

Рональд
Дворкин

О правах всерьез

Москва
РОСПЕН
2004

ББК 67.400.7
Д 24

Данное издание выпущено в рамках проекта «Translation Project» при поддержке Института «Открытое общество» (Фонд Сороса) — Россия и Института «Открытое общество» — Будапешт

*Публикуется с разрешения издательства
Harvard University Press*

Перевод с английского М.Д. Лахути, Л. Б. Макеевой

Дворкин Р.

Д 24 **О правах всерьез** / Пер. с англ.; Ред. Л. Б. Макеева. — М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. - 392 с.

Главы этой книги были написаны независимо друг от друга в конце 1960-х — начале 1970-х гг., в период широкой дискуссии о том, что есть право и кто и когда должен ему подчиняться, когда политическая позиция, именуемая «либерализм», казалось, утратила свою былую привлекательность. Неопределенность в понимании права отражала неопределенное состояние общепринятой политической позиции.

Автор, Рональд Дворкин, излагает и отстаивает либеральную теорию права, резко критикуя при этом господствующую теорию, состоящую из двух частей, первую из которых называют правовым позитивизмом, а вторую — утилитаризмом.

В данной книге критикуются обе части господствующей теории права, имеющие своим источником философию И. Бентама. В конструктивном плане главное внимание уделяется старой идее индивидуальных прав, которую Бентам когда-то назвал «высокопарным вздором».

Введение

1.

Главы этой книги были написаны независимо друг от друга в период широкой политической дискуссии о том, что есть право и кто и когда должен ему подчиняться. В этот же период политическая позиция, именуемая «либерализмом», приверженцами которой когда-то были почти все политики, казалось, утратила свою былую привлекательность. Люди среднего возраста обвиняли либерализм в попустительстве, а молодое поколение осуждало его за косность, экономическую несправедливость и войну во Вьетнаме. Неопределенность в понимании права отражала неопределенное состояние общепринятой политической позиции.

В различных главах этой книги излагается и отстаивается либеральная теория права. Вместе с тем, в них резко критикуется другая теория, которую многие считают либеральной. Эта теория была столь популярна и пользовалась столь большим влиянием, что я буду называть ее господствующей теорией права. Господствующая теория состоит из двух частей, которые, как настаивают ее сторонники, не зависят друг от друга. Первая ее часть — это теория о том, что есть право; если говорить не столь высокопарным языком, то это теория о необходимых и достаточных условиях истинности для суждений права. Эту теорию называют правовым позитивизмом, и, согласно ей, истинность суждений права определяется только фактами относительно норм, принятых особыми социальными институтами, и ничем иным. Вторая часть этой теории касается того, каким должно быть право и как должны действовать известные правовые институты. Эту теорию называют утилитаризмом, и, согласно ей, право и долг гражданина подчиняться закону при различных формах государственного устройства и при различных обстоятельствах; и теорию принуждения, правовые институты должны служить всеобщему благоденствию и ничему иному. Обе части господствующей теории права имеют своим источником философию Иеремии Бентама.

В настоящих очерках критикуются обе части данной теории, равно как и предположение об их независимости друг от друга. В конструктивном же плане главное внимание уделяется идее, которая также принадлежит к либеральной традиции, но которая не нашла себе места ни в правовом позитивизме, ни в утилитаризме. Это старая идея об индивидуальных правах. Бентам называл эту идею «высокопарным вздором».

2.

Общая теория права должна быть одновременно нормативной и концептуальной. В ее нормативной части должны затрагиваться многообразные темы, список которых включает теорию законодательства, теорию судебного разбирательства и теорию соблюдения (закона). Эти три теории выражают взгляд на нормативные вопросы права с позиции законодателя, судьи и простого гражданина. В теорию законодательства должны входить теория легитимности, определяющая условия, при которых отдельный человек или группа вправе заниматься законотворчеством, и теория законодательной справедливости, описывающая право, которое они могут или обязаны создавать. Теория судебного разбирательства также должна быть сложной по составу: она должна содержать теорию правового спора, формулирующую нормы, которым должны следовать судьи при разбирательстве сложных судебных дел, и теорию юрисдикции, разъясняющую, почему и когда именно судьи, а не другие группы или институты, должны выносить решения, определяемые теорией правового спора. В теории соблюдения (закона) должны сопоставляться и рассматриваться два аспекта: она должна содержать теорию уважения, раскрывающую природу и границы, определяющую цели принуждения и наказания и описывающую, как должностные лица должны реагировать на различные категории преступлений и вины.

