

Справедливость как честность	111
Дополнительная литература	118
Глава 5. Право и общество 120	
Эмиль Дюркгейм	121
Макс Вебер	123
Карл Маркс	128
Юрген Хабермас	136
Мишель Фуко	137
Дополнительная литература	139
Глава 6. Критическая правовая теория 141	
Реализм	142
Американский реализм	144
Критические правовые исследования	150
Постмодернистская теория права	153
Жак Лакан	155
Жак Деррида	156
Феминистская теория права	158
Феминизм различий	163
Критическая расовая теория	164
Дополнительная литература	167
Глава 7. Понимание права: очень краткий эпилог 169	

Предисловие

Краткость не есть добродетель, обычно ассоциирующаяся с правом, не говоря уже о тех, кто его практикует. Литература о праве также не избегает объемистости и длиннот. Юридические книги увесисты; и труды по философии права обычно солидные и толстые. Возможно, этот порок неустраним.

Однако данная серия обязывает своих авторов ужиматься, сокращать, урезать — без чрезмерного упрощения содержания. Извлекать самую суть философии права — это, разумеется, амбициозная, хотя, я надеюсь, не совершенно оторванная от реальности задача. Целью этого худенького тома является дать обычному читателю живое и доступное пособие по основным вопросам, рассматриваемым философией права в ее стремлении пролить свет на часто ускользающее от нас понятие права и его соотношение с общими вопросами справедливости, прав и морали.

Вопросы права редко не затрагиваются в новостях. Право часто вызывает споры. В то время как юристы и политики прославляют достоинства верховенства права, реформаторы сетуют на его недостатки, а циники ставят под сомнение провозглашаемое им соответствие справедливости. Однако все признают, что право является орудием социальных изменений. И мало кто сомневается в том, что оно играет центральную роль в нашей социальной, политической, нравственной и экономической жизни.

Но что же это за штука, которая называется правом? Состоит ли оно из комплекса всеобщих нравственных принципов, соответствующих природе (см.

главу 1)? Или же оно есть просто набор по большей части разработанных людьми имеющих силу правил, предписаний или норм (глава 2)? Имеет ли право некоторую конкретную цель, такую как защиту прав личности (глава 3), достижение справедливости (глава 4) или экономического, политического и гендерного равенства (глава 6)? Может ли право быть изолировано от его социального контекста (глава 5)?

Это всего лишь некоторые из вопросов, ожидающих любого, кто попытается раскрыть значение понятия права, а также его функции и предназначение. И они пронизывают все обширное пространство философии права. Проложить путь по этой огромной территории — пугающая задача. На этих страницах я рассчитываю выявить лишь самые важные характеристики ее топографии. Я уделяю наибольшее внимание основным правовым теориям, ибо они обеспечивают наилучшее введение в классическое и современное мышление о праве.

Есть большая разница между теорией права и театром права. Тем не менее даже наиболее сенсационные судебные процессы — реальные или сфабрикованные — которые постоянно дают пищу для телевидения, содержат в себе те особенности права, которые характерным образом волнуют правоведов. Они порождают нелегкие вопросы о нравственной и правовой ответственности, обоснованиях наказания, понятии вреда, функциях судей, надлежащей правовой процедуре и многом другом. Философия права, как легко продемонстрировать, редко является абстрактным, не касающимся реальной практики предприятием.

Мы живем в беспокойном, несправедливом мире. Возможно, это всегда было так. Перед лицом порочности и несправедливости нетрудно скатиться в туманное упрощенчество и риторику, размышляя о должном характере и функциях права. Поэтому совершенно необходимы аналитическая ясность и тщательное теоретическое осмысление фундаментальной природы права, справедливости и смысла юридиче-

ПРЕДИСЛОВИЕ

ских понятий. Правовой теории принадлежит решающая роль в определении и защите тех ценностей и идеалов, что лежат в основе нашего образа жизни.

