой обязанности заключается в том, что гражданин должен чувствовать себя обязанным соблюдать правовые нормы не чисто формально, поскольку он находится в сфере действия права, и не только потому, что он боится наказания в случае нарушения им своей обязанности, а в силу того, что сама правовая норма является важнейшей составляющей частью общественной морали.

Связь между правовой обязанностью и моральным долгом становится еще более явственной при использовании терминологии, касающейся «прав». Слово «право» несет в себе и моральный смысл и эмоциональную нагрузку, которые вместе придают этому термину значение, явно выходящее за рамки простого формального разрешения тех или иных действий в соответствии с системой правовых норм. Этот момент, пожалуй, сильнее всего подчеркивается в тех европейских языках, где само слово «право» (*Recht, droit, diritto*) означает еще и «моральное право». Тот факт, что в рамках правовой системы человек может заявить о своем

13 НЕКОТОРЫЕ ОСНОВНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ

«праве» на определенные действия или на воздержание от них, например, на осуществление контроля над какой-то собственностью или о праве запрещать другим осуществлять такой контроль, о праве пользоваться услугами другого лица, или о праве требовать передачи какой-либо вещи или уплаты долга, несет в себе чувство обоснованности, придающее вес подобным требованиям как в моральном, так и в правовом плане в глазах всех, кого это касается. Таким образом, сама терминология и понятийные рамки права способствуют пробуждению в сознании человека сильно развитого чувства морального права и обязанности, в результате чего в значительной степени облегчается задача правопорядка регулировать и направлять поведение человека. Является ли этот аспект правопорядка существенным с точки зрения аналитического подхода или нет, он, тем не менее, без всякого сомнения остается социологическим фактором первостепенной важности.

Связь между правами и обязанностями

Некоторые юристы утверждают, что институт прав и обязанностей является не только неотъемлемой чертой правовой системы, но и что эти два понятия неразрывно связаны между собой важнейшей логической зависимостью. Считается, что права и обязанности являются «соотносительными», «коррелятивными» понятиями, составляют «пару» («коррелят»), то есть являются противоположными сторонами правоотношения, и что такая двусторонняя связь неизбежно должна существовать. Если Джонс, например, занял у Робинсона определенную сумму денег, то можно сказать, что у Робинсона есть право получить эти деньги обратно, а у Джонса — обязанность выплатить их Робинсону. Таким образом, их отношения представляют две противоположные стороны одной медали. Но другие юристы, среди которых и Кельзен, указывали на то, что эта связь между правом и обязанностью не является постоянной, поскольку могут существовать обязанности, налагаемые без предоставления каких-либо прав. Например, многие обязанности в сфере общественной и благотвори-

тельной деятельности. Это также распространяется и на большую, если не всю, часть уголовного и административного права. Может существовать обязанность не публиковать материалов непристойного характера (порнографической литературы), платить налоги надлежащим образом, но подобные обязанности не создают соответствующих прав в пользу других лиц. Попытки опровергнуть этот тезис, заявляя, что во всех подобных случаях права существуют у государства или его органов, ведут к совершенно искусственному выводу, поскольку вряд ли можно утверждать, что у государства, к примеру, есть «право», чтобы граждане не публиковали непристойные материалы. Что касается полномочий властей возбуждать судебный процесс с целью запрета подобных публикаций (которые можно рассматривать как аналог права Робинсона обратиться в суд с требованием о возврате Джонсом своего долга), то это можно считать скорее обязанностью государства, чем его правом. Более того, если предположить, что каждой обязанности соответствует право, ассоциирующееся с ней, то это может привести к курьезному выводу, что осужденный преступник обладает «правом» быть повешенным. В силу этих причин Кельзен и некоторые другие авторы высказывали мнение, что обязанность является основополагающим понятием правовой системы, и что право может сопутствовать ей, но не во всех случаях, а в зависимости от того, стремится ли соответствующая правовая система наделять индивида полномочием принимать решение о приведении в действие правового механизма принудительного исполнения обязанности. Такой механизм реализации личных прав считается отличительной чертой общества, основанного на институте частной собственности, в котором судебные иски обычно принимают форму защиты имущественных интересов или требований, могущих быть выраженными в денежном эквиваленте.

Основные права и право на судебную защиту

Представляется, однако, что этот взгляд на права как на полномочие на принудительное применение закона, игно-

рирует или преуменьшает другое различие, на которое часто указывают юристы, а именно: различие между основными правами и правом на судебную защиту или принудительное исполнение своих законных требований. В какой-то степени это различие схоже с контрастом между материальным и процессуальным правом. Принято считать, что материальное право основывается на различных правах и обязанностях, которыми должны руководствоваться люди в своих правоотношениях и которые, с правовой точки зрения, считаются существующими априорно еще до любого действительного нарушения обязанности. Процессуальное право, со своей стороны, выступает на авансцену только тогда, когда уже имело место нарушение обязательства, с тем, чтобы обеспечить право на судебную защиту или помощь. На этой стадии права потерпевшей стороны могут быть выражены в виде иска, содержащего требование к суду принять определенные меры против ответчика: например, истец может быть вправе требовать возмещения убытка или судебного запрета противоправных действий.

Так, признается, что любой собственник обладает законным правом совершать различные виды действий по пользованию и распоряжению своей собственностью в отношении всех и каждого, в то время как остальные лица обязаны воздерживаться от каких-либо действий, нарушающих его права собственника. Точно так же, водитель транспортного средства обязан принимать разумные меры предосторожности по отношению к другим, находящимся на той же автодорожке. Но до тех пор, пока он соблюдает эти правила безопасности или пока не произошел дорожно-транспортный инцидент, никто (из числа других находящихся на дороге) не вправе требовать мер принуждения в отношении этого водителя в судебном порядке. Иными словами, право создает всеобъемлющий институт прав и обязанностей, которые вполне справедливо могут рассматриваться как основные, поскольку имеют своей целью контролировать поведение и взаимоотношения людей в общем и целом, разграничивая категории действий, которые они должны совершать и от которых они должны воздерживаться в повседневной

ПОНЯТИЯ

жизни. Существуют все основания — логики, здравого смысла и практичности — для того, чтобы квалифицировать эти базовые взаимоотношения в терминах прав и обязанностей, отличных, хотя и тесно связанных, от последующих прав на судебную защиту и соответствующих обязанностей процессуального характера, которые возникают только после правонарушения, в результате которого потерпевшая сторона может привести в действие правовой механизм для осуществления своих требований.

Это разделение между основными правами и обязанностями и правом на судебную защиту и связанными с ним соответствующими обязанностями несколько затуманивается теми, кто придерживается крайних взглядов на роль санкций в праве и считает, что правовой обязанностью может быть только та, которая сопровождается санкцией, то есть постановлением суда, налагающим на ответчика наказание или штраф. Такая позиция, однако, весьма сомнительна, не только потому что многие обязанности фактически не предусматривают принудительного исполнения (например, когда ответчик исчез или не имеет средств), но и потому что существует масса случаев, когда право проводит различие между запретом по существу и процедурным запретом на получение решения о принудительном исполнении законного права. Примерами последнего являются запрещаемые законом долги, некоторые виды договоров, которые должны быть засвидетельствованы в письменном виде, а также иски против лиц, обладающих дипломатическим иммунитетом. В таких случаях право вполне обоснованно рассматривает основное обязательство, как существующее, но подпадающее в данный момент под процессуальный запрет. Так, если ответчик покидает дипломатическую службу, он тем самым утрачивает и иммунитет от судебных исков, и в таком случае против него может быть начато судебное дело с иском по существу. Еще следует упомянуть о том, что суды зачастую выносят постановления в форме заявления о законных правах и обязанностях сторон, хотя никакой другой помощи может и не предусматриваться в данных конкретных обстоятель-

ствах. Суд может заявить, что кто-то является или не является членом профсоюза (21) или что кого-то незаконно лишили его права на конкретную работу или занятие (22), и ограничиться только этим, поскольку никакого другого средства судебной защиты, например, возмещения убытков или постановления о запрете не может или не должно быть предусмотрено в данном конкретном случае.

Анализ Хофельдом понятий прав и обязанностей

Правовой анализ не останавливается, однако, на разграничении основных и процессуальных прав. Важный вклад в современную теорию права внес американский юрист Хофельд, который показал, что традиционный юридический подход к правам и обязанностям не учитывает многочисленных ситуаций, которые как раз должны быть тщательно выявлены и дифференцированы в процессе правового анализа. Хофельд заметил, что существующая правовая терминология уже содержит большинство, если не все необходимые термины для проведения такой дифференциации, но что ее следует применять с большей степенью точности.

Одним словом, Хофельд подразделяет традиционный коррелят — «право-обязанность» — на четыре четко выраженные пары: право-обязанность, свобода-бесправие, власть-ответственность и иммунитет-ограничение в правах. Из этих терминов лишь бесправие является неологизмом (в английском языке — прим. пер.), поскольку в то время правовой язык еще не изобрел термина для точного обозначения этого понятия.

Предложение Хофельда ограничить коррелятивную пару «право-обязанность» ситуацией, когда одно лицо вправе посредством законной процедуры заставить другое лицо действовать определенным образом, например, когда Робинсон может добиться принудительной выплаты Джонсом его долга. Однако многие из так называемых законных «прав» не аналогичны данному случаю. Например, землевладелец может иметь право ходить по собственной земле или любой человек может иметь право сделать завещание с распоряжением о наследовании его имущества. В обеих си-

туациях у прав нет соответствующих им обязанностей, налагаемых на какое-то лицо в том смысле, что оно может быть принуждено обладателем права действовать определенным образом. В первом случае праву хозяина расхаживать по своей земле соответствует правовое последствие «бесправия» остальных разделять эту привилегию собственника. Следовательно, дихотомия, «свобода-бесправие», применяется, как правовое выражение данной ситуации. Что касается права любого человека распоряжаться своим имуществом после смерти посредством завещания, то оно по существу представляет собой законное властное полномочие внести изменения в правоотношения третьих лиц, которые вследствие этого несут «ответственность» за изменение своих правоотношений именно указанным в завещании образом. Поэтому Хофельд, соответственно, определяет это как отношение «власти-ответственности». И, наконец, четвертая пара предназначена определять те случаи и ситуации, при которых какое-то лицо освобождается от обязательств по существующим правоотношениям в результате действий другого лица. Например, делая в ходе парламентских дебатов какое-то заявление, оратор обладает абсолютным иммунитетом от судебного преследования, независимо от того, насколько правдивы или лживы его утверждения. Такой «иммунитет» от преследования в законном порядке сопровождается «ограничением в правах» оклеветанного лица, поскольку оно действительно лишено права на законном основании возбудить надлежащий иск.

Гипотетические примеры

Главным аргументом в пользу такого изменения терминологии является то, что это помогает проводить более точный юридический анализ и не смешивать между собой различные правовые ситуации, которые могут иметь совершенно различные юридические последствия. С этой целью разберем два гипотетических примера.

1. Безотзывная лицензия : Предположим, Смит покупает билет на определенное, заранее зарезервированное место на представление в театре Брауна. Если Браун

с точки зрения права не может не дать Смиту занять указанное в билете место, такая ситуация на юридическом языке равнозначна предоставлению «безотзывной лицензии». В этом случае Смит свободен прийти в театр и занять свое место, а Браун «бесправен» помешать этой свободе Смита. Предположим, однако, что перед представлением Браун неправомерно вознамерился лишить Смита разрешения на вход. Несмотря на эти противоправные действия, Смит не может законным образом заставить Брауна пустить его в театр. Так что у Смита остается единственное средство защиты своих законных прав — обращение в суд с иском о возмещении убытков в связи с нарушением договора. Это означает, что Смит не обладает свободой посещения театра. У него есть лишь право на иск о возмещении убытков.

Предположим далее, что Смит все же пришел в театр и занял свое место, но во время спектакля, по какой-то неизвестной причине, Браун просит его покинуть театр, и после совершенно справедливого отказа Смита, последнего насильно выдворяют из помещения. Очевидно, что и в этом случае Смит может подавать иск о возмещении убытков в связи с нарушением договора. Но может ли он потребовать возмещения ущерба в связи с применением физического насилия и получить в этом случае возможно значительно более крупную компенсацию? Здесь позиция права такова: Смит имеет право не подвергаться физическому насилию, а Браун соответственно обязан не оказывать или провоцировать такое насилие в отношении Смита. Действительно, Смит находился в театре лишь потому, что имел лицензию Брауна. Но поскольку последний «бесправен» отозвать эту лицензию, то и не может, пытаясь неправомерно лишить Смита этой лицензии, обращаться со Смитом, как с правонарушителем, незаконно вторгшимся в чужое владение. Соответственно, можно утверждать, что Браун, отдав распоряжение о принудительном выдворении силой Смита из театра, нарушил тем самым право Смита не подвергаться физическому насилию, которое самым явным образом отличается

от его свободы использовать театральный билет для посещения представления, и равносильно неисполнению обязанности, правонарушению, за которое полагается отдельная компенсация, не совпадающая с возмещением убытков за нарушение договора, последовавшего в результате незаконного лишения Смита его театрального билета до начала спектакля.

Следует заметить, что все вышесказанное относится к английскому праву (23). Но подобный результат на практике может быть сопряжен со значительными трудностями, поскольку Смит располагает единственным «правом» обратиться в суд в связи с нарушением договора, если его неправомерно лишают билета. Поэтому можно усомниться в том* что точная аналитическая терминология, которая позволяет провести разграничительную линию между лицензией Смита, то есть его «свободой» посетить театральное представление, и его отдельным «правом» не быть подвергнутым насилию, помогает решению затронутых проблем в большей мере, чем традиционный метод рассмотрения всех стадий взаимоотношений сторон посредством установления их прав и соответствующих им обязанностей.