Общая теория права охватывает темы, не подпадающие ни под одну из перечисленных рубрик, а также темы, которые могут подпадать под несколько разных рубрик. Политически значимый вопрос конституционализма относится к теории легитимности. Почему в некоторых случаях избранных представителей большинства следует лишать права принимать законы, которые они считают справедливыми и целесообразными? Однако в связи с этим также встает вопрос и о концептуальной части правовой теории. Могут ли наиболее фундаментальные принципы конституции, определяющие, кто и как правомочен заниматься законотворчеством, сами считаться составной частью права? Этот концептуальный вопрос со всей очевидностью связан с другими вопросами относительно легитимности и юрисдикции. Если политические принципы, заложенные в конституции, относятся к праву, то в этом случае подтверждается, по крайней мере *prima facie*¹ право судей решать, чего требует конституция; если же эти принципы относятся к праву несмотря на то, что их принятие не было результатом сознательного общественного или политического ре-

¹ На первый взгляд (лат.). — Прим. пер.

шения, то тогда сама возможность естественного, в этом смысле, права говорит в пользу налагаемого конституцией ограничения на власть большинства. Как концептуальный вопрос, так и вопросы легитимности и юрисдикции очевидным образом связаны с теорией соблюдения (закона); например, они связаны с вопросом о том, могут ли быть правдоподобными или хотя бы связными слова диссидента, утверждающего, что он лучше понимает требования конституции как основного закона, нежели законодатели и судьи.

Таким образом, различные части общей теории права находятся в сложной взаимозависимости друг от друга. Более того, общая теория права сходным образом многими нитями связана с различными разделами философии. Нормативная теория встраивается в более общую философию политики и морали, которая, в свою очередь, зависит от философских представлений о человеческой природе и объективности морали. Концептуальная теория опирается на философию языка, а, стало быть, на логику и метафизику. Например, вопрос о том, в чем состоит значение суждений права и всегда ли они являются истинными или ложными, имеет прямую связь с очень трудными и порождающими множество споров вопросами философской логики. Следовательно, общая теория права всегда предполагает выбор той или иной позиции по проблемам, которые обсуждаются в философии и не являются сугубо правовыми.

3.

Бентам был последним среди тех англо-американских философов, которые предложили общую теорию права в разъясненном выше смысле. В работах Бентама можно найти нормативную и концептуальную части общей теории права, а в рамках последней обнаружить теорию легитимности, законодательной справедливости, юрисдикции и правового спора, соответствующим образом объединенные под утилитаристской философией политики и морали и более общей метафизикой эмпиризма. Все составные части этой общей теории права разрабатывались и совершенствовались усилиями различных преподавателей-правоведов, однако как в американских, так и британских юридических школах господствующей остается бентамовская теория права.

Концептуальная часть его теории — правовой позитивизм — претерпела значительные усовершенствования. Наибольшим влиянием в настоящее время пользуется вариант позитивизма, предложенный Г. Л. Хартом, и именно этот вариант критикуется в данной книге. Теория права Бентама в ее нормативной части во многом была усовершенствована благодаря применению в ней экономического анализа. Экономический анализ пред-

усматривает четкие критерии определения и измерения благосостояния индивидов, составляющих некоторое сообщество (хотя характер этих критериев вызывает немало споров), и предполагает, что ответы на все нормативные вопросы теорий легитимности, законодательной справедливости, юрисдикции и правового спора, равно как теорий уважения и принуждения, следует давать, исходя из предположения о том, что правовые институты образуют систему, общая цель которой состоит в обеспечении максимального среднего уровня благосостояния для данных индивидов. В этой общей нормативной теории подчеркивается важность того, что в более ранних вариантах утилитаризма часто не принималось во внимание, а именно: успешное осуществление этой общей цели наиболее надежно обеспечивается в том случае, если решение различных типов вопросов вменяется в обязанность различным институтам в соответствии с некоторой теорией институциональной компетенции, а не предполагается, что все институты в равной степени способны рассчитать последствия любого конкретного политического решения для всеобщего благосостояния¹.