Как всегда, было большим удовольствием работать с коллективом издательства Оксфордского университета. Я особенно благодарен Эмме Ма.

Хочу выразить особую признательность за ее любовь, поощрение и поддержку моей жене, Пенелопе, чье слово для меня закон.

ГЛАВА 1

Естественное право

«**Э**ТО ПРОСТО неправильно». «Это неестественно». Сколько раз вы слышали такие суждения по поводу тех или иных практик или действий? Но что они означают? Когда abortionы провозглашаются аморальными или однополые браки неприемлемыми, что является основой для этого осуждения? (рис. 1). Есть ли некоторая объективно устанавливаемая мера правильного и неправильного, хорошего и плохого? И если она есть, то с помощью каких средств мы можем ее отыскать?

Нравственные вопросы наполняют всю нашу жизнь; они являются предметом политических и, следовательно, правовых дискуссий. Более того, с момента создания Организации Объединенных Наций нравственное содержание международных отношений, особенно в области прав человека, воплощается во все растущем разнообразии международных деклараций и конвенций. Многие из них опираются на невысказанные исходные допущения естественного права о том, что действительно есть совокупность нравственных истин, которые мы все можем обнаружить с помощью рассуждений.

Этические проблемы, несомненно, занимают философов-моралистов со времен Аристотеля. Возрождение теории естественного права, возможно, говорит о том, что за многие века мы не подошли ближе к их решению.

«Лучшим описанием естественного права», согласно одному из ведущих современных теоретиков



РИС. 1. Гомосексуализм, однополые браки и супружеская неверность нарушают принципы естественного права

естественно-правовой традиции, является то, что оно «дает имя для точки пересечения между правом и моралью»¹. В своей получившей широкое признание книге «Естественное право и естественные права» Джон Финнис утверждает, что, когда мы пытаемся объяснить, что такое право, мы волей-неволей делаем допущения о том, что «хорошо»:

Нередко предполагается, что оценка права как типа социального института, если ею вообще стоит заниматься, должна быть предвосхищена свободным от оценочных суждений описанием и анализом этого института в том виде, в каком он фактически существует. Однако развитие современной юриспруденции наводит на мысль, а методологическая рефлексия всех общественных наук подтверждает, что теоретик не способен дать теоретическое описание и анализ социальных фактов, если он в то же время не участвует в деятельности по оцениванию, по выработке понимания того, что на самом деле хорошо для

1. A. Passerin D'Entrèves, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, 2nd edn (London: Hutchinson, 1970), p. 116.

человека и чего действительно требует практическая разумность².

Это очень четко выраженное основание для анализа естественного права. Оно предполагает, что, когда мы различаем то, что *хорошо*, мы по-иному используем разум, чем тогда, когда определяем, что *существует*. Иными словами, если мы хотим понять природу и влияние естественно-правового подхода, то следует признать, что он ведет к иной логике.

Римский правовед Цицерон, опираясь на философию стоиков, осуществил полезное разграничение трех основных компонентов любой естественно-правовой философии:

Истинный закон — это разумное положение, соответствующее природе, распространяющееся на всех людей, постоянное, вечное <...>. Предлагать полную или частичную отмену такого закона — кощунство; сколько-нибудь ограничивать его действие не дозволено; отменить его полностью невозможно. <...> причем будет один общий как бы наставник и повелитель всех людей — бог, создатель, судья, автор закона³.

Этим подчеркивается всеобщность и неизменность естественного закона, его статус «высшего» закона и его обнаруживаемость разумом (в этом смысле он является «естественным»). Классическая доктрина естественного права применялась для оправдания и революции, и реакции. В VI в. до н. э. греки считали, что человеческие законы обретают свою значимость в силу судьбы, управляющей всем. Такой консервативный взгляд легко может быть применим для оправдания даже чудовищных аспектов статус-кво.

2. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edn (Oxford: Clarendon Press, 2002), pp. 3, 34; Джон Финнис, *Естественное право и естественные права* (Москва: ИРИСЭН, Мысль, 2012), с. 19, 56.