2. Право принудительного отчуждения. Другой, и не столь пространный пример можно привести, чтобы показать, насколько разительно могут отличаться правоотношения сторон на разных стадиях совершения сделки или при разных условиях. Если все свести к общей классификации прав и обязанностей, легко может возникнуть путаница, в результате которой анализ будет содержать ошибки, а судебное решение, возможно, окажется даже несправедливым. Примером тому служит право принудительного отчуждения частной земельной собственности от имени некоторых органов исполнительной власти. Обычно началом процедуры такого рода является вручение органом власти так называемого «уведомления о переговорах». В случае, когда имеет место подобная процедура, государственный орган, прежде чем вручить соответствующее уведомление, обладает «властью» осуществить принудительное отчуждение определенного участка

земли, а собственник этой земли несет «ответственность» как объект возможного применения этой власти. Если затем эта власть действительно осуществляется и выполняются все необходимые формальности, (которые здесь можно опустить), государственный орган получает «право» на передачу (ему) земли, а на ее собственника налагается «обязанность» осуществить эту передачу. С другой стороны, если собственник докажет, что законные властные полномочия государственного органа не распространяются на данный земельный участок, то можно будет сказать, что он обладает «иммунитетом», освобождающим его от этой процедуры, а государственный орган соответственно — коррелятивной «недееспособностью» в отношении подобной сделки.

Пересмотр традиционного подхода встречается в Англии достаточно сильное сопротивление по сравнению с США. Так что доводы в пользу введения более точной аналитической терминологии по образцу, предложенному Хофельдом, не нашли отклика у британских юристов. В Америке же прорыв был весьма ощутим. Самым важным достижением в этой связи было, несомненно, использование новой терминологии в сводах права по различным отраслям (Restatements), изданным Американским институтом права. Эти Своды, хотя и не обладают формально юридической силой, о чем говорилось выше (24), пользуются большим влиянием, и на них часто ссылаются в американских судах. Поэтому вполне можно сказать, что они оказывают постоянное влияние на развитие права не только посредством содержащихся в них материальных норм, но и своей аналитической формой, задавая определенные стандарты и образцы.

Юристы, мыслящие в социологических категориях, утверждают, что основополагающим элементом прав и обязанностей является признание и классификация «интересов» человека, которые эти понятия (то есть права и обязанности) призваны защищать. (25) Можно, к примеру, сказать, что простой формальный анализ бессилён дать ключ к выявлению или признанию интересов, которые нуждаются в защите, и, в частности, не в состоянии предо-

ставить критерии признания новых интересов, таких как право на неприкосновенность частной жизни. (26) Несомненно, эти доводы обладают достаточной степенью убедительности, но всегда следует помнить, что социологические факторы, как бы важны они ни были, должны, в правовых целях, быть опосредованы юридическим понятийным аппаратом, без чего они теряют всякий смысл в качестве элементов правовой системы. Этот понятийный аппарат выполняет тройную функцию: позволяет наполнить содержанием действующие правовые нормы; обеспечивает механизм формирования правового пространства для рационального развития этих норм или создания новых; а также служит средством направления человеческих поступков в определенное русло, создавая у людей устойчивый поведенческий рефлекс в отношении правомерности или неправомерности совершаемых ими действий или воздержания от них, предъявления определенных требований и претензий и т. д. Таким образом, значение и важность понятийного аспекта правовых норм не ограничивается лишь ссылкой на него, как на простую юридическую формальность. Поскольку именно благодаря процессу взаимодействия формальной структуры юридической мысли и языка с социальными фактами жизнедеятельности человека живой организм права наделяется смыслом и значением.

III.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ, СОБСТВЕННОСТЬ И ВЛАДЕНИЕ

Правовые системы уделяют большое внимание защите собственности. Поэтому нет ничего удивительного в том, что понятие права собственности играет ключевую роль среди других разнообразных прав, признаваемых законом. Но даже самый тщательный и доскональный анализ не дал возможности разработать критерии, с помощью которых можно было бы точно определить понятие права собственности, хотя очень многое было сделано для того, чтобы устранить определенные ошибки, заблуждения и неточности.

Право собственности и собственность

Прежде всего необходимо отличать само право собственности от объекта этого права. В этой связи использование термина «собственность» внесло некоторую путаницу. Так, земельный участок, книга, автомобиль рассматриваются обычным человеком и юристом как формы собственности и в смысле материальных объектов, в отношении которых можно осуществлять право собственности, и как часть наследства конкретных собственников, а следовательно, как совокупность прав на входящие в него вещи. Следует, однако, иметь в виду, что хотя термин «собственность» часто используется в этом довольно широком смысле, как для обозначения самой вещи, так и прав на нее, само понятие права собственности весьма отличается от любой материальной вещи, к которой оно может относиться, поскольку является всего лишь выражением правоотношения, возникшего в результате действия целого ряда правовых норм. Это становится очевидным при осознании того, что в современном праве существует множество типов «собственности», которую можно было бы соотнести непосредственно с определенным материальным объектом. Примерами такой собственности являются патенты и авторские права, которые представляют собой просто право первого изобретателя или автора на производство своего изобретения или публикацию книги (право собственности на любой конкретный продукт такого производства или на публикацию является, конечно, совершенно отдельным вопросом). И еще. Сертификат о праве собственности на акции какой-либо компании можно рассматривать как объект права собственности на лист бумаги. Но фактически те важные права, которыми он наделяет с финансовой точки зрения, относятся к совершенно неосязаемым предметам, таким как возможность получения время от времени части прибылей в виде дивидендов, а в конечном итоге, доли в потенциально возможном разделе стоимости активов компании за вычетом ее долгов. И тем не менее не следует забывать, что право собственности на материальную вещь, такую как земельный участок или товары, столь же «неосяз-

заем» как и право собственности на патент, поскольку и то и другое представляют собой просто разновидность законных прав, независимо от соответствующего объекта, на который распространяется их действие.

Право собственности на «права»

В равной степени вводит в заблуждение и понятие права собственности в применении к любым другим видам прав. Так, о любом праве, будь то право собственности или какое-то другое право, можно сказать, что это право является «собственностью» конкретного лица или что его передают от одного лица к другому. Например, о долге, обусловленном договором, или лицензии на издание книги, выданной собственником авторских прав, можно сказать, что они являются собственностью кредитора или лицензиата и могут быть переданы ими в собственность другим лицам. Это не означает, что все так называемые законные права могут передаваться другим лицам, так как некоторые права в силу своей природы явно непередаваемы, как скажем, право на собственную репутацию. Часто также права не могут передаваться в силу оговорки о публичном порядке или каких-то иных причин, например, в случае с правом требовать возмещения ущерба в результате правонарушения (в частности, деликтный иск о возмещении вреда за нанесение телесных повреждений по небрежности). Оставив в стороне непередаваемые права, к которым обычно не применяется понятие права собственности (27), можно вполне справедливо утверждать, что в целом права сами по себе способны быть объектами собственности. Это, однако, означает всего лишь, что права осуществляются определенными лицами, которые могут быть названы собственниками этих прав (28). Ссылка на собственника в этом общем смысле ничего не говорит о природе полученного конкретного права, и его не следует путать с теми конкретными видами права собственности, которое рассматривается, как «право собственности» и о котором здесь идет речь. Действительно, путаница, возникающая при использовании термина «собственник» в таком двойном смысле, обнару-

живается сразу, когда осознаешь, что, если применять этот термин универсально, то следует говорить о собственнике вещного права (*owner of a proprietary right*) как о «собственнике» «права собственности». Эту абсурдность обычно обходят, но трудности остаются, поскольку в английском языке нет подходящего эквивалента для обозначения лица, которое наделено полномочием осуществлять любое конкретное право. Иногда его называют «держателем» или «обладателем», но с лингвистической точки зрения термин «собственник» часто представляется более естественным обозначением для выражения требуемого смысла.

Если теперь отвлечься от всей этой путаницы, возникающей из-за попыток рассматривать право собственности всего лишь как неосязаемое право на вполне осязаемую вещь, или как определение отношения любого лица к любому праву, которое оно может осуществлять, то останется проблема определения специфических критериев этой категории вещных прав, которые более правильно было бы назвать «формами права собственности».

Является ли право собственности
абсолютным правом на «вещь»?

Одним из подходов к данной проблеме является отношение к праву собственности как абсолютному праву на определенную вещь, которая может быть как материальной, так и нематериальной. Сразу же возникают два возражения. Во-первых, идея нематериальной вещи как объекта права собственности является всего лишь попыткой обойти трудности, возникающие в связи с правом собственности на патенты или авторскими правами. Однако фактически, как уже было показано выше, в подобных ситуациях не существует других поддающихся идентификации объектов собственности, кроме самих законных прав. И поэтому данное определение равнозначно всего лишь утверждению, что существует абсолютное право на законные права, а это в свою очередь тождественно выражению «абсолютные законные права». Во-вторых, понятие абсолютности вводится для того, чтобы подчеркнуть неограниченный характер прав

собственника (он может делать все что захочет со своей вещью). (29) Этот критерий непригоден в силу двух причин, а именно: потому что право собственности может быть полностью лишено элементов пользования и контроля и все же оставаться таковым, и еще потому что в праве не существует такой вещи как неограниченные права, и закон обязательно наложит ограничения на пользование и распоряжение собственностью. Ранее в правовых системах основные ограничения исходили из сферы уголовного права, но в наши дни бурное развитие публично-правового аспекта собственности ограничило достаточно узкими рамками потенциальные свободы собственников. Можно привести всего один пример того, до какой степени земельный собственник ограничен в отношении способа использования, контроля и распоряжения своим участком как в настоящем, так и в будущем, всей совокупностью правил и принципов городского планирования, строительных норм и стандартов, а также возможностью принудительной покупки земли со стороны различных государственных органов. Но он убедительно свидетельствует о том, что право собственности не столько является в общем и целом личной свободой человека делать все что угодно с принадлежащей ему собственностью, сколько в силу самой своей природы представляет собой скорее своего рода остаточное право, которое остается после того, как должным образом были учтены все другие соответствующие права и ограничения.

«Вещные права» (Rights «in rem»)

Другой подход к праву собственности заключается в принятии во внимание не столько содержания самого права, сколько сферы его действия. Это находит свое выражение в традиционной терминологии (до сих пор используемой юристами), различающей права *in rem* (касающиеся вещи) и права *in personam* (касающиеся лица). Согласно идее, лежащей в основе этого разделения, определенные права осуществимы только в отношении определенного лица или четко определенной группы лиц, тогда как другие права действуют в отношении всех и каждого. Требование о погашении долга,

оговоренного в договоре, или деликтный иск о возмещении ущерба могут быть предъявлены в судебном порядке только к самому должнику или правонарушителю, тогда как права собственности распространяются на всех и каждого. Это, конечно, весьма важное различие, но само по себе оно не является эффективным средством определения права собственности. Поскольку, с одной стороны, существуют некие права, которые нельзя квалифицировать в качестве прав собственности с юридической точки зрения, но которые, тем не менее, могут быть принудительно исполнены в отношении всех, включая и самого собственника. Одним из примеров этого может служить эксклюзивная лицензия, предоставленная собственником авторских прав. (30) С другой стороны, даже права собственности не могут принудительно осуществляться во всех без исключения случаях, например, при неправомерной продаже «торговым агентом» (31) товара другого лица или при продаже на «открытом рынке» (32). Особую тревогу в этой связи вызывает тот факт, что в английском праве на протяжении веков существовали две различные категории собственников, известные как собственники по общему праву и собственники по праву справедливости. Последняя категория собственников появилась в связи с возникновением так называемой «доверительной собственности» (*trust*). Институт доверительной собственности (траста), который является основной чертой современного права собственности во всех системах общего права, обеспечивает наделение доверенного лица или лиц законными правами в отношении собственности, но на условиях сохранения или распоряжения им или ими этой собственностью в интересах бенефициария, лица, в пользу которого и создан сам «траст» и который по сути и является ее настоящим собственником. Но в такой ситуации доверенные лица обладают полным законным правом собственности, а относящийся к праву справедливости статус бенефициария может быть утрачен, если собственность продается доверенными лицами покупателю, который платит за нее хорошую цену, будучи в полном неведении относительно существования доверительного управления этой собственностью.

В действительности, право собственности, хотя оно и является одним из самых важных понятий права, не может быть сведено к одной простой ключевой идее. Фактически его смысл и значение настолько обширны, а детали столь сложны, что его роль в современном праве может быть полностью осознана только в результате досконального анализа всех взаимосвязанных правовых норм и принципов, его составляющих, в контексте действующей правовой системы. (33) Сказанное, однако, не означает, что определенная классификация этой достаточно хаотичной массы норм не будет способствовать лучшему представлению о внутреннем смысле понятия права собственности, как такового.

Право собственности как «совокупность» прав

Право собственности не является единственной категорией законного «права», но представляет собой сложный комплекс, совокупность прав, точный характер и содержание которых варьируется от одной правовой системы к другой. В общем, эта совокупность прав подразделяется на две категории: одна ~ относящаяся к тому, что можно назвать «корнем правового титула», а другая — к праву собственности «бенефициария». Из этих двух первая представляется более значимой. Смысл здесь заключается в том, что определенное право, осуществляемое в отношении конкретного объекта (не обязательно материального), которое можно рассматривать с точки зрения финансового интереса или денежной стоимости и которое может осуществляться по отношению ко всему обществу в целом, считается принадлежащим лицу, носителю правового титула на данную «вещь» или объект права. Если бы каждое потенциальное право такого рода подчинялось определенной системе регистрации, тогда первоначальный собственник мог бы рассматриваться в качестве первого зарегистрированного лица, а фактический на данный момент собственник — как получивший правовой титул от этого лица одним из законных способов приобретения, таких как купля-продажа, дарение, наследование и т.п. Поскольку, однако, ни одна правовая система не может на практике осуществить подоб-

ную регистрацию (хотя в последнее время получила широкое распространение регистрация правовых титулов на землю и некоторые другие виды собственности, такие как акции компаний), право вынуждено прибегать к другим способам определения источника правового титула. Именно по этой причине идея владения играет такую важную роль в праве собственности, так как правовые системы имеют тенденцию рассматривать владение, как веское доказательство законности правового титула. (34) Отсюда и доктрина *«possession vaut titre»* («владение стоит титула») или, как говорят в народе, «владеть — значит иметь 9 законных очков». И все же владение, в отличие от регистрации, не может рассматриваться в качестве убедительного доказательства правового титула, но всегда должно соотноситься с обстоятельствами его приобретения. В этой связи юрист делает различие между реальным или физическим владением и «правом владеть». Если, к примеру, какое-то лицо владеет собственностью, а другое лицо насильно (применив физическую силу) отбирает ее у него, последний подобным образом может вступить в фактическое владение этой собственностью, но право на нее все еще может принадлежать первому, который может через суд потребовать возвращения ему собственности на основании своего прежнего владения ею.