Поскольку правовой позитивизм и экономический утилитаризм являются сложными учениями, у господствующей теории права имеется много противников, которые, в свою очередь, часто столь же враждебно относятся и друг к другу. Так, например, господствующая теория противостоит разнообразным формам коллективизма. Согласно правовому позитивизму, создание права осуществляется в четко установленном порядке или является решением некоторого института; для него неприемлемо более романтическое и туманное представление о законодательстве как о продукте слепой всеобщей или коллективной воли. Вместе с тем, экономический утилитаризм предполагает (хотя только в определенной мере) индивидуализм. Для него критерием справедливого законодательства служит обеспечение общего или среднего благосостояния, однако общее благосостояние определяется им как функция от благополучия отдельных индивидов. Экономический утилитаризм непреклонно отвергает идею о том, что общество, будучи самостоятельной сущностью, имеет свои собственные интересы и права.

Господствующую теорию критикуют также за ее рационализм. В своей концептуальной части она утверждает, что право создается в результате сознательного и целенаправленного решения, принимаемого мужчинами и женщинами, которые та-

¹ См., например, известные учебные материалы: *Hart H. M., Sach A. The Legal Process* (эти размноженные mimeографическим способом материалы опубликованы Гарвардской школой права).

ким путем планируют изменить общество, рассчитывая на подчинение всех граждан нормам, устанавливаемым данными решениями. В нормативной же части теории получают одобрение решения, принимаемые для осуществления таких планов, и тем самым предполагается, что мужчины и женщины, облаченные политической властью, обладают умениями, знаниями и добродетелями, необходимыми для успешного принятия подобных решений в условиях неопределенности, характерных для чрезвычайно сложных общественных структур.

Среди противников господствующей теории права, критикующих ее за рационализм и индивидуализм, есть те, кого в политических кругах принято называть «левыми». Они придерживаются той точки зрения, что из-за формализма правового позитивизма суды вынуждены толковать справедливость в ее ограниченном процессуальном смысле, отвечающем требованиям консервативной социальной политики, а не понимать ее в более богатом содержательном смысле, ибо это подрывало бы основу такой политики. По мнению левых, экономический утилитаризм имеет несправедливые последствия, ибо увековечивает бедность, видя в ней средство обеспечения эффективности, и создает искаженное представление о человеческой природе, поскольку для него индивиды — это движимые личными интересами атомы общества, а не социальные, по своей природе, существа, которые осознают себя не иначе как частью некоторого сообщества.

С другой стороны, много критиков господствующей теории есть и среди тех, кто принадлежит к политическому лагерю правых¹. Они являются последователями довольно любопытной философии Эдмунда Бёрка, которая недавно вновь стала популярной у американских политологов. С точки зрения этих критиков, подлинное право образуют не только осознанные решения, которыми, согласно правовому позитивизму, это право исчерпывается, но и распространенные в обществе обычные моральные нормы, оказывающие большое влияние на принятие таких решений. Они считают безнадежно оптимистической точку зрения экономического утилитаризма, согласно которой сознательные решения, в противоположность общепринятой морали, могут способствовать повышению благосостояния общества. Вслед за Бёрком, они полагают, что наилучшим образом благосостоянию общества будут содействовать нормы, истекающие из опыта самого этого общества, и, стало быть, следует больше доверять сложившейся в обществе культуре, а не социальной инженерии утилитаристов, возомнивших себя более мудрыми, чем история.

¹ См., например: *Hayek F. Law, Liberty and Legislation.*

Однако, несмотря на большие расхождения критиков, никто из них не подметил одну отличительную особенность господствующей теории права, о которой я уже упоминал. Никто из них не считает недостатком господствующей теории то, что для нее не приемлема идея прав, которыми индивиды могут обладать как противовесом государству и которые имеют преимущество перед правами, четко определенными в законодательстве. Напротив, и правые, и левые едины в своем осуждении господствующей теории за выраженную в ней чрезмерную, с их точки зрения, заботу о судьбе отдельных людей как таковых. Идея индивидуальных прав в том ее радикальном смысле, в каком она отстаивается в настоящей книге, для них лишь проявление — но только в более обостренной форме — той болезни, которой и так уже страдает господствующая теория.

4.