3. Cicero, *De Re Publica*, trans. C. W. Keyes (London: William Heinemann, 1928) (Loeb Classical Library), 3.22.33; Цицерон. *Диалоги. О государстве. О законах* (Москва: Ладомир-Наука, 1994), III, XXII, 33.

Однако к V в. до н.э. было признано, что возможен конфликт между законом природы и законом людей.

Аристотель уделял меньше внимания естественному закону, чем разграничению между естественной и конвенциональной справедливостью. Но именно греческих стоиков, как уже говорилось выше, особенно привлекала идея естественного закона, где прилагательное «естественный» означало «соответствующий разуму». Стоические представления вдохновили тот подход, что был принят римлянами. Он нашел свое выражение у Цицерона, который признавал, по крайней мере в теории, что законы, которые не соответствуют «разуму», могут расцениваться как не имеющие силы.

Философия естественного права, какой мы ее знаем сегодня, приобрела свою вполне развитую форму в учениях католической церкви. Уже в V в. н.э. Августин Аврелий задавался вопросом: «при отсутствии справедливости, что такое государства, как не большие разбойничьи шайки»?⁴ Но наиболее влиятельную версию естественно-правовых идей мы обнаруживаем в книгах члена доминиканского ордена св. Фомы Аквинского (1225–1274), чей главный труд «Сумма теологии» является наиболее полным изложением христианской доктрины в этом вопросе. Он проводит различие между четырьмя категориями закона: это вечный закон (божественный разум, ведомый только Богу), естественный закон (выражение вечного закона в разумных созиданиях, обнаруживаемое разумом), божественный закон (откровение, данное в священных писаниях) и человеческий закон (поддерживающий разумом и принятый ради общего блага).

В XIII в. развивались европейские города-государства. Власти римского папы над этими государ-

4. St Augustine, *City of God*, trans. W. C. Greene (London: William Heinemann, 1960) (Loeb Classical Library), 4.4; Блаженный Августин. *Творения*. Т. 3–4 (Санкт-Петербург: Алетейя, 1998), кн. 4, гл. 4.

ствами мешало отсутствие теологической позиции в отношении отправления светской власти. Августин Аврелий всего лишь подтвердил библейское утверждение «отдавать кесарю кесарево»⁵. Однако Аквинат обратился к философии Аристотеля в попытке приумирить светскую и церковную власть. Он утверждал, что христианство есть та стадия в развитии человечества, которой не достигли греки. Тот *полис*, в котором нам досталось жить, соответственно, является христианским.

Он утверждал, что естественный закон есть всего лишь один из элементов божественного пророчества: он есть «участие» в вечном законе — том рациональном плане, который упорядочивает все сформированное. Иными словами, он — то средство, благодаря которому разумные существа участвуют в вечном законе. Когда люди «получают» естественный закон, его содержание охватывает те принципы практической рациональности, по которым человеческое действие должно оцениваться как разумное или неразумное. Для Фомы Аквинского именно эта характеристика естественного закона оправдывает его описание как «закона», ибо закон, как он утверждает, состоит в правилах действий, провозглашенных тем, кто защищает интересы сообщества: поскольку Бог защищает и заботится о вселенной, его решение создать разумных существ, обладающих способностью свободно действовать в соответствии с разумом, дает нам право рассматривать эти принципы как составляющие «закон».

Принципы естественного права являются обязывающими для нас, утверждает Аквинат, поскольку нас — как разумных существ — ведет к ним природа; они указывают нам на благо в целом, а также на неко-

5. St Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* in *Selected Political Writings* trans. J. G. Dawson, ed. A. Passerin D'Entrèves (Oxford: Basil Blackwell, 1970 reprint of 1959 edn), I/II.96.4; Фома Аквинский. *Сумма теологии. Т. IV: Первая часть Второй части. Вопросы 68–114* (Москва: Либроком, 2012), 96.4.