Право доверительной собственности
бенефициария по праву справедливости

Понятие права собственности бенефициария связано, со своей стороны, с различными способами, при помощи которых собственник может осуществлять определенные полномочия или «свободы» относительно их объекта. Они включают широкий диапазон действий, таких как пользование или распоряжение доверительной собственностью, запрещение другим пользоваться ею и даже уничтожение самой материальной вещи её составляющей. Такие полномочия, хотя и являющиеся, на взгляд широкой публики, основным смыслом понятия права собственности, обычно могут быть отделены от первоисточника вещного титула, и

как следствие этого законный собственник реально лишен всех выгод и преимуществ своего статуса. Именно таково положение доверительного собственника, который владеет и распоряжается имуществом бенефициария в интересах последнего, как лицо, обладающее правом собственности в нем по праву справедливости. Его положение идентично положению арендатора, взявшего внаем под застройку на 999 лет земельный участок, собственнику которого он обязуется выплачивать «номинальную» ренту. Действительно, именно для системы общего права наиболее характерно подобным образом разделять «выгодоприобретательский» аспект права собственности. Это придает значительную гибкость английскому вещному праву, но в то же время неизбежно и усложняет его. Так называемое «строгое урегулирование», в соответствии с которым право собственности на землю разделяется между правом наследования пожизненных арендаторов и другими будущими правами на землю, сыграло большую роль в истории формирования английского общества, хотя его действие в наши дни объясняется скорее налоговыми соображениями, чем заботой о сохранении семейного контроля над землей. С другой стороны, системы гражданского права имели тенденцию следовать образцу Римского права, и потому не усматривали оснований для столь легкой делимости права собственности. Современному гражданскому праву не знаком английский институт доверительной собственности (траста), как таковой. И оно рассматривает аренду не как одну из форм права собственности, а как разновидность договорного права. Где, однако, гражданское право оказалось гораздо более гибким в своем подходе к понятию права собственности, так это в сфере семейно-брачных отношений. Здесь оно показало свою готовность признать разнообразие возможных видов совместных прав мужа и жены в их общей собственности в отличие от жесткой позиции общего права, согласно которой имущество каждого из супругов считается отдельным для любых целей. (35) Но это слишком обширная и специальная тема, чтобы касаться ее в рамках данной главы. (36)

14.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ: ВОЗМОЖНЫЕ ПРОБЛЕМЫ В БУДУЩЕМ

*Право, подобно путешественнику, должно быть готово к встрече с за-
втрашним днем. Его принципом должно стать — все время в пути.
(Судья Кардозо)*

Эта книга началась с постановки вопроса, а её заключительная глава фактически не содержит окончательного вывода, но ставит ряд вопросов, касающихся тех проблем, с которыми идея права может столкнуться в ближайшем будущем. За исключением спорадически раздающихся голосов противников права о его отрицательных последствиях для человечества и о желательности по этой причине его исчезновения из общества, господствующая точка зрения, как было показано выше, свидетельствует о том, что идея права является действительно одним из самых основополагающих факторов развития мирового общества, и ее вклад в современную цивилизацию невозможно переоценить. Системы понятий, с помощью которых человек объяснял окружающий его мир, и сформированное им на протяжении длительного исторического пути общество составляют исключительно важную особенность человеческой культуры и помогают выделить его среди высших животных. То, как конкретный индивид видит мир и место в нем человеческого общества, находит свое отражение в различных нормативных системах — религии, этики и морали, в его идеях относительно содержания и предназначения права. Каждая из этих систем так или иначе отобразят его мировоззрение и основополагающие взгляды. Не следует также забывать и о тонком и сложном взаимодействии всех разнообразных аспектов и проявлений человеческой культуры.

Более того, подобно тому, как не выработано единой точки зрения на природу, смысл и назначение религии или общественной морали из-за огромных различий в культуре, уровнях технологического развития и в мировоззрении разных народов в разные эпохи, так и едва ли вызовет удивление, что не существует и универсальной идеи права, которую можно было бы сформулировать на основе изучения всех стадий эволюции человеческого общества. Каждое конкретное общество неизбежно видит свое право, как и своего Бога, согласно своим собственным представлениям о нем. И даже в одном и том же обществе постоянно идет процесс развития и перемен, хотя и необязательно в «в ногу» с социальным прогрессом, как полагали наши Викторианские предки. Эволюционные процессы в обществе влекут за собой и изменение представлений о созданной в нем или даже «бережно «взлелеянной» системы права, хотя и более медленными темпами. Идея права удивительно консервативна, и в прогрессивном и быстро развивающемся обществе, таком как демократическое, пересмотр и наполнение новым содержанием идеи права имеет тенденцию отставать от идущих в нем самом процессов.

И все же огромное значение идеи права, как фактора человеческой культуры, еще больше подчеркивает, сколь ответственна задача тех, кто занимается толкованием и применением права, поддержанием его авторитета и сохранением его ясности и четкости. Ведь для этого они должны постоянно подвергать право анализу и пересмотру с тем, чтобы оно могло адекватно реагировать на социальные вызовы текущего момента. Разумеется, сказанное не означает, что юрист должен все время думать только о будущем, поскольку, в конце концов, одним из основополагающих элементов права является «создание» прочного фундамента для современного общества. А этого можно достичь лишь придавая смысл и значение ценностям и традициям, сложившимся в нем на протяжении веков, или, по крайней мере, тем из них, которые отвечают потребностям сегодняшнего дня. Постепенная трансформация прошлых понятий в свете новых потребностей является важной за-

дачей деятельности юриста по поддержанию преемственности в процессе социального развития общества. Этот аспект правовой деятельности очень важен. Тем не менее, его не следует слишком выделять, поскольку он является практически неизбежным следствием консерватизма и уважения к традиционным ценностям, присущих как юристам, так и всему правовому мышлению в целом.

Именно в таком контексте и будет сделана попытка дать в этой заключительной главе краткий анализ тех возможных правовых проблем, с которыми, по всей вероятности, в самом ближайшем будущем столкнется человечество и которые таят в себе одновременно большие надежды и невиданные опасности.

ДЕМОКРАТИЯ И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Уже говорилось о чрезвычайной сложности проблем, связанных с попытками формулирования и детального толкования тех основополагающих ценностей демократического общества, которые могут быть выражены как на языке правовых норм, так и «насаждаться» принудительным образом посредством действующего правового механизма. Большое распространение в наши дни писаных конституций с включенными в них биллями о правах человека привело к появлению твердой уверенности в необходимости добиться того, чтобы функционирование систем демократических ценностей порождало правовые последствия (а). Старая идея, ассоциировавшаяся с принципом *laissez faire*, согласно которой экономическая и социальная жизнь человека, за исключением некоторых важнейших запретов, нарушение которых влекло за собой уголовное наказание, должна оставаться свободной от всякого правового регулирования, уступила место идее, что право должно обеспечивать основные гарантии всех прав и свобод, необходимых для «хорошей жизни» в условиях демократического общества. Этот процесс зашел так далеко, что дает повод для вполне обоснованного скептицизма: не слишком ли современное общество охвачено эйфорией и верой во всепобеждающую силу образования, которое позволит человеку достичь соци-

ального прогресса с помощью одного только права. Конечно, – и это было известно уже древним грекам — закон может служить весьма важным воспитательным фактором. Но его принятие не в состоянии в одночасье коренным образом изменить идеологию или как по мановению волшебной палочки моментально развеять все предрассудки, сомнения и чрезмерные эмоции, присущие данному обществу. Наоборот, как показал опыт длительной борьбы против расовой дискриминации в США, в обществе может возникнуть серьезное противоречие между правом и массовым сознанием, когда формальные судебные решения, даже принятые Верховным судом, наталкиваются на упорное сопротивление неподатливых идеологических стереотипов населения, твердо укоренившихся в «народной культуре» американцев.

И все же это ни коим образом не означает, что право должно отступать перед лицом столь сильного противодействия со стороны общества. Оно само по себе обладает определенным моральным авторитетом. И как следствие этого — постоянное воздействие правовых норм, даже неадекватно применяемых или открыто и умышленно игнорируемых, служит жизненно важным фактором в процессе постепенного формирования общественного мнения, создающего благоприятную почву для реализации демократических ценностей.

ОПАСНОСТИ МОНОПОЛИИ

Здесь речь идет о гораздо большем, чем просто о проблеме принуждения, осуществляемого должным образом на законных основаниях. В процессе функционирования сложных и взаимосвязанных социальных и экономических структур, которые обычно доверяют чрезвычайно важную функцию выражения общественного мнения ограниченному числу индивидов или самим официальным властям, существует постоянная необходимость следить за тем, чтобы суть демократических ценностей не размывалась с самого момента их зарождения. Можно ли в действительности создать климат подлинно свободного выражения мнений и дискуссий в рамках общества, контролируемого незначительным меньшин-

ством влиятельных и наделенных властью индивидов или группировок? Как заметил лорд Рэдклифф: «...Цензоры обладают огромной властью, но никто даже не знает, что они цензоры» (1), — так как то, что с разрешения этих органов, формирующих общественное мнение, становится достоянием гласности, может в значительной степени зависеть от мнения владельцев и издателей газет или продюсеров радио- и телевизионных программ, решающих, подходит или нет конкретная информация для восприятия широкой публикой. В силу этого, в будущем при реализации идеи права не следует ограничиваться решением чисто технических проблем осуществления общечеловеческих ценностей посредством правового механизма, но необходимо озаботиться разработкой методов, препятствующих созданию условий для «иссыхания» потока свободной мысли уже у самого истока, то есть контролировать деятельность монополий.

МНЕНИЕ МЕНЬШИНСТВА

Другим аспектом демократических ценностей является то, что создание их эталона, который, как полагают, должен быть признан всеми без исключения, уже несет в себе скрытую опасность, враждебную самой идее демократии. Поскольку сами эти ценности, особенно когда их авторитетно растолковали законодательные и судебные органы и признали власти, могут легко превратиться в застывшую систему, не допускающую возражений, не на много отличающуюся, хотя и не тождественную в том, что касается объема и содержания, от церковных догм. Наш век массовых технологий породил тенденцию и к массовому конформизму, который может легко привести к ситуации, когда мнение меньшинства и несогласие с уже ставшей общепризнанной «религией» века будут встречены достаточно враждебно, так что всякая независимая мысль и позитивная критика будут подавляться. Подлинная демократия, как еще сто лет назад справедливо заметил Джон Стюарт Миль, должна обеспечить такие условия, чтобы мнение меньшинства не подавлялось большинством. В связи с этим обязательно возникает вопрос, как государство должно отно-

ситься к выражению мнения меньшинства, которое сознательно направлено на подрыв основных демократических ценностей. Например, на разжигание ненависти по отношению к определенным группам граждан по национальному или расовому признаку. На этот вопрос ответить не так просто (2), поскольку потребуется высокий идеализм моралистов в сочетании с острым умом лучших юристов для того, чтобы адекватно решить эту проблему в будущем.

ПРАВО И ПОТРЕБНОСТИ ОБЩЕСТВА

В те времена, когда считали, что роль права ограничивается обеспечением безопасности жизни человека и его имущества, а также предоставлением возможности людям полагаться на заключенные ими сделки и договоры в полной уверенности, что последние, в случае необходимости, будут подлежать принудительному исполнению в законном порядке, представлялось естественным смотреть на науку права, как на нечто полностью обособленное и автономное, мало, если ни совсем не нуждающееся в связях с другими отраслями человеческого знания. Современное государство благоденствия, с другой стороны, представляет собой совершенно иную картину, поскольку в условиях такого государства право проникло почти во все сферы социальной и экономической деятельности человека. И все же юрист вправе претендовать на определенную автономию в том смысле, что даже чисто технические процедуры современной правовой системы требуют специального образования, опыта, знаний и интуиции. Ими могут обладать и применять их на практике только высоко квалифицированные специалисты-профессионалы в области права, включая судей. Юристы обладают, например, уникальным опытом и умением составлять различные документы, давать оценку имеющимся доказательствам, проводить расследования и процессуальные действия таким образом, чтобы в результате прийти к обоснованным выводам, явившимся логическим следствием тщательного и беспристрастного отбора и анализа свидетельских показаний и аргументов сторон.