Несомненно, эта идея в том или ином виде не раз высказывалась разными философами, однако для господствующей теории она не приемлема ни в какой форме. Правовой позитивизм отвергает возможность существования юридических прав до появления законодательства в той или иной его форме, то есть, согласно правовому позитивизму, отдельные люди или группы людей не могут обладать никакими иными правами, кроме тех, что явным образом закреплены в четко сформулированных нормах, которые во всей своей совокупности и составляют действующее в некотором обществе право. Для экономического утилитаризма не приемлема та идея, что политические права могут существовать до юридических прав, то есть, что граждане могут на законных основаниях протестовать против некоторого законодательного решения — за исключением случаев, когда это решение на самом деле не служит общему благосостоянию.

Во многом неприемлемость естественных прав для господствующей теории является следствием поддержанной Бентамом идеи о том, что естественным правам не может быть места в достойной уважения эмпирической метафизике. Либералы с недоверием относятся к онтологическим излишествах. По их убеждению, главная слабость коллективизма во всех его разнообразных формах состоит в том, что он признает такие призрачные сущности, как коллективная воля или национальный дух. Поэтому либералы резко отрицательно относятся к любой теории естественных прав, которая, как им представляется, основывается на столь же подозрительных сущностях. Однако идея индивидуальных прав, отстаиваемая в настоящей работе, не предполагает никаких при-

зрачных форм; по своим метафизическим предпосылкам она по сути, ничем не отличается от основных положений господствующей теории. На деле, она существует за счет ключевой идеи утилитаризма, а именно - идеи коллективной цели сообщества в целом.

Индивидуальные права — это политические козыри в руках людей. Люди пользуются этими правами тогда, когда, в силу тех или иных причин, коллективная цель не является достаточным оправданием для того, чтобы не позволить им иметь или делать то, что они, как индивиды, хотят иметь или хотят делать, или для того, чтобы их чего-либо лишить или нанести им какой-либо ущерб. Подобное определение индивидуальных прав, безусловно, носит формальный характер в том смысле, что оно не указывает, какие именно права люди имеют, и даже не гарантирует, что они вообще их имеют. Однако в этом определении не содержится никаких предположений об особом метафизическом характере этих прав, и, следовательно, в настоящей работе отстаивается теория, которая расходится с прежними теориями прав, основывающимися на таких предположениях.

Для того, чтобы разграничить разные типы индивидуальных прав, требуется определенная терминология. Эта терминология вводится и определяется в главе 4. Наиболее существенное различие касается двух видов политических прав: основополагающих прав, которые, будучи абстрактными, имеют силу как противовес решениям, принимаемым сообществом или обществом в целом, и, более конкретных институциональных прав, которые имеют силу как противовес решениям, принимаемым каким-то отдельным институтом. Юридические права можно в таком случае определить как отдельный вид политических прав, то есть, как институциональные права на определенное решение при судебном разбирательстве.

Согласно этой терминологии правовой позитивизм представляет собой теорию о том, что люди обладают юридическими правами только потому, что эти права были созданы в результате четко выраженного политического решения или в четко установленном для данного общества порядке. В главах 2 и 3 эта теория критикуется как неадекватная концептуальная теория права. В главе 4 предлагается альтернативная концептуальная теория, согласно которой люди могут обладать и другими юридическими правами, помимо тех, что создаются в результате четко выраженных решений или в установленном порядке, то есть они могут иметь права на определенные судебные решения, даже при рассмотрении сложных судебных дел, когда ни четко выраженные решения, ни установленный порядок не требуют решения ни в ту, ни в другую пользу.

Доводы, приведенные в главе 4, позволяют перебросить мостик между концептуальной и нормативной частями данной альтернативной теории. В этой главе изложена нормативная теория судебного разбирательства, в которой важное значение придается различию между аргументами, основанными на принципиальных соображениях, и аргументами, основанными на соображениях политической стратегии, и отстаивается тезис о том, что судебные решения, принимаемые на основе принципиальных соображений, могут брать верх над демократическими принципами. В главе 5 нормативная теория судебного разбирательства применяется к анализу ключевых и политически важных судебных решений, касающихся конституционных вопросов. С позиции этой теории критически разбирается спор между сторонниками так называемого судебного активизма и судебного ограничения в конституционном праве, а также отстаивается уместность судебного пересмотра даже при рассмотрении политически спорных дел в том случае, если он основывается только на принципиальных соображениях.