торые конкретные блага. Более того, эти принципы известны нам благодаря нашей собственной природе: мы проявляем это знание в присущем нам устремлении достигать различных благ, к которым естественный закон увещевает нас стремиться. Мы способны различать сущность практического знания, хотя точные практические последствия этого понимания часто может быть трудно определить. И, как признает Фома Аквинский, наши страсти или злонамеренность могут препятствовать их применению.

В самом сердце объяснения естественного права у Аквината лежит элементарная идея о том, что следует делать благо и избегать зла. В рамках своего теологического контекста объективной нравственной истины Фома Аквинский утверждает, что мы всегда обязаны стремиться к благу. Мы интуитивно знаем, что составляет благо: в него входят жизнь, знание, продолжение рода, общество и разумное поведение. Для него благо обладает приоритетом по отношению к праву. Правильно ли то или иное действие, не столь важно, как то, достигает ли оно некоторого блага или является им. Мы, как он полагает, способны путем рассуждений об этих принципах найти практические средства для достижения этих благ.

Как мы можем понять, что то или иное действие является фундаментально порочным? Здесь нет простого мерила. Необходимо разобрать характеристики рассматриваемых действий, такие как их объекты, их цели, обстоятельства, при которых они осуществляются. К примеру, Аквинат заявляет, что некоторые действия могут быть порочными в силу их намерения: действие против блага имеет место, к примеру, тогда, когда некто совершает убийство, говорит ложь или богохульствует. Хотя он и не декларирует всеобщие, абсолютные, вечные принципы правильно-го поведения, он утверждает, что естественный закон всегда считает злом убивать невинного, лгать, богохульствовать или погрязать в прелюбодеянии и содомии, и злом это является в силу естественного закона.

Один аспект теории Фомы Аквинского привлекает особое внимание и вызывает споры. Он констатирует, что «закон», который не соответствует естественному или божественному праву, вообще не является законом. Это обычно выражается как *lex iniusta non est lex* (несправедливый закон не есть закон). Однако современные исследователи утверждают, что сам Аквинат никогда не делал такого утверждения, но всего лишь процитировал Августина Аврелия. Сопоставимые высказывания делались Платоном, Аристотелем и Цицероном, но все же данное утверждение более всего ассоциируется с Фомой Аквинским, который, по-видимому, имел в виду то, что законы, входящие в конфликт с требованиями естественного права, теряют способность морально обязывать.

Иными словами, государство, злоупотребляющее своей властью, принимая законы, которые несправедливы (неразумны или направлены против общего блага), утрачивает право на повинование, поскольку не обладает нравственным авторитетом. Такой закон Фома Аквинский называет «искажением закона». Но он, по-видимому, не поддерживает представление о том, что всегда является оправданным не повиноваться несправедливому закону, ибо, хотя он действительно провозглашает, что если правитель принимает несправедливые законы, то «человек не обязан ему подчиняться», но осторожно добавляет: «если сопротивление возможно без нанесения более сильного вреда и без большого возмущения [среди людей]». Это далеко от радикальных утверждений, иногда провозглашаемых от имени Аквината, которые стремятся оправдать неповинование закону.

К XVII в. в Европе изложение целых отраслей права, в особенности публичного международного права, подразумевало то, что они основываются на естественном праве. Гуго де Гроот (1583–1645), или Гроций, как его чаще всего именуют, обычно ассоциируется с секуляризацией естественного права. В своем влиятельном труде «О праве войны и мира» он

утверждает, что, даже если бы Бога не существовало, естественное право имело бы то же содержание. Это оказалось важным основанием для развивающейся дисциплины международного публичного права. По-видимому, Гроций имел в виду то, что некоторые вещи «по своей сути» порочны, независимо от того, велит их Бог или нет; ибо, применяя собственную аналогию Гроция, даже Бог не может сделать так, чтобы дважды два было не четыре!