ПРАВО И СОЦИАЛЬНЫЕ НАУКИ

В то же время современная правовая система оказывает влияние на многочисленные аспекты повседневной жизни простых людей и особых категорий граждан. Действительная ситуация далека от той, которая рисуется в воображении некоторых юристов, полагающих, что только их специальное образование и опыт могут служить надежными ориентирами определения реального характера социальных и экономических проблем, с которыми имеет дело право и решению которых оно призвано служить. Тот простой факт, что прокуроры и судьи постоянно занимаются уголовными делами, не дает им уникальных или особо ценных знаний относительно характера преступности или мышления преступников. Наоборот, можно предположить, что, систематически сосредотачивая свое внимание на одной стороне жизни обвиняемых, то есть на их поведении и действиях во время судебного процесса, а также на изучении информации об их прошлых правонарушениях, которую суд может получить из полицейских источников, они склонны создавать весьма однобокую картину, вводящую в заблуждение и искажающую настоящее положение вещей. И еще. Все дела по семейно-брачным отношениям касаются таких предметов и тем, которые очень важны как для всего общества, так и для отдельных лиц, участвующих в конкретном судебном разбирательстве. Но и здесь снова у адвокатов и судей, занимающихся подобными делами, нет больших возможностей для более глубокого изучения влияния этих решений и их последствий на все общество в целом. В подобных случаях всегда существует широкое поле для беспристрастного научного анализа основных фактов и подлинной природы тех проблем, с которыми приходится иметь дело праву. Такие социальные науки как криминология, психиатрия и социология находятся, без сомнения, на самой начальной стадии своего развития и поэтому неспособны дать исчерпывающий ответ на все встающие перед обществом вопросы. И тем не менее, уже имеются доказательства, подтверждающие, что эти области знания могут внести значительный вклад в понимание правовой системы

и в её функционирование, а также в ее усовершенствование с целью адаптации к проблемам будущего. (2а)

ПРАВО И ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Нет никакой нужды заниматься здесь составлением перечня проблем, при изучении которых право может плодотворно использовать данные других дисциплин. Однако, все же следует вкратце остановиться на одной или двух наиболее важных. Совершенно очевидно, что в сфере трудовых и производственных отношений любая попытка правового регулирования ограничительной практики, как со стороны работодателей, так и со стороны профсоюзов, становится неэффективной без учета мнений экономистов и социологов. Показательно, что создание в Англии Суда по ограничительной практике ознаменовало собой новый этап в подходе к подобным делам. Он характеризуется следующими чертами: во-первых, теперь это специальный суд под председательством судьи, которому помогают несколько умудренных опытом граждан, не являющихся профессиональными юристами; во-вторых, суд предоставляет широкие возможности для выступлений в нем экспертов-экономистов, излагающих свои доводы и, наконец, рассмотрение свидетельских показаний и доказательств в данном суде не подчиняют чисто техническим процессуальным нормам, определяющим процедуру дачи показаний в обычных судебных процессах.

Разрешение трудовых споров, касающихся зарплаты или условий труда по коллективному договору, требует гораздо более внимательного изучения их экономической подоплеки, а также поиска адекватных процедурных методов их улаживания. Сравнительный анализ различных типов процедур, используемых в разных странах, и их эффективности может оказаться весьма ценным для Англии, где подход к трудовым спорам все еще несет на себе отпечаток узкого понимания идеи права, согласно которому производственные конфликты не относятся к компетенции судов в полном смысле, поскольку считаются скорее политическими и потому более подходящими для улаживания путем переговоров или посредством добровольного арбитража. Тот факт,

что многие другие развитые страны, такие как Австралия, Швеция и Германия, находят вполне возможным улаживать подобные споры при помощи судебного или квазисудебного механизма, так как, по их мнению, существуют вполне объективные критерии для их разрешения, является вполне убедительным доказательством необходимости коренного пересмотра ситуации, сложившейся в Англии в этой сфере. Закон о производственных отношениях 1971 г., отмененный в настоящее время, хотя и не предусматривал обязательного арбитража, ввел правовой контроль в области производственных отношений. В дальнейшем были приняты и другие меры ограничительного порядка. В условиях правления консерваторов вряд ли возможна любая эффективная функционирующая форма обязательного арбитража. И кроме того, остается нерешенной еще и проблема участия представителей рабочих в деятельности правлений компаний. (2аа)

РЕФОРМА СУДЕБНЫХ ПРОЦЕДУР

Даже такие, казалось бы, узко специальные вопросы, как различные формы отправления правосудия, участие присяжных заседателей в процессе (2Б), представление различного рода доказательств и их оценка, не дают юристам веских оснований рассматривать их в качестве сугубо профессиональных и считать, что только они могут решать их в свете своего опыта и знаний. Ничто не препятствует подходить к рассмотрению подобных вопросов с точки зрения установления и оценки фактов, осуществляемых социологами или совместно социологами и юристами. Можно поэтому надеяться, что в будущем ни одна из сфер правовой системы не будет рассматриваться как некая священная территория, закрытая для изучения извне, и юристы не будут препятствовать такого рода изучению, видя в нем своего рода вмешательство в их сугубо внутренние профессиональные дела. (2ББ)

РОЛЬ УНИВЕРСИТЕТОВ

Конечно, одно дело – заявлять, что право должно постоянно стремиться к установлению прочных связей с

другими отраслями знания, и совсем другое, – добиться этого на практике.

В этом отношении роль университетов как центров взаимодействия и сотрудничества различных дисциплин представляется наиболее вероятной и обнадеживающей (2с). В Америке социальные науки уже давно пользуются авторитетом и широко изучаются в университетах. В последнее время растет их престиж и значение и в Англии, и в других европейских странах. Хотя в некоторых американских университетах, таких как Йельский и Чикагский, этот вид междисциплинарного сотрудничества уже приносит свои плоды, английским университетам еще предстоит сделать очень многое в этом направлении. В значительной степени этому способствует создание специальных институтов, занимающихся изучением конкретных дисциплин, таких как криминология, где правовой и социологический анализ идут рука об руку. Более широкий взгляд в юридическом образовании на возможности тесного взаимодействия правовой системы с другими сферами общественной жизни и ее влияния на социальные институты позволяет надеяться с большой долей вероятности, что доминирующим элементом идеи права в ближайшем будущем станет не столько акцент на независимом характере права, сколько на его функции, как инструмента социального взаимодействия и прогресса.

РОЛЬ ПРАВА НА МЕЖДУНАРОДНОЙ АРЕНЕ

В наш ядерный век идея права внесла решающий вклад в мирное урегулирование споров и предотвращение войны. Более того, мирные инициативы более не ограничиваются нашей планетой, доказательством чему служит первый Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, заключенный в 1967 г. Отличительной чертой развитой системы права по сравнению с более примитивной является наличие судов (трибуналов), которые имеют в своем распоряжении все необходимые средства для принудительного исполнения своих обязательных для тяжущихся сторон решений. Не-

смотря на то, что и на международной арене предпринимались попытки наделения трибуналов достаточной компетенцией для принятия обязательных решений по правовым спорам, основные проблемы остаются и по сей день. Они касаются прежде всего обязательности принимаемых решений и их принудительного исполнения.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СУДЫ (Трибуналы)

Международное право до сих пор сталкивается с широко распространенным сопротивлением многих государств, утверждающих, что существуют определенные виды трансграничных конфликтов, не подпадающих под юрисдикцию международных судов, поскольку эти конфликты, мол, по своей природе скорее политические, чем правовые, и по этой причине они не могут быть адекватно урегулированы посредством вынесения судебных решений. Руководствуясь именно такой точкой зрения, Устав Организации Объединённых Наций оставил на усмотрение каждого государства-члена вопрос о том, принимать или нет принцип обязательной юрисдикции. В результате, в соответствии с так называемой «факкультативной клаузулой» (Optional Clause), ряд государств согласились в обязательном порядке передавать на рассмотрение в Международный суд определенные категории правовых споров. Но даже такая ограниченная юрисдикция оговаривалась рядом условий. Например, США исключили из нее «споры по вопросам, относящимся в основном к внутренней компетенции Соединенных Штатов Америки, как она установлена Соединенными Штатами Америки». На самом деле это означает, что окончательное решение, признавать обязательную юрисдикцию Международного суда или нет, остается за государством-членом ООН, которое сделало на этот счет соответствующую оговорку.

В наши дни повсеместно признано, что различие между спорами политического и правового характера, или Подсудными и неподсудными спорами, не поддается приемлемому анализу. (3) Остается фактом, что в подобных случаях приоритет имеют политические соображения, противостоять которым не в состоянии ни одна правовая теория, но Которые

можно «юридизировать» лишь постепенно добиваясь признания, что национальные интересы, сколь бы жизненно важными они ни были, в конечном итоге будут намного лучше защищены посредством подчинения спора независимой и беспристрастной международной юрисдикции, а не путем предоставления самим государствам свободы действий в отстаивании собственной точки зрения, включая, в случае необходимости, и применение силы. Как уже говорилось, в других областях, например, в сфере трудовых отношений и взаимоотношений работодателей и профсоюзов, подобное нежелание признать возможность рассмотрения всех потенциальных споров и конфликтов, могущих возникнуть в данной области в судебном порядке, послужило в некоторых странах препятствием к их объективному урегулированию в рамках закона. И тем не менее, постепенно было признано, что для судебного рассмотрения конфликтов такого рода не существует принципиальных препятствий. Нет нужды упоминать о том, что в области международных отношений человечество сталкивается с гораздо более сложными проблемами. И следует признать, что при современном политическом дисбалансе на мировой арене великие державы, такие как США, должны проявлять добрую волю и соглашаться на подчинение всех споров юрисдикции независимого суда.

Принудительное исполнение решений
международных судов (трибуналов)

Проблема принудительного исполнения решений международных трибуналов, даже если по спорам, подпадающим под их юрисдикцию, поднимает ряд вопросов далеко идущего характера, поскольку принуждение к государствам осуществить намного сложнее, чем по отношению к отдельным гражданам или корпорациям. Природа этой проблемы уже исследовалась выше, равно, как подчеркивался тот факт, что современное международное право требует совершенно иного подхода, чем государственное право, которое представляет собой свод норм и правил, способных быть принудительно примененными к отдельным лицам и организациям, сколь влиятельны они ни были, не вызывая в ответ серъ-

езного сопротивления с их стороны. На практике существует множество примеров, даже в области внутренних дел государства, когда применение закона предусматривает большую ИЛИ меньшую степень принуждения либо в силу сопротивления значительной части населения, как это имело место в южных штатах США по отношению к интеграции афро-американцев в жизнь общества, либо по причине сопротивления со стороны влиятельных граждан и могущественных корпораций, которые, применяя угрозы и подкуп, иногда могут помешать должному развитию правовых процессов. Теоретически в стране с развитой правовой системой не может возникнуть причин, препятствующих тому, чтобы принудительному исполнению закона был подвергнут любой, даже влиятельный гражданин. Очевидно, что ситуация на международной арене совсем иная, поскольку отсутствуют организованные международные силы, способные эффективно противостоять некоторым действительно весьма могущественным в военном отношении государствам. Кроме этого, в ядерный век применение силы против какого-то государства или государств может иметь своим последствием не избежание более серьезного конфликта, а провоцирование глобальной катастрофы. В определенных случаях в международных делах могут оказаться эффективными некоторые формы принуждения без применения силы, например, различные виды экономического давления (За). Но всегда следует помнить о том, что целью правового регулирования является сохранение и поддержание мира и воздержание от действий, которые могут спровоцировать неадекватную реакцию со стороны государств, подвергшихся осуждению мировым сообществом, поскольку это, в свою очередь, чревато угрозой существованию всего человечества. И еще. Система, не исключающая возможности применения силы к небольшим и слабым в военном отношении государствам при попустительстве великих держав, является абсолютно неприемлемой с точки зрения основных принципов правосудия, о чем говорилось выше (4), и может оказаться менее эффективной, чем та, в которой вообще отсутствует элемент принуждения.

Преступления против человечества и «геноцид»

Здесь нет необходимости обсуждать все те насущные проблемы, которые стоят перед человечеством в области международных отношений. Достаточно коснуться одной-двух из них. Новые и сложные проблемы были порождены бурным развитием международного воздушного сообщения, но полеты ракет, а затем и выход человека в космическое пространство указывают направление для развития идеи права и ее приспособления к таким новым реалиям, о которых предыдущие поколения и думать не могли. Впрочем, и помимо космоса сфера международных отношений на нашей планете, позволяет с достаточной долей уверенности утверждать, что существует область, где идея права будет играть все возрастающую и наиважнейшую роль. Выше уже говорилось о том, какие усилия были предприняты в сфере основных прав человека с целью обеспечить их признание всеми государствами и даже разработать некий правовой механизм, позволяющий индивидам добиваться защиты от несправедливости, совершенной против них в их собственной стране или за ее пределами.

Другим аспектом проблемы основных прав человека является признание того, что преступления могут совершаться не только против отдельного индивида, но и против всего человечества в целом в результате действий, совершаемых с намерением уничтожить полностью или частично какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу, как это имело место в нацистской Германии и получило название «геноцид». Судебный процесс в Нюрнберге над нацистскими военными преступниками показал необходимость создания некоей формы международного уголовного права в сочетании с соответствующим судебным механизмом и возможностью вынесения наказаний и их принудительного исполнения с тем, чтобы виновные в такого рода массовых преступлениях, совершенных в результате их широкомасштабной криминальной деятельности, не смогли избежать заслуженного наказания. Хотя в некоторых авторитетных кругах и высказывались сомнения насчет законности подобных процедур, это можно объяснить только тем,

что они исходили из характеристики права, как статичного понятия, неспособного в принципе развиваться и приспосабливаться к новым, меняющимся ситуациям. (5)

Следует, однако, согласиться с определенными оговорками, высказываемыми в этом плане, на том основании, что обвинение в геноциде предъявлялось ретроспективно по отношению к совершившим его. С другой стороны, аналогия между ролью права на международной арене и в рамках отдельного государства не совсем точна, и можно утверждать, что в современном мире должна признаваться способность международного права к развитию, равно как и существование деяний, столь отвратительных по своему характеру и грубо попирающих установленные в цивилизованном обществе нормы, что возникает необходимость в правовом признании их незаконности, даже если до того они не были объявлены вне закона. Некоторые увидят в такого рода аргументах стремление возродить что-то подобное естественно-правовым принципам. Действительно, ряд сторонников Нюрнбергского процесса пытались обосновать его законность, именно исходя из этих принципов. И тем не менее, признание тех или иных морально-этических норм, доминирующих в конкретном обществе, да и в мировом сообществе в целом, на определенной стадии развития человечества, не должно основываться на принятии неизменных принципов естественного права. В данной связи можно также отметить, что во время известного судебного процесса над *Эйхманом* в Израиле государство заявило о своем праве судить и после вынесения обвинения наказать виновного в преступлении геноцида. Эйхмана судили по национальному праву Израиля, и поэтому можно рассматривать законность этого процесса, как вытекающую из основных принципов государственного суверенитета. В то же время, и об этом уже говорилось выше, принцип суверенитета не так легко примирить с провозглашением основных прав и свобод человека, вследствие чего можно сказать, что значение процесса над *Эйхманом* было бы значительно весомее, если бы он во всем и до конца следовал установленным международно-правовым принципам.