В главе 6 рассматриваются основания теории законодательных прав. На основе анализа убедительной и влиятельной теории справедливости Джона Ролза проводится та мысль, что наши интуиции относительно справедливости не только предполагают наличие у людей прав, но и свидетельствуют о фундаментальном и даже самоочевидном характере одного конкретного права среди них. Таким наиболее фундаментальным из всех прав является определенным образом истолкованное право на равенство, которое я называю правом на равную заботу и уважение.

В главах 7 и 8 отстаивается нормативная теория соблюдения (закона). В главе 7 рассматриваются дела, когда оказываются спорными законодательные, но необязательно юридические, права человека. В этой главе я не выступаю в поддержку какой-либо конкретной совокупности индивидуальных прав, но лишь обосновываю определенные следствия, вытекающие из признания того, что люди обладают некоторыми законодательными правами, отличными от юридических прав и имеющими над ними приоритет. Эта теория соблюдения (закона), следовательно, не опирается на какие-либо предположения о характере основополагающих и законодательных прав, которыми действительно обладают люди. В ней не предполагается даже абстрактный вывод из главы 6. Тем самым выполняется важное требование, предъявляемое к любой политической теории, в которой видное место отведено правам: теория соблюдения (закона) формулируется для условий, когда неясно и спорно, какими правами действительно обладают люди.

В главе 8 этот анализ распространяется на случаи когда неопределенными и спорными оказываются юридические права. В этой главе рассматриваются два важных и часто упускаемых из виду вопроса в теории соблюдения (закона): каковы основополагающие права и обязанности гражданина в условиях, когда есть неопределенность относительно его конституционных прав, но он искренне уверен в том, что правительство не имеет законного права вынуждать его (гражданина) делать то, что он считает неправильным? Каковы обязанности должностных лиц, считающих, что этот гражданин заблуждается, хотя и искренне, в своем понимании закона?

В главе 9 я возвращаюсь к рассмотрению права на заботу и уважение, затронутого в главе 6. Здесь я показываю, что эта концепция равенства может быть применена при истолковании знаменитой статьи о равной защите в Четырнадцатой поправке к Конституции США и что при таком применении эта концепция подтверждает наши интуиции относительно расовой дискриминации и служит доводом в пользу практики, которая вызывает много политических споров и которую называют дискриминацией наоборот.

В главах 10, 11 и 12 рассматривается другое право, которое многими философами считалось наиболее фундаментальным среди всех политических прав, — это так называемое право на свободу, и оно нередко расценивалось не только как конкурентное праву на равенство, но и, в некоторых случаях, как несовместимое с ним. В главе 12 обосновывается, что, как такового, права на свободу не существует, что идея подобного права сама по себе есть недоразумение. Я не отрицаю, что люди имеют права на определенные отдельные свободы, как, например, право на личные морально-этические решения, обсуждаемое в главе 10, или право на свободы, предусмотренные в Билле о правах. Напротив, в главе 12 я доказываю, что эти общепризнанные права являются производными и происходят не из более абстрактного права на свободу, как такового, а из самого права на равенство. Таким образом, в настоящих очерках опровергается та популярная и опасная идея, что индивидуализм есть враг равенства. Эта идея является общей ошибкой как либертарианцев, не приемлющих равенство, так и эгалитаристов, ненавидящих свободу; и те, и другие нападают на свой собственный идеал, но только под другим названием.

5.

Данные очерки обрисовывают основную структуру иной теории права. И хотя они создавались в поисках этой теории,

все же я писал их независимо друг от друга, и поэтому в своей совокупности они содержат некоторые повторы и различаются по расставленным в них акцентам и деталям. В них не предвосхищаются все возражения, которые будут выдвинуты против высказываемых мной идей, да и мне не удалось сказать всего, что я хотел бы сказать по многим из рассматриваемых здесь тем.

Так, например, моя теория не утверждает, что существует какая-либо механическая процедура, с помощью которой можно продемонстрировать, какие политические права, будь то основополагающие или юридические, имеет отдельный человек. Напротив, в очерках подчеркивается, что имеется немало сложных судебных дел, касающихся как политики, так и права, когда здравомыслящие правоведы будут расходиться во мнениях относительно прав и ни один из них не будет располагать доводами, которые обязательно должны убедить всех остальных. Здесь можно возразить, что при подобных обстоятельствах нелепо предполагать, что вообще существуют какие-либо права. Предпосылкой для такого возражения служит общая философская теория, согласно которой ни одно суждение не может быть истинным, если не существует, по крайней мере, в принципе, процедуры, с помощью которой можно было бы доказать истинность этого суждения таким образом, чтобы каждый рациональный человек должен был бы признать его истинность. В главе 13 я утверждаю, что у нас нет оснований принимать эту общую философскую теорию и есть немало причин для того, чтобы ее отвергнуть, особенно если она применяется к аргументам относительно прав¹.