Естественное право утвердились в Англии в XVIII в. с выходом «Комментариев к законам Англии» сэра Уильяма Блэкстона. Блэкстон (1723–1780) начинает свой великий труд с заявления о том, что юридическая сила английского права основывается на естественном праве. Но, хотя он и апеллирует к этому божественному источнику позитивного права, и даже рассматривает его как способный аннулировать принятые законы, противоречащие естественному праву, его понимание права реально не основывается на теории естественного права. Тем не менее попытка Блэкстона облечь позитивное право легитимностью, производной от естественного права, навлекла огонь яростной критики Иеремии Бентама, который характеризовал естественное право как, в числе прочего, «всего лишь плод фантазии» (см. главу 2).

Фома Аквинский ассоциируется с весьма консервативными взглядами на естественное право. Однако принципы естественного права используются и для оправдания революций — в особенности американской и французской — на том основании, что закон нарушает естественные права личности. Так, в Америке революция против британского колониального правления основывалась на апелляции к естественным правам всех американцев, говоря возвышенными словами Декларации независимости 1776 г., на «жизнь, свободу и стремление к счастью». Как это было сформулировано в Декларации, «Мы исходим из той самоочевидной истины, что все люди созданы равными и наделены их Творцом определенными неотчуждае-

мыми правами». Столь же вдохновляющие настроения были выражены и во французской «Декларации прав человека и гражданина» от 26 августа 1789 г., которая ссылается на определенные «естественные права» человечества.

Естественное право нашло свое применение и в некоторых договорных теориях, мыслящих политические права и обязанности в категориях общественного договора. Он не является договором в строго юридическом смысле слова, но выражает ту идею, что человек только с его согласия может быть подчинен политической власти другого. Этот подход остается влиятельным в либеральной мысли, в особенности в теории справедливости Джона Ролза (см. главу 4).

Естественные права: Гоббс, Локк и Руссо

Хотя Томаса Гоббса (1588–1679) обычно помнят в связи с его высказыванием о том, что жизнь «одинока, бедна, беспросветна, тупа и кратковременна», на самом деле эти его слова из знаменитого труда «Левиафан» относились к положению людей до общественного договора, то есть к естественному состоянию. Естественный закон, утверждает Гоббс, учит нас необходимости самосохранения: право и государство необходимы, если мы хотим защитить порядок и безопасность. Поэтому в рамках общественного договора мы должны отказаться от нашей естественной свободы для того, чтобы создать общество, в котором царит порядок. Тем самым философия Гоббса несколько авторитарна, отдавая приоритет порядку перед справедливостью. В частности, его теория предназначена для того (и это даже было его целью, в чем он сам признавался) чтобы подорвать легитимность революций против (даже злонамеренной) власти.

Для Гоббса каждое совершающееся нами действие, даже выглядящее добрым или альтруистическим,

на самом деле своекорыстно. Так, мое пожертвование благотворительной организации на самом деле есть средство наслаждаться своим могуществом. Точное понимание действий людей, включая и сферу нравственности, как он утверждает, должно признавать наш сущностный эгоизм. В «Левиафане» он задается вопросом о том, как мы вели бы себя в естественном состоянии, до создания какого бы то ни было государства. Он признает, что мы, в сущности, равны, умственно и физически: даже слабейший — будучи соответствующим образом вооружен — достаточно силен, чтобы убить сильнейшего.

Это равенство, как он полагает, порождает раздоры. Мы склонны вступать в жестокие ссоры по трем основным причинам: из-за конкуренции (за имеющиеся в ограниченном количестве материальные блага); недоверия и славы (мы остаемся враждебными друг другу, чтобы сохранить репутацию своей силы). Гоббс приходит к заключению, что мы оказываемся в естественном состоянии вечной войны всех против всех, где не существует никакой морали и все живут в постоянном страхе.