Унификация торгового права

И, наконец, во внешнеэкономической сфере следует остановиться на многочисленных попытках унификации права международной торговли. Торговля является одним из тех аспектов социальной жизни человека, который тесно связан с различными формами правового регулирования, и хаос, царящий в конфликтующих законах в этой сфере в разных государствах, совсем не облегчает задачу тех, кто стремится к расширению мировой торговли. (б) Целью единообразного торгового кодекса не является создание некоей наднациональной организации, но в современных условиях постоянно возникают и развиваются интеграционные организации такого рода. Самой известной среди них и наиболее противоречивой является, пожалуй, Европейское Экономическое Сообщество (ныне - Европейский Союз — прим. пер.), которое чаще называют «Общим рынком». Такая форма экономического и правового сотрудничества между группой европейских стран носит постоянный характер, что повлекло за собой создание ряда наднациональных органов, наделенных правотворческой компетенцией. Подобные объединения все чаще возникают в различных регионах мира. Это ведет к формированию нового мышления, переосмыслению традиционных основ западной юриспруденции, таких как доктрина суверенитета и межгосударственные отношения не только на уровне государств *inter se*, но и на уровне граждан, включая наряду с гражданами стран-участниц интеграционных группировок и граждан третьих стран.

Трудно не согласиться с тем, что идея права в прошлом внесла неоценимый вклад в человеческую культуру. Политическая нестабильность современного мира со всей очевидностью свидетельствует о том, что, выживание цивилизации во многом будет зависеть от её способности адекватно отвечать на вызов все новых возрастающих требований, предъявляемых к этой основополагающей концепции. Только одна эта причина, не говоря уже о других, ставит на повестку дня необходимость более творческого подхода к идее права, чем когда-либо в прошлом.

ПРИМЕЧАНИЯ

1. НЕОБХОДИМО ЛИ ПРАВО?

1. Например, движение анабаптистов в начале Реформации. См.: L. von Ranke, *History of the Reformation in Germany*, Book VI, Chapter 9. (Перевод Sara Austin) Движения подобного рода могут до сих пор служить либо импульсом к социальным и правовым реформам, либо, что происходит более часто, провоцировать действия репрессивного характера.
- 1a. См.: R. Williams, *Keywords*, 1976, p.126.
2. См.: Becker and Barnes, *Social Thought from Lore to Science*, 3rd ed., 1961, vol.1, pp 69-70.
3. *Ibid*, p.78.
4. Государь, гл.18.
5. Перевод дается по Овидий. *Метаморфозы*. М. 1977. с.33 (пер. С. Шервинского)
6. Из 2-го письма книги XIV Сенеки (*Нравственные письма к Луцилию - Epistulae Morales*), цит. по А. J/ Carlyle «A history of mediaeval political theory in the West», v. 1, p. 23-24.
7. Оптимистический взгляд на социальные проблемы человека, согласно которому их относят в основном, если не целиком и полностью, к проблемам окружающей социальной среды (так, например, детская преступность объясняется бедностью или семейным неблагополучием и т.п.), характерен для современной социологической мысли. Но в последнее время социология высказывается скорее в пользу усиления правового контроля, чем его ослабления: см. ниже гл.9.
8. *Laws*, 890 d.
- 8a. По версии Апостола Павла любовь, а не мудрость делает закон ненужным: См: J. Hall, «Paul, the Lawyer on Law», *Journal of Law and Religion*, 1985, p. 48.
9. A. Maude, *Life of Tolstoy*, vol.11, p.223.
10. *Ibid*, pp 226-227. Распространенное в наши дни незаконное заселение пустующих жилых помещений так называемыми «скваттерами» несет на себе печать анархизма в той мере, в какой это ведет к отрицанию общества.
11. О соотношении обычая и права см. ниже, гл.10.
12. A. Maude, *op.cit.* vol.II, p.222

ПРИМЕЧАНИЯ

13. См. ниже, гл.9.
14. Сэр Грэфтон Эллиот Смит был профессором анатомии в Университетском колледже Лондона с 1919 по 1936 г.
15. Human History, Academy Books ed., 1933, p.189.
16. Herbert Reeds, A Coat of Many Colours, 1947, pp.62-65.
17. H.Read, op.cit. pp.59-60. См. также: G.Baldelli, Social Anarchism, 1971, а также Nozick, Anarchy, State and Utopia, 1974.

2. ПРАВО И СИЛА

1. См.: Н.А. Frankfort, Before Philosophy, p.156.
- 1а. Недавние эксперименты, проведенные Милграмом, показывают важность авторитета власти. См. его Obedience to Authority, 1974.
2. См. Max Weber, Law in Economy and Society, ed. Rheinstein, 1954, chapters 12 and 13.
3. См.: Н.Р. Trevor-Roper, The Last Days of Hitler, Pan Books ed., p. 171. («Загнанный в западню в осажденном городе, находящийся на глубине 50 футов под землей, не имеющий средств связи с внешним миром, абсолютно истощенный и умственно и физически, не располагая ни силой к принуждению или убеждению, ни возможностью создания механизма сопротивления, Гитлер, тем не менее, оставался в мире созданного им хаоса единственным повелителем, приказам которого все еще беспрекословно повиновались».)
- За. R. M. Unger. «Law in modern society», 1976. Автор утверждает, что западное общество движется к «пост-либеральному» порядку, который характеризуется корпоративной клановостью, дискреционным правом и политически ориентированным правовым мышлением.
4. См.: R. Bendix, Max Weber: An Intellectual Portrai, pp. 413-414.
5. Op.cit. pp.379-380.
- 5а. Современное и авторитетное изложение теории общественного договора можно найти у Роулса: см. Rawls, A theory of Justice, 1971.
- 5аа. См.: ниже, гл.14.
- 5Б. См.: ниже, гл.5, а также J.W.Harris, Law and Legal Science, 1979.
6. Макс Вебер цит. по Н.С.Hughes, Consciousness and Society, 1959, p. 13. Следует добавить, что современная социология

ПРИМЕЧАНИЯ

- предпочитает термин «модель» термину «идеальный тип», которым пользовался М. Вебер.
- 6а. Принудительное штрафование упорно неподчиняющихся профсоюзов в виде секвестрования их имущества является показательным примером.
- 6аа. Международные санкции в отношении ЮАР в качестве средства давления на режим апартеида могут служить примером из недавнего прошлого.
- 6б. См.: Barkun, *Law without Sanctions*, 1968.
7. *Future of an Illusion*, pp.4-6.
8. *Civilization and Its Discontents*, p. 85.
9. H. S. Hughes, *Consciousness and Society*, p. 137.
10. Ср: J. A. C. Brown, *Freud and Post-Freudians*, 1961, pp.13-16. См. также A. Storr, *Human Aggression*, 1968. За современными примерами не надо далеко ходить — взять хотя бы рост подростковой преступности, «немотивированный» вандализм, хулиганство футбольных фанатов, расовые волнения и терроризм.
11. D. Macrae, *Ideology and Society*, p.211.
12. K. Olivecrona, *Law as Fact*, 1st ed., pp. 124-125.
13. Для более строгого разграничения первичных норм, которые формируют образец поведения, и вторичных, указывающих, каким образом следует определять и применять первые, см: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, гл.5. Версия правового позитивизма Харта является наиболее распространенной в настоящее время. (См: N. MacCormick, H. L. A. Hart, 1981.)
14. В отношении таких приказов существует и действует право апелляции.

3. ПРАВО И МОРАЛЬ

1. См.: «Законы» Платона. (пер. на англ. яз. А. Е. Тэйлора), стр.1.
2. Книга Иова XIII, 15.
3. Пер. по «Критон» Диалог, Платон, соч. в 3-х т., М.1968, стр. ИЗ и сл.
4. См.: гл. 4.
5. Естественно, этой точки зрения не придерживались все поголовно в Афинах V - IV вв. Так, у Софокла в «Антигоне» есть признание, что существует закон выше государствен-

П Ы Л М Е Ч Л П И Я

ного, созданного человеком. Но этот конфликт не находит своего разрешения, оставаясь символом трагической судьбы человека.

- 5а. Ср. с обязательством не повиноваться закону, которое можно найти у некоторых современных авторов, выступающих за гражданское неповиновение, напр.: Walzer, *Obligations*, 1970.
6. Вопрос, заданный лордом Паркером в процессе по делу о праве журналиста не раскрывать свои источники информации, с этой точки зрения представляется чрезмерно безапелляционным. Он спросил: «Как можно говорить о бесчестии, если долг каждого гражданина ставить интересы государства превыше всего?» (См. газету *Guardian* от 7.3.1963).
7. См. ниже, гл.13.
8. Report on Homosexuality and Prostitution, 1957, Cmnd 247.
- 8а. Sexual Offences Act, 1967 .
- 8b. С М . Sir Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, 1959. В качестве противоположной точки зрения см.: Н.Л.А. Hart, *Law, Liberty and Morals*, 1963.
9. Collins v. Collins, 1964, A. C. 644.
- 9а. Matrimonial Causes Act, 1973.
- 9b. Dunn J. In *Livingstone-Stallard v. Livingstone-Stallard*, 1974, Fam.47, 54.
- 9с. *Wachtel v. Wachtel*, 1973, All. E. R. 823.
- 9d. *Pheasant v. Pheasant*, 1972, Fam.202.
- 9е. *Richards v. Richards*, 1972, All E. R. 695.
- 9f. С М . *Williams v. Williams*, 1964 A. C. 698 (о жестоком обращении) и *Richards v. Richards*, 1972.
10. См.: per Rees, J. in *Thurlow v. Thurlow*, 1976, Fam.32.
11. *Shaw v. Director of the Public Prosecutions*, 1962, A. C. 220. and *Kneller v. D. P. P.*, 1972, 2 All E. R. 898.
12. См. ниже прим. 25 к гл. 10.
13. См.: Barbara Wootton, «Diminished Responsibility» in *Law Quarterly Review*, vol. 76, 1960, p.224; M. Ancel, «Social Defence» in *Law Quarterly Review*, vol. 78, 1962, p.491.
14. The Homicide Act, 1957 (Закон об убийстве, 1957 г.) впервые в Англии ввел защиту на основе «меньшей ответственности», с помощью которой аномалии в умственном развитии обвиняемого в убийстве, но не полное лишение рассудка, могут привести к тому, что преступление, будет квали-

ПРИМЕЧАНИЯ

- фицировано как непреднамеренное, а не умышленное убийство. По вопросу об автоматизме см. *Bratty v. A. G. for Northern Ireland*, 1963, A. C. 386.
- 14а. *Sweet v. Parsley*, 1970, A. C. 132.
15. *Director of Public Prosecutions v. Smith*. 1961, A. C. 290. The Criminal Justice Act, 1967 изменил это положение, разрешив предоставление доказательств истинных намерений подсудимого. См.: *Hyam v. D.P.P.*, 1974, 2 All E.R. 41
16. Можно сказать, что частично это проистекает из детерминистских взглядов на поведение человека, а частично из точки зрения, что умственное здоровье человека и умственные болезни не могут выражаться адекватно медицинскими терминами.
17. См.: Н. Л. А. Hart, *Punishment and the Elimination of Responsibility*, 1962; *The Morality of the Criminal Law*, 1965.
18. См.: *Law Quarterly Review*, vol. 76, 1960, p. 239.
19. См.: ниже, гл. 9.

4. ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО И ЕСТЕСТВЕННЫЕ ПРАВА

1. Ветхий Завет, Книга Иисуса Навина, X, 12-13. Конечно, на этой стадии развития не проводилось четкой разницы между тем, что естественно и тем, что сверхъестественно: см. Durkheim, *Elementary Forms of Religious Life*, Collier Books ed., pp. 41-43.
2. См.: J. Needham, *Science and Civilization in China*, vol. 2, 1956, chapter 18.
3. См.: *Markus Aurelius, Meditations*, Book IV, 4.
4. *The City of God*, Book IV, chapter 4.
5. См.: *Bonham's case* (1610), 8 Rep. 114, 118.
6. *The Social Contract*, Book I, chapter 7.
7. См. ниже гл. 9.
8. См. ниже гл. 10.
9. Социологическая основа естественного права, по мнению таких авторов, как Жени и Дюги, заключается скорее в рациональных аргументах абстрактного характера, чем в анализе первичных фактов психологии и поведения человека, вопреки тому, что сам Жени провозглашал «свободный научный анализ» в качестве своего кредо, а Дюги настаивал на «социальной солидарности» (как пишет французский социолог Дюркгейм).

ПРИМЕЧАНИЯ

10. По этим делам см.: Harvard Law Review, vol.71,1958, p.593 и Н.О.Рарре in Modern Law Review, vol.23, 1960, p.260. Законы нацистской Германии рассматривались Палатой лордов в деле Oppenheimer v.Cattermole, 1975, All E.R. 538, когда лорды Кросс, Сэлмон и Ходсон отказались признать законы нацистской Германии в качестве таковых на том основании, что они самым грубейшим образом нарушали права человека.
11. Наглядным примером этой тенденции служит популярность таких работ, как «Закат Европы» Шпенглера.
12. См. также гл.5.
13. См.: Bonsor v. Musician's Union, 1956, A. C. 104.
14. Re Meyer, 1971, 2 W.L.R. 40. Решения иностранных судов не признаются и в том случае, если считается, что они нарушают принцип естественной справедливости. См.: Lepre v/Lepre, 1963, 2 All E.R. 49.
15. По мнению Финниса, существуют определенные основные блага, которые являются объективными ценностями в том смысле, что каждый разумный человек должен стремиться к ним как к высшей цели. (См.: J. M. Finnis, Natural Law and Natural Rights, 1980.) Именно на основании этих «очевидных» основных благ он пытается подойти к разрешению многих проблем.

5.ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ

1. См.ниже гл.8.
2. E. Halevy, Growth of Philosophic Radicalism, p.27.
- 2a. Но он признает, что утилитаризм оправдывает сопротивление в том случае, «когда негативные последствия сопротивления представляются значительно меньшими, чем последствия подчинения без оказания всякого сопротивления» (A Fragment on Government, chapter 4, 21)
3. См.: D.V. Cowen, The Foundations of Freedom, 1961 .
4. См. ниже гл.7.
5. Цит. no D.G.Charlton, Positivist Thought in France during the Second Empire, 1959, p.28.
6. См.: Malcolm Cowley, Literary Situation in America, 1954, pp.75-76.
7. C.R. Leslie, Life of Constable, Phaidon ed. P.323.
8. Basil Taylor, The Impressionists and Their World, p.7.

ПРИМЕЧАНИЯ

9. Там же, стр. 11.
- 9а. См.: Bentham «Of laws in general* (ed. Hart, 1970).
10. См.: гл. 12.
11. См.: гл.11.
12. См.: гл. 11.
13. См.: гл.9.
14. Ведущий антрополог установил, что количество общих для всех ограничений минимально. См.: Mead, 1961, 6 Natural Law Forum 51.

6. ПРАВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

1. См.: J. Rawls, A Theory of Justice, 1971.(Русс, пер.: Джон Ролз.Теория справедливости. Новосибирск., 1995.)
- 1а. Это различие между «формальной» и «конкретной» справедливостью впервые появилось в работе К. Перельмана «О справедливости», опубликованной в 1945 г. (С. Perelman, De la Justice, 1945). Теперь есть и ее перевод на англ.: The Idea of Justice and the Problem of Argument, 1963. О ценностях «социальной» справедливости см. D.Miller, Social Justice, 1976.
2. См.: кроме того, об этом: С. Perelman «The Idea Of Justice and the Problem of Argument», 1963. См. также ниже гл.11.
3. Большинство «частных» Актов Парламента излагают общие нормы, регулирующие какой-то конкретный институт или категорию институтов.
4. Эта проблема будет еще рассматриваться ниже, при знакомстве с теорией Кельзена. См. ниже, гл.8.
5. Leviathan, chapter 21.
6. Institutes, part 1,138.
7. Считается, что такая договоренность разрешена законом. Некоторые правовые системы наделяют семью «легитимной долей» наследства; в Англии суд может вынести решение о разумном выделении части имущества покойного супруга (или супруги) в пользу оставшегося в живых и детей, а возможно, и некоторых других лиц. См.: Inheritance Act, 1975.
8. См.: главу 11.
9. Напр., во Франции.
10. Выступление в пользу введения Билля о правах в Англии см.: Sir L. Scarman, English Law — The New Dimension, 1974, pp.10-21..

ПРИМЕЧАНИЯ

Противоположное мнение содержится у Лорда Хэмстэда: Lord Lloyd of Hampstead, «Do we need a Bill of Rights», 1976, 39 M. L. R. 121, а также в Докладе Специального Комитета Палаты лордов по Биллю о правах (Report of the Select Committee of the House of Lords on a Bill of Rights, 1978), мнение которого в отношении того, включать или не включать в английский закон Европейскую Конвенцию по правам человека, разделились почти поровну. Попытки провести Билль через Парламент пока успехом не увенчались. (Конвенция инкорпорирована в английское право в 1998 г. — Прим. пер.)

7. ПРАВО И СВОБОДА

1. См. выше, гл. 2.
- 1a. См.: I. Berlin. «Two Concepts of Liberty»? 1969.
2. См. выше, гл. 4 и ниже, гл. 7.
3. Положения писаной конституции, гарантирующие основные права и свободы человека, не всегда имеют «приоритет». Напр., канадский Билль о правах 1960 г. представлял по своей форме обычный статут (закон) и поэтому не мог отменять последующих законов, противоречащих ему, хотя в деле он рассматривался в качестве обладающего особой конституционной силой. Новая конституция Канады и Хартия о правах и свободах вступили в силу в 1982 г. Они не совсем идентичны Конституции США в том смысле, что и Парламент и законодательные органы провинций обладают полномочиями отменять «основные права», гарантируемые Хартией, в силу простой оговорки в законодательстве, гласящей, что оно действует, несмотря на положения Хартии. Основные права и свободы подчиняются также «таким разумным ограничениям, предусмотренным законом, применение которых оправдано в свободном и демократическом обществе» (цитата из Европейской Конвенции по правам человека.)
4. Введение системы бесплатной юридической помощи или (как в Англии) предоставления юридической поддержки очень важно в этом отношении.
5. См. особо: Brown v. Board of Education, 347 U.S., 483, 1954
- 5a. См. в этой связи: The Race Relations Act, 1968/
- 5b. В деле University of California v. Bakke, 1978, 98 S.C. 2733,

ПРИМЕЧАНИЯ

Верховный суд США отверг «дискриминацию наоборот» в форме расовых квот, хотя другие формы позитивных действий могут оказаться вполне приемлемыми.

6. См. ниже, в данной гл.
7. См. ниже, гл. 10, а также Supply of Goods Act, 1973, Consumer Credit Act, 1974, Unfair Contract Terms Act, 1977. Все эти законы направлены на защиту прав потребителя.
- 7а. Впоследствии лейбористское правительство ввело «улучшающий сбор» на перспективные земельные владения, который был отменен сменившим его консервативным правительством. Затем лейбористы, вновь пришедшие к власти, приняли Закон об общественных землях, который был отменен в 1980 г. Налог на обработку земельных угодий был принят в 1976, но отменен в 1985.
- 7б. См.: Public Order Act, 1986
- 7с. Европейский суд по правам человека в 1986 г. отклонил иск о неадекватности компенсации, выплаченной судостроительной промышленности по закону о национализации 1977 г. Иск был предъявлен в связи с тем, что она якобы несовместима с Европейской Конвенцией по правам человека. (См.: Current Law, 1986, 380.)
8. См.: Employment Acts, 1980 & 1982; Trade Union Act, 1984. Эти законы предусматривают процедуру тайного голосования в отношении проведения забастовок и некоторых выборов в профсоюзах. Закон 1990 г. отменил систему закрытых предприятий (т.е. таких, куда принимались только члены профсоюза.)
- 8а. См.: Broome v. D.P.P., 1974, 1 All E.R. 314 и Kavanagh v. Hiscock, 1974, 2 All E.R. 177.
9. С М. Kahn-Freund, Labour and the Law, 1972 и Rideout, 1974, 27 Current Legal Problems 212.
10. Современное право допускает случаи строгой ответственности, т.е. ответственности без доказывания имевшей место небрежности, в определенных исключительных обстоятельствах. Но общий принцип остается неизменным. Во многих штатах США строгая ответственность предусматривает максимальный размер компенсации в отношении дорожно-транспортных происшествий. Как правило, не исключаются подобные иски и по общему праву, равно как и более высокие выплаты по ним.

ПРИМЕЧАНИЯ

- 10а. Такая схема была рекомендована Новой Зеландии Королевской Комиссией по компенсациям за нанесение физического увечья (1967г.) и позднее претворена в жизнь. Комиссия представила отчет по этому вопросу в 1978 г. (Cmnd 7054), но ее рекомендации не были учтены.
- 10б. Анализ, содержащийся в Докладе Файнера по проблемам неполных семей (с одним родителем), в котором, среди прочего, рекомендованы и государственные пособия таким семьям, является непревзойденным в этом отношении. См. Cmnd 5629, 1974.
- 10с. См.: Williams Report on Obsenity and Film Censorship, 1979, Cmnd 7772. О контроле за видеозаписями см.: Video Recordings Act, 1984. Контроль за соблюдением государственной тайны в соответствии с законом 1911 г. и поправками к нему 1989 г. также играет важную роль в осуществлении цензуры. Некоторые страны, например США, ввели у себя законы о свободе информации. В Англии существует мощное движение за принятие аналогичных законов.
- И. В этом законе особо следует отметить введение новых средств судебной защиты, основанных на научной или литературной ценности произведения, доказать которую при необходимости могут квалифицированные эксперты.
- 11а. См.: R. v. Calder & Boyars, 1968, 3 All E.R. 644. Но дело Knuller v. D.P.P., 1972, 2 All E.R. 898, в котором было признано вопиющее оскорбление общественного вкуса, кажется снова все смешало в одну кучу.
- 11б. См.: Theatres Act, 1968, который отменил подобную цензуру.
12. См.: Jordan v. Burgoyne, 1963, 2 All E.R. 225. Сравни с Cozens v. Brutus., 1972, 2 All E.R. 1297.
- 12а. Законы о межрасовых отношениях (The race Relations Acts) 1965 и 1968 гг. являются попыткой решить эту проблему.
13. Введение в состав Совета независимого председателя и некоторых независимых членов почти не изменило ситуацию, поскольку эти лица назначаются самим Советом, а его финансирование продолжает оставаться явно недостаточным. К тому же у Совета нет никаких полномочий по принудительному исполнению своих решений. Предполагается заменить Совет Комиссией по средствам массовой информации.
О прессе см.: Report of Royal Commission, 1977, Cmnd 6810.

ПРИМЕЧАНИЯ

- 13а. Ср. с дискуссией о том, должны ли все журналисты быть членами профсоюза. См-Trade Union (Amendment) Act, 1976.
14. См.: A - G v. Mulholland, 1963, 1 All E.R. 767; Brit. Steel Corp. v. Granada TV, 1981, 1 All E.R. 417. Но Закон о неуважении к суду (The Contempt of the Court Act) 1981 г. защищает нераскрытие источника информации, если только это не противоречит принципам справедливости или национальным интересам. См., напр.: X.Ltd. v. Morgan-Grampian Ltd., 1990, 1 All E.R. I.
15. См. выше, гл. 5.
16. Некоторые правовые системы действительно предоставляют подобные привилегии, напр., священникам. Английское право распространяет их только на юристов. Обычно такое положение объясняется тем, что это привилегия клиента. Но это сомнительное основание для проведения различия, поскольку его можно столь же успешно применять и в других случаях. Подлинной основой этих привилегий является то, что без них очень трудно, если не невозможно, вести судебный процесс. См.: British Steel Corp. V. Granada TV, 1980, 3 W.L.R. 744 (HL).
- 16а. Трудности возникали в связи с требованиями, в основном безуспешными, псевдорелигиозных организаций, таких как Церковь Сайентологии, «Мунитъ» и др., предоставить им статус благотворительных организаций.
- 16б. Закон 1965 г. об оплате жилья (The Rent Act) изменил эту тенденцию. См. также Rent Act, 1974.
17. См.: R.v. Brixton Prison (Governor), ex parte Enahoro, 1963, 2 All E.R. 477.
18. R. V. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Soblen, 1962, 3 All E.R. 373. См. Закон об иммиграции, 1971 г. (Immigration Act, 1971), предусматривающий специальную, хотя и ограниченную, процедуру обжалования. См. также Herple. 1971. Modern Law Review, Vol.34, p.501.
19. Аналогичной критике можно подвергнуть и решение по делу Chandler v.D.P.P., 1962, 3 All E.R. 142, постановившему, что, согласно Закону о государственной тайне (1911 г.) исполнительная власть должна определять исключительно по своему собственному усмотрению, что именно можно считать противоречащим интересам или безопасности государства.

ПРИМЕЧАНИЯ

20. Международный конгресс юристов в Дели в 1959 г. представил наднациональную концепцию Верховенства закона, давшую значительно более широкую интерпретацию этой идее. Были изложены основные свободы, которыми следует руководствоваться законодательным органам во всех странах, — такие как, свобода слова, религии и т.п. Заключительные документы Конгресса см. в the Journal of the International Commission of Jurists, vol. II, 1959, p.8, а комментарий к ним в «The Rule Of Law as a Supra-National Concept* by Norman S. Marsh in Oxford Essays in Jurisprudence, 1961, edited by A. G. Guest.
- 20а. Может предусматриваться, и часто действительно предусматривается, приостановление действия этих гарантий во время чрезвычайного положения (напр., интернирование в Северной Ирландии).
21. Это право подверглось резкой критике в 11-м Докладе Комитета по изменению уголовного права (11th Report of the Criminal Law Revision Committee, 1972, Cmnd 4991), и из-за негативной реакции со стороны многих так и не было реализовано.
22. См. выше гл. 3.
23. Наглядным примером является приводимый в Законах Хаммураби случай со строителем, проявившим халатность при строительстве дома. Дом обрушился, что явилось причиной гибели сына хозяина. В наказание сына строителя приговорили к смерти. См.: L. T. Hobhouse, *Morals in Evolution*, 7th ed., 82. (В русском переводе текст Законов Хаммураби см.: И. М. Волков. *Законы Вавилонского царя Хаммураби*. М. 1914. Стр.44., №230 - прим. пер.)
24. Например, в Англии, в случае, если официант или бармен выдали спиртное человеку, который уже явно находился в состоянии алкогольного опьянения, наказание может понести отсутствовавший в это время владелец заведения. Такие исключения делаются на том основании, что в подобных случаях закон будет слишком легко обойти, если ответственность не будет налагаться на того, по чьему поручению совершается противоправное действие.
- 24а. Модифицированная форма скандинавского Омбудсмана была введена в Англии в 1967 г. в соответствии с Parliamentary Commissioner Act, 1967. С тех пор появились и другие омбудсманы — в местных административных орга-

ПРИМЕЧАНИЯ

нах власти, а также в Национальной службе здравоохранения. В последнее время суды в значительной степени расширили их полномочия по контролю за исполнительной и административной властями посредством так называемых «судебных обзоров».

- 24Б. См.: *Murphy v. Brentwood D.C.*, 1990, 2 All E.R. 908.
25. См.: *Conway v. Rimmer*, 1968, 1 All E.R. 874.
26. См.: *Schenk v. U.S.*, 249 U.S. 47, 1919.
27. См.: *Palko v. Connecticut* 302 U.S. 319, 1937 и *Adamson v. California* 322 U.S. 46, 1946. Сравни с *Malloy v. Hogan* 375 U.S. 1, 1964.
28. См выше, гл.2.
- 28а. Так, не предусмотрено никакого механизма для принудительного исполнения решений Суда, хотя обычно они исполняются.
29. См.: 2 С.М..L.R.338. (1974).

8. ПРАВО, СУВЕРЕНИТЕТ И ГОСУДАРСТВО

1. В этом смысле понятие «народ» может быть тождественно понятию «государство», что дает основания для понятия «народный» суверенитет. См.: *Ross v. Lord Advocate*, 1986, 3 All E.R. 79. В этом деле было принято решение, что активы неинкорпорированного статутарного трастового банка сбережений принадлежат «Государству». По английской традиции и практике «Корона» (символическое обозначение монарха) часто выполняет роль государства, напр., когда государство является одной из тяжущихся сторон, хотя в уголовных делах «Король» или «Королева» всегда выступают в роли обвинителя.
2. См. ниже, прим.17.
3. Ср. выше, гл. 2.
4. *The Common Law*, 1881, p.1.
5. О «неразвитом» праве см. гл.10.
6. Остин употребляет этот термин для описания морали, «созданной человеком», в отличие от «Божественного закона».
7. *Harris v. Doenges*, 1952, T.L.R. 1245.
- 7а. В результате событий в Ю. Родезии (ныне Зимбабве) появились абсолютно противоположные решения Верховного суда этой страны и расположенного в Англии Тайного совета. См.: *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, 1968, 3 All E.R. 561.

ПРИМЕЧАНИЯ

8. См.: гл.2
9. См.: Закон о транспорте (Transport Act, 1962), вменяющий в обязанность должное отношение к эффективности, экономичности и безопасности всех операций.
10. См.: Закон об электроэнергии (Electricity Act, 1947), вменяющий в обязанность поддерживать эффективную, скоординированную и экономичную систему снабжения электроэнергией.
11. Crown Proceedings Act 1947, s.25.
- Па. Но в некоторых обстоятельствах даже платежи *ex gratia* могут быть предметом судебного пересмотра: см. *Lain's case*, 1967, 2 Q.B. 864.
12. См. выше прим. 6.
13. См.: *I.R.C. v. Collco*, 1961, 1 All E.R. 762.
14. Напр., Голландия.
15. См. выше гл. 2.
16. Раньше более употребительным названием был «Общий Рынок».
- 16a. *Van Duyn v. Home Office*, 1974, 3 All T.R. 178.
- 16aa. *Costa v. E.N.E.L.*, 1964, C.M.L.R. 425; *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr*, 1972, C.M.L.R. 255; *Italian Tax Administration v. Simmenthal*, 1978, C.M.L.R. 263 и *Factortame Ltd.v. Sec. of State for Transport*, 1990, C.M.L.R.
- 16b. См.: *European Communities Act*, 1972.
- 16c. Сравни с делом *Blackburn v. Attorney General*, 1971 2 1380.
17. Кельзен также отвергает «командную» теорию Остина, как смешивающую право с психологией.
- 17a. См. выше гл.8.
18. См. выше гл.11. О «Чистой теории» Кельзена и её критике см.: *D. Lloyd «Introduction to Jurisprudence»*, 5 th ed. 1985, chap.5.
19. Харт предлагает вместо базисной нормы более сложное решение в виде «принципа признания». См. *H.L.A. Hart, Concept of Law*, 1961, chapter 6.

9. ПРАВО И ОБЩЕСТВО

- a. О современной авторитетной теории общественного договора см.: *J.Rawls, A Theory of Justice*, 1971.
1. См. выше раздел Утилитаристы в гл.5.

ПРИМЕЧАНИЯ

2. Сравни с разделом Платон и Аристотель в гл. 4.
3. См. выше в гл. 5 о Праве, каково оно есть и каковым оно должно быть.
- 3а. О современных взглядах и оценке теории Гегеля см. S. Avineri, *Hegel's Theory of the Modern State*, 1972.
4. Ср. с гл. 2.
5. Таковой была признанная доктрина права нацистской Германии.
6. См. выше гл. 5 раздел о современной теории позитивизма.
7. См.: R. H. Tawney, *Religion and Rise of Capitalism*, 1929.
8. См. ниже, гл. 10.
- 8а. В наши дни в странах Запада возник (пробудился) новый интерес к марксизму. См., например, Quinney, *Critique of Legal Order*, 1974, Walton, *Taylor and Young, Critical Criminology*, 1974, H. Collins, *Marxism and Law*, 1982.
9. Сравни с разделом Право как наука в гл. 5.
10. См.: гл.2.
11. См.: гл.3.
12. См.: гл.11.
- 12а. Доклад о защите частной жизни, подготовленный Комитетом Янгера, был опубликован в 1972 и предлагал внести ряд изменений в существующие законы. В соответствии с решением по делу *Malone v. Commissioner of Police*, 1979, согласно общему праву подслушивание телефонных разговоров было признано не подлежащим контролю, но позднее такой контроль был установлен законом. (*Interception of Communications Act*, 1985.) Информация, хранящаяся в компьютерах также регулируется законом (*Data Protection Act*, 1984).
13. *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, 1959, p.6.
14. Но наиболее объективные реалисты обратили на это внимание. См. K. N. Llewellyn, *Jurisprudence; Realism in Theory and Practice*, 1962. В своей книге *The Common Law Traditions*, (1960), Ллевеллин стремится показать, что на самом деле в американской системе при принятии решений по апелляциям существует высокая степень предсказуемости благодаря присущим ей стабилизирующим факторам технического и процедурного порядка.
15. См. ниже, гл.11.
16. См.: Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, 6th ed., 1949.
- 16а. О последних достижениях **В** этой области, получивших на-

ПРИМЕЧАНИЯ

- звание «юриметрика и бихевиоризм» см.: Jurimetrics, ed. H.W. Baade, 1963 and G.Schubert, The Judicial Mind Revisited, 1974.
17. Сравни с первым разделом гл. 4.
 18. Для Англии может быть и неплохо, что позиция реалистов вызывает определенное неприятие, если не открытую враждебность, поскольку она подрывает авторитет закона.
 19. См.: Law as Fact, 1939.
 20. См.: гл.2.
 21. О более поздних взглядах Оливеркроны см. Law as Fact, 2nd ed. 1971. См. также: A. Ross, On Law and Justice, 1958, и Directives and Norms, 1968. Дальнейший анализ роли понятий в праве приведен в гл. 12.
 22. В качестве наглядного примера можно указать на попытку индийских судов примирить процедуру религиозных отлучений, обычно практикуемых главами религиозных общин, с современным понятием свободы вероисповеданий:
См.: J.D.M.Derrett in International and Comparative Law Quarterly, 1963, vol.12, pp. 693-697.
 23. См.:гл.8.
 - 23а. См.: Н. Berman, Justice in the USSR, 1963 и J.N. Hazard, Communists and their Law, 1969. Обращение с диссидентами и «отказниками» (напр. с Щаранским) являло собой печальный пример отношения к правам человека в СССР.
 24. Эти системы обычно называются системами «гражданского права» в отличие от систем «общего права».
 25. См. ниже гл. 11, раздел о гражданско-правовом подходе.
 26. См. выше гл. 2, Применение силы в международных отношениях.
 27. Сравни с гл. 8 в разделе о «чистой теории права» Г. Кельзена

Ю.ПРАВО И ОБЫЧАИ

1. Или «эмбриональное право»: см.: Becker and Barnes, Social Thought from Lore to Science, 3rd ed. 1961, vol.1, p. 27. См.: также Salmond, Jurisprudence, 11th ed. p. 54
2. См. выше, гл. 9, Вебер и Эрлих
3. Та же самая проблема возникает и в других сферах социальной жизни общества. Напр., роль и значение религии

ПРИМЕЧАНИЯ

- могут быть поняты гораздо лучше, по крайней мере в социологическом плане, если изучить и сравнить их проявления на разных уровнях развития человеческого общества.
4. См.: *Les Lois de limitation*, 1890.
 5. Цит.: по E. Durkheim in *Elementary Forms of the Religious Life*, Book 3, chapter 4, Collier Books ed. p. 415.
 6. См.: *The Ancient City*. Впервые опубликовано в 1864 г.
 7. См. сноску 5. Эта работа была впервые опубликована в 1912 г.
 8. Сокр. издание, гл.3.
 9. См.: Malinowsky, *Crime and Custom in Savage Society*, 1926.
 10. *Quest for Law*, p.30.
 - И. См. также его работу *Freedom and Civilisation*, 1947.
 12. См.: F. Huxley, *Affable Savages*, 1956, pp. 106-111.
 13. См.: M. Gluckman, *Judicial Process among the Barotse*, 1957.
 14. См. выше гл. 9, Роско Паунд и американская социология.
 15. См.: *Law of Primitive Man*, 1954.
 - 15а. О попытках создать теорию права на основе антропологических материалов см. Pospisil, *Anthropology of Law*, 1971 и Fuller 14, *Am. Journal of Jurisprudence*, 1, 1969.
 16. Ср. с гл. 8 в разделе о «чистой теории права» Г. Кельзена
 17. См.: гл. 8, раздел суверенитет и международные отношения
 18. См.: гл.2, о применении силы на международной арене
 19. Ср. с гл. 14.
 20. Судебная процедура на ранних стадиях развития также в значительной степени полагалась на сверхъестественный фактор. Обычно не подвергают сомнению тот факт, что то, каким образом получают то или иное право, зависит от мировоззрения сторон, т.е. от того, верят ли они в справедливый суд, или полагаются на клятву, или вверяют все провидению. Таким образом, решение оставляют «в руках Божьих». Современная судебная процедура, принятая в Англии, основана на совершенно противоположной системе, где соревнуются защита и обвинение, и все же она сохранила некоторые черты старой судебной тяжбы.
 21. См. выше гл. 4. См. также: R. M. Unger, *Law in Modern Society*, 1976, pp. 86-109. О Японии см. там же стр. 214-231, а также Y. Noda, *Introduction to Japanese Law*, 1976, гл.9.
 - 21а. О праве и обычае в современном Китае см.: Li, *4 China Quarterly* 66, 1970.

ПРИМЕЧАНИЯ

22. См.: Т. F.T. Placknett, Legislation of Edward I.
23. Там же с. 6
24. Определение, данное общему праву Блэкстоном в Commentaries, vol. 1, p. 67.
25. См.: гл. 9.
26. Эта дата была установлена по аналогии с ограничительным периодом, предусмотренным законом 1257 г. в отношении правовых процедур особого рода.
27. Существует множество подобных процедур, принятых на практике, которые не считаются обязательными. Можно привести, напр., недавний спор относительно выбора Премьер-министра, не являющегося членом Палаты общин.
28. Bchuanaland Exploration Company v. London Trading Bank, 1898, 2 Q.B. 658.
29. См. выше, гл. 9.
- 29a. См.: Supply of Goods (Implied Terms) Act, 1973, Consumer Credit Act, 1974, Unfair Contract Terms Act, 1977, and Supply of Goods and Services Act, 1983.
30. Все же соглашение между ассоциациями строителей добиваться использования типовых форм при заключении контрактов было признано противоречащим общественным интересам и недействительным по закону 1956 г.: Re Birmingham Association, 1963, 2 All E. R. 361.
- 30a. См.: Закон 1986 г. о финансовых услугах (Financial Services Act), направленный на обеспечение дополнительной защиты мелких инвесторов.
31. См. выше гл. 8.
32. К. Popper, The Open Society and Its Enemies, 4th ed. revised, 1962, vol. 2, chapter 12.
33. См.: гл. 9.
34. Collective legal Papers, p. 187.
35. См.: гл. 10, Общее и обычное право.
36. О значении термина «право справедливости» см. также гл. 6.

И. СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС

1. См.: Freeman, 1973, 26, Current Legal Problems, 166.
- 1a. См.: гл. 10, Обычное право в античном и феодальном обществах.
2. Там же, раздел об обычном и общем праве.
3. Lectures on Jurisprudence (ed. Campbell), Lecture VI.

ПРИМЕЧАНИИ

4. Там же, с. 219.
5. См.: гл. 5.
6. Там же.
7. См.: гл. 3, заключительный раздел.
- 7а. Примеры из современной практики см. *Lynch v. D.P.P. of N.I.*, 19751 All E.R. 913.
- 7b. См.: гл. 7.
8. *Candler v. Crane, Christmas and Co.* 1951, 2 К.В. 164.
9. После этого Палата лордов, неодобрительно встретившая решение по делу Кэндлера, постановила, что за непродуманные «небрежные» заявления, а также за финансовые потери, имевшие место в результате подобных заявлений, полагается нести ответственность (см.: *Headly Byrne Ltd. v. Heller*, 1964, А. С. 465.) Тем не менее, было признано, что между «словами» и «делами» нет полной аналогии, так что ответственность за последние должна зависеть от особых соображений по сравнению, например, с ответственностью за дефектные товары. Также, хотя чисто финансовые потери могли быть компенсированы в подобных случаях, не предлагалось, чтобы защитные меры, относящиеся к возмещению физического увечья или ущерба собственности, распространялись бы и на экономические убытки. См.: *Mutual Life Assurance v. Evatt*, 1971, All E.R. 150.
10. Ср. с гл. 6.
11. Английское право не налагает обязанности спасать человека или помогать ему в беде, но многие другие правовые системы предусматривают такую обязанность.
12. См.: С. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, 1963, and J. Wisdom, *Philosophy and Psycho-Analysis*, 1953, pp.157-158 and 249-252. В своей теории «прав» Дворкин утверждал, что в каждом судебном деле существуют контрольные эталоны, которые должны направлять судью на правильное решение, даже в самых трудных и сложных случаях. Это утверждение говорит о тонком уме автора и его способности находить веские аргументы, но тем не менее остается достаточно спорным. См.: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978. См. также: N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, где говорится о том, что некоторые судебные решения могут быть вполне квалифицированы, как логические выводы. (с. 52 и 65-66).

ПРИМЕЧАНИЯ

13. См.: гл. 12.
14. Гл.11.
- 14а. «Подлинное продвижение вперед достигается не отступлением от прецедента, а изменением закона», — как сказал Лорд Скэрман по делу *Pirelli v. Oscar Faber*, 1983, All E.R. 65, 72. Американские судьи известны своим более энергичным подходом, см.: Jane, *English and American Judges as Lawmakers*, 1969.
15. См.: Dennis Lloyd, *Public Policy: A Comparative Study in English and French Law*, 1953.
16. Burrough, J., in *Richardson v. Mellish*, 1824, 2 Bing, p. 252.
17. *Janson v. Driefontein Consolidated Mines*, 1902, A.C.484, p. 507.
- 17а. В результате изменения экономических условий в Англии современный уровень зарплаты судей (особенно, если считать «чистую» зарплату после уплаты налогов) не так высок по сравнению с тем, каким он был раньше.
- 17б. См.: *Cassellsv. Broome*, 1972, A.C. 1027.
- 17с. Бывший Апелляционный суд по уголовным делам (теперь уголовный отдел Апелляционного суда) был менее строгим в этом отношении.
18. Гл. И, Аналогии и переоценка ценностей
19. В деле *Donoghue v. Stevenson*, 1932, A.C.562.
20. См.: гл. 9, о правовом «реализме» в США.
21. См.: *Young v. Bristol Aeroplane Co.*, 1944, K.B. 718.
22. Вклад правоведов в развитие права более охотно признается в странах гражданского права, чем в странах общего права (за исключением США). Но фактически даже в Англии этот вклад более значителен, чем принято считать.
23. См., напр., *Elder Dempster and Co. v.Paterson, Zochonis abd Co.*, 1924, A.C. 552, или более позднее дело *Scruttons Ltd. v Midland Silicones Ltd.*, 1962, A.C. 446.
24. *Mayor of Bradford v. Pickles*, 1895, A.C. 587. Доктрина нарушения прав человека утверждает, что осуществление законного права может быть признано неправомочным, если оно используется в недостойных целях.
25. Так, заслуживающее восхищения, но, может быть, чересчур откровенное заявление Лорда Деннинга о том, что «Наша цель — выявить намерения Парламента, а сделать это лучше всего, устраняя пробелы и придавая смысл закону, а не подвергая его деструктивной критике», было

ПРИМЕЧАНИЯ

тут же охарактеризовано Лордом Саймондсом как «беззастенчивая узурпация законодательной функции под прозрачным предлогом толкования». См.: *Magor and St. Mellons R. D. C. v. Newport Corpn*, 1952 A. C. 189, p.191. Ср. с высказыванием Лорда Диплога по делу *Fothergill v. Monarch Airlines*: «Печальным наследием такой позиции судей является современный английский стиль подготовки законопроектов, хотя в последнее время налицо все возрастающая готовность придать закону целенаправленное толкование». (1981, A. C. 251,280).

26. См.: *Black-Ckawson v. Papierwerke Waldhof*, 1975, 1 All E.R. 810.
27. Комиссия по правовой реформе, созданная в 1965 г. на постоянной основе с целью оказывать содействие проведению правовой реформы, разработала кодификацию уголовного права (еще не до конца выполненную), но отложила свое более раннее предложение по кодификации договорного права и права аренды. Комиссия опубликовала также доклад о толковании законов, который так и не был претворен в жизнь. Согласно одной из его рекомендаций разрешалось ссылаться на доклады, на основе которых был принят закон, с целью его толкования. Но даже это скромное предложение встретило довольно прохладный прием.

12. ПОНЯТИЙНОЕ МЫШЛЕНИЕ В ПРАВЕ

1. Китайский язык представляется особенным в этом отношении, поскольку в нем отсутствуют общие понятия см.: *M. Granet, La Pensee Chinoise*, 1934, p.31.
2. Ср. с гл. 9, раздел о скандинавских реалистах.
- 2а. Следует отметить, что правила игры, в отличие от правовых норм, принимаются на участниками добровольной основе.
3. Если собственность клуба постоянно находится в доверительном управлении, она может сохраняться и без посредства процедуры инкорпорации.
4. См.: гл. 5, раздел о «понятийном» подходе.
5. Ср. с гл. И, раздел о правовой аргументации.
6. См.: гл. 9, ср. с ролью логики в компьютерных науках.
7. Американское право более гибко в этом отношении. Так, производители дефектных товаров были признаны

ПРИМЕЧАНИЯ

нарушившими условия договора в отношении третьих лиц, которые понесли убытки в результате этих дефектов. Здесь не требуется доказательства имевшей место небрежности, поскольку должное качество товаров презюмируется.

8. Т.е. нечто сделанное или обещанное, имеющее материальную ценность, в обмен на другое дело или обещание.
9. Эта доктрина впервые была сформулирована в деле *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, 1947. К.В. 130.
10. См.: *Combe v. Combe*, 1951, 2 К.В. 215. После принятия Закона о занятости (*Employment Act*, 1982, s. 15(1)) профсоюзам могут быть предъявлены деликтные иски.
- И. См.: *Hurst v. Picture Theatres Ltd.*, 1915, 1 К.В. 1 and *Errington v. Errington*, 1952, 1 К.В. 290.
12. *Copyright Act*, 1988, s.92. Владельцем эксклюзивной лицензии является тот, кому единственному из всех предоставлено определенное право, напр., исключительное право на фильм или какое-то иное произведение. Такая лицензия должна быть оформлена в письменной форме.
13. См.: *Sim v. Heinz Ltd.*, 1959, 1 All E.R. 547.
14. См.: *Law Commission Report on Injuries to Unborn Children*, 1974, and *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, 1976. См. также: *Ree F (in utero)*, 1988, 2 All E.R. 193.
15. См.: A. Ross, *On Law and Justice*, 1958, chapter 6.
16. F.G.S. Northrop, *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, 1959, chapter 3.

13. НЕКОТОРЫЕ ОСНОВНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ

1. Гл.12.
2. *Works* (1910 ed.) vol. 11, p.368.
3. Ср. с гл. 9.
4. Эта «реалистическая» теория корпорации не имеет ничего общего с правовым реализмом, о котором шла речь в гл. 9
5. Ср. с гл. 6, раздел о формальной справедливости и гл. 11, раздел о правовой аргументации.
6. См.: гл.7.
7. В английском праве возбуждение иска против всей организации, состоящей из индивидуальных членов, как таковой, создает значительные трудности процессуального характера.

ПРИМЕЧАНИЯ

ра, которые не могут быть рассмотрены в данной книге. Особенно это касается тех организаций, в которых членство не постоянно.

- 7а. Дело *Willis v. Association of Universities of British Commonwealth*, 1965, 1 Q. B. 140, показывает тенденцию к признанию неинкорпорированной организации как самостоятельного «лица», независимо от закона.
8. *Bonsor v. Musicians' Union*, 1956, A. C. 104. О значении этого сложного дела см. статью данного автора «Damages for Wrongful Expulsion from a Trade Union» *Modern Law Review*, vol. 19, 1956, p. 31.
9. *Taff Vale Ry Co. v. A. S. R. S.*, 1901, A. C. 426. См. также *Knight and Searle v. Dove*, 1964, 2 All E. R. 307 re unincorporated Trustee Savings Bank.
10. *Trades Disputes Act*, 1906.
11. 1897, A. C. 22.
12. См.: гл. 13 раздел о последствиях инкорпорации.
13. С социологической точки зрения члены крупной публичной (то есть открытой акционерной) промышленной или торговой компании, акции которой принадлежат большому количеству граждан, могут подразделяться на руководство (включая высших управленцев), штатных работников (персонал) и рабочих. Право, однако, рассматривает акционеров, как единственных членов такой компании, и контроль по закону принадлежит тем акционерам или акционеру, которые удерживают контрольный пакет акций.
14. Аналогичные проблемы возникали и в правовых системах континентальной Европы. См.: *Cohn and Simitis, «Lifting the Veil» in the Company Laws of the European Continent in Int. And Comp. L. Q.*, vol. 12, 1963, p. 189.
15. *Ebbw Vale U. D. C. v. Wales Licensing Authority*, 1951 2 K. B. 366.
16. *Tunstall v. Steigmann*, 1962, 2 All E. R. 417. Но см. *Willis v. Association of Universities*, 1965, 1 Q. B. 140.
17. *Daimler Ltd. v. Continental Tyre Co. Ltd.*, 1961, 2 A. C. 307.
18. *Bullock v. Unit Construction Ltd*, 1959, 1 All E. R. 591.
19. *Merchandise Transport Ltd. v. B. T. C.*, 1961, 3 All E. R. 495.
20. *Jones v. Lipman*, 1962, 1 All E. R. 472.
- 20а. Но см. дело *D. H. N. v. Tower Hamlets*, 1976, 1 All E. R. 462, в котором был заявлен более широкий подход,

ПРИМЕЧАНИЯ

выразившийся в игнорировании юридической самостоятельности дочерней компании, составляющей часть единой группы предприятий.

21. См.: *Bowling v. Association of Cinematograph Technicians*, 19631 All E.R. 716.
22. Ср. с *Davis v. Carew-Pole*, 1956,1 W.L.R. 833; и *Byrne v. Kinematograph Renters' Society*, 1958,1 W.L.R. 762.
23. См.: дискуссию о сложности английского прецедентного права по этой теме: *Winfield and Jolowicz, Tort*, 1989,13th ed., pp.366-368.
24. См.: гл. II о связывающей силе прецедента.
25. См. там же о кодексах и толковании законов.
26. См.: *Merryman, The Civil Law Tradition*, 1969, Об английском подходе см. выше гл. 9, подраздел о «конфликте интересов».
27. Так называемый «статутарный наем жилья», защищенный законами об ограничениях в области рентных отношений, право на который не передается третьим лицам, рассматривается всего лишь как личное право жильца проживать в данном помещении. Это право, однако, включает защиту нанимателя на срок аренды, как от домовладельца, так и от всех прочих лиц вообще.
28. Некоторые юристы даже утверждали, что не может существовать «бесхозный» права. Но это, однако, представляет собой всего лишь пример юриспруденции понятий. Правовые системы в действительности рассматривают такие права, как временно приостановленные или находящиеся в состоянии неопределенности, напр., подобно случаям *hereditas iacens* (лежащее наследство) по Римскому праву, которое возникает в момент смерти собственника и продолжается до тех пор, пока наследник этой собственности не вступит в свои права.
29. Ср. со ст.544 Французского гражданского кодекса, которая определяет право собственности как «право владеть и распоряжаться вещью максимально абсолютным образом, при условии, что она не будет использоваться в целях, запрещенных законом или актами исполнительной власти, имеющими силу закона».
30. См.: *Copyright Act*, 1988, s. 92.
31. «Торговый агент» — это лицо, обладающее полномочиями продавать товары в рамках своей обычной деятельности.

ПРИМЕЧАНИЯ

Такое лицо в определенных обстоятельствах, изложенных в законе 1889 г. (Factors Act 1889) может законно претендовать на товары, предоставленные в его распоряжение их собственником, даже если у него нет полномочий на их продажу.

32. Это относится к продаже на (официально) признанном рынке. Такая продажа может служить законным основанием для передачи правового титула на товар, обязывающий настоящего собственника даже, если этот товар был украден.
33. О подробном анализе последствий такого подхода к праву собственности см.: «Tu-Tu», by A.Ross in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 1, 1957, p.139.
34. Владение с течением времени может также привести к получению титула собственника по истечению срока давности, а также наделить правом виндигировать имущество посредством посессорного иска, для вчинения которого наличие «титула» или права собственности не имеет значения.
35. Это результат современного английского статутного права. В соответствии с более ранним общим правом муж при женитьбе получал либо право собственности на имущество жены, либо право контроля над ним.
36. Более подробно об этом см.: *Matrimonial Property Law*, 1959, ed. W.Friedman; а также: Kahn-Freund, *Matrimonial Property, Where do we go from here?*, 1971.

14. ЗАКЛЮЧЕНИЕ: ВОЗМОЖНЫЕ ПРОБЛЕМЫ В БУДУЩЕМ

- а. Все попытки привить уважение к личным правам человека в Советском Союзе и других странах с коммунистической идеологией либо с помощью конституционных гарантий, либо посредством международно-правовых документов, таких, как Заключительный акт СБСЕ, подписанный в Хельсинки в 1975 г., оказались абсолютно неэффективными.
 1. *Sensors*, 1961.
 2. См.: гл. 7.
- 2а. Комиссия по правовой реформе подчеркнула необходимость привлечения социальных наук (см. 7th Annual Report, 1972, para 2).

ПРИМЕЧАНИЯ

- 2аа. ЕС предложил подписать Социальную Хартию. Кроме того, новые директивы в области права компаний могут иметь важное значение в этом отношении.
- 2б. См.: Cornish, *The Jury*, 1971, and McCable and Purves, *The Shadow Jury at Work*, 1974.
- 2bb. Начало было положено Королевской Комиссией по правовым услугам, куда вошли представители и не юридических профессий, а возглавил Комиссию Сэр Дж. Бенсон, бухгалтер. Закон о правовых услугах 1990 г. ввел значительные изменения в юридическую практику, в частности, солиситорам (стряпчим) был разрешен доступ к высшим судебным должностям и участие в качестве адвокатов в судах высших инстанций.
- 2с. В 1972 г. в Оксфорде был создан новый Центр социолого-юридических наук.
3. См.: G. Marshall, «Justiciability» in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. G. Guest, 1961, p. 265
- 3а. Устав ООН предусматривает санкции, военного и экономического характера, но не сам механизм эффективного принуждения. Поэтому здесь многое зависит от мощи государства, к которому собираются применить санкции. Взять хотя бы позицию ЮАР по отношению к так называемым «экономическим санкциям». Принудительные санкции в связи с вторжением Ирака в Кувейт (1990г.) могут служить показателем эффективности принуждения с помощью силы в международных отношениях.
4. См.: гл. 6.
5. Нет нужды повторять, что вопрос о «геноциде» является всего лишь одним из аспектов более широкой проблемы международного уголовного права, столь сложной и неоднозначной, что рассмотреть ее в рамках данной работы не представляется возможным. См.: G. Schwarzenberger, «The Problem of an International Criminal Law» in *Current Legal Problems*, vol. 3, 1950, p. 263.
6. Можно рассмотреть также усилия ОЭСР по заключению международного соглашения о защите предприятий с иностранным капиталом от действий дискриминационного характера или от экспроприации без адекватной компенсации.