Однако, возможно, кто-то возразит, что в любом случае на практике не имеет смысла выдвигать или оспаривать требования относительно прав, если нельзя доказать истинность или ложность этих требований. Такое возражение необоснованно. Нам была бы непонятна вся важность искренности в политической аргументации или ответственности при принятии политических решений, если бы это было так; по сути, для нас была бы непостижимой наша ставшая заурядной привычка аргументировать к правам при рассмотрении сложных судебных дел. Однако важно признать в политической теории, что многие требования относительно прав, включая и ряд наиболее существенных, не могут быть доказаны, и, следовательно, нужно разработать принципы, с которыми должны согласовываться официальные решения относительно спорных прав.

¹ См. также: *Dworkin R. No Right Answer // Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart. L., 1977.*

Теория соблюдения (закона), излагаемая в главах 7 и 8, как я уже отмечал, как раз и позволяет сформулировать подобные принципы.

В главе 12 обосновывается необходимость признания определенных основополагающих и институциональных прав. Видимо, будет разумно повторить здесь некоторые из моих тезисов, а именно, что ни права, о которых идет речь в этой главе, ни метод их обоснования не исключают другие права и другие методы обоснования. Общая теория прав допускает возможность разных способов обоснования, если в каждом из них приводится достаточная причина для того, чтобы коллективная цель, которой обычно оправдывают некоторое политическое решение, была признана недостаточным основанием для нанесения ущерба какому-то человеку.

Тем не менее в настоящей книге отдается предпочтение одному конкретному способу обоснования политических прав, состоящему в выведении конкретных прав из абстрактного права на заботу и уважение, которое следует считать основополагающим и самоочевидным. В главе 6 показывается, как из этого абстрактного права можно вывести известный аргумент в пользу экономических прав наименее обеспеченных групп населения, а в главах 9 и 12 демонстрируется, как с помощью другого аргумента из этого же источника выводятся известные гражданские права. Более того, в главе 12 утверждается, что право на заботу и уважение является основополагающим и в другом смысле, ибо идея коллективной цели сама выводится из него. Если это так, то право на заботу и уважение является столь фундаментальным, что оно не подпадает под общее определение прав как козырных карт по отношению к коллективным целям — если только как предельный случай, коль скоро оно является источником как общего авторитета коллективных целей, так и специальных ограничений на их авторитет, служащих оправданием более частных прав.

Однако в настоящих очерках не просматривается обещанное единство политической теории. Оно еще ждет своего обоснования. В частности, необходимо показать, как одно и то же представление о равной заботе, оправдывающее компромиссы в отношении экономических коллективных целей, вместе с тем обосновывает необходимость предоставления льгот, в виде экономических прав, тем, кто понесет наибольший ущерб от этих компромиссов. Здесь потребуется некоторая концепция о степенях нуждаемости для обоснования того, что хотя равная забота оправдывает компромиссы при данной степени нуждаемости, она не позволяет приносить в жертву более настоятельные потребности даже ради более

полного удовлетворения большего числа менее настоятельных потребностей.

Главы 12 и 13 никогда прежде не публиковались. Главы 2 и 6 первоначально были напечатаны в «University of Chicago Law Review» (© R. Dworkin, 1967; © University of Chicago, 1973); главы 3 и 10 — в «Yale Law Journal» (© Yale Law Journal Company, Inc., 1972, 1966); глава 4 — в «Harvard Law Preview» (© R. Dworkin, 1975); главы 1, 5, 7, 8, 9 и 11 были опубликованы в «New York Review of Books» (© NYREV Inc., 1969, 1972, 1968, 1976, 1974). При подготовке настоящего издания в каждую главу были внесены изменения, включая и изменения в названии.

Глава 1

Юриспруденция

Когда юристы излагают свои доводы в суде, консультируют клиентов или составляют законопроекты, отвечающие конкретным общественным целям, они сталкиваются с проблемами, которые являются техническими в том смысле, что между юристами существует общее согласие в отношении приемлемых в