До тех пор пока сохраняется это состояние войны, все имеют право на все, в том числе и на жизнь другого человека. Гоббс утверждает, что, исходя из одних только собственных интересов людей и общественного соглашения, можно вывести те же законы, которые юристы естественно-правовой традиции рассматривают как неизменно предписываемые природой. Чтобы спастись от ужаса естественного состояния, заключает Гоббс, первым естественным законом является мир.

Второй естественный закон состоит в том, что мы взаимно отказываемся от некоторых прав (таких как право отнять жизнь другого человека) ради достижения мира. Эта взаимная передача прав является договором и основанием для нравственных обязанностей. Он нисколько не впадает в иллюзию относительно того, что само по себе заключение этого договора мо-

жет обеспечить мир. Такие договоренности должны соблюдаться. Это — третий естественный закон Гоббса.

Он признает, что, поскольку мы эгоистичны, мы склонны ради собственной выгоды нарушать договоры. Я могу нарушить договоренность о том, чтобы не красть у тебя, когда полагаю, что смогу оказаться незамеченным. И ты осознаешь это. Единственным средством избежать такого нарушения взаимных обязательств, утверждает он, является наделение политического суперена неограниченной властью наказывать нас за нарушение наших договоров. И опять же именно основанное чисто на собственной выгоде соображение (стремление покончить с естественным состоянием) побуждает нас согласиться с созданием власти, имеющей полномочия осуществлять санкции. Но он настаивает на том, что только тогда, когда существует такой суперен, мы можем прийти к какому-либо объективному определению правильного и неправильного.

Гоббс дополняет свои первые три естественных закона еще несколькими, такими как четвертый закон (о необходимости проявлять благодарность к тому, кто соблюдает договоры). Он заключает, что мораль полностью состоит из этих естественных законов, к которым приходят посредством общественного договора. Это несколько иная интерпретация естественных прав, чем та, которую отстаивала классическая естественно-правовая традиция. Но его концепция может быть названа современным представлением о естественных правах, базирующимся на фундаментальном праве каждого человека сохранять свою жизнь.

Джон Локк (1632–1704) изображает жизнь до общественного договора как все что угодно, но только не кошмар, описанный Гоббсом. Локк утверждает, что до общественного договора жизнь была раис — за исключением одного важного недостатка: в этом естественном состоянии собственность была недостаточно защищена. Поэтому у Локка (особенно в его

«Двух трактатах о правлении») именно для исправления этого изъяна во всем остальном идиллического естественного состояния люди отказались, в рамках общественного договора, от части своей свободы. Напоминая фундаментальные постулаты Фомы Аквинского, теория Локка основывается на определенном представлении о правах и обязанностях человека под властью Бога. Это замысловатая попытка объяснить функционирование общественного договора и его положений. Она революционна (Локк признает право народа на свержение тирании), и она знаменита тем, что делает особый упор на право владеть собственностью: Бог владеет землей и даровал ее в пользование нам; поэтому не может быть никакого права собственности, но, «примешивая» свой труд к материальным объектам, труженик приобретает право на созданную им вещь.

Локковское понимание частной собственности оказало сильное влияние на разработчиков американской конституции. Поэтому его и восхваляют, и носят как прародителя современного капитализма.

Общественный договор, в его понимании, сохранил естественные права на жизнь, свободу и собственность и обладание частными правами: стремление к счастью, в гражданском обществе порождающее общее благо. Если для Гоббса естественные права первичны, а естественный закон выводится из них, то Локк выводит естественные права из естественного закона — то есть из разума. Гоббс обнаруживает естественное право каждого человека на каждую вещь. Локк утверждает, что наше естественное право на свободу ограничено естественным законом и его предписанием, чтобы мы не наносили вреда друг другу в плане «жизни, здоровья, свободы или имущества». Локк является сторонником ограниченной власти: сдержки и противовесы среди ветвей власти и подлинное представительство в законодательном органе, с его точки зрения, свели бы к минимуму государство и максимизировали свободу личности.

Конец ознакомительного фрагмента.

Приобрести книгу можно
в интернет-магазине
«Электронный универс»
e-Univers.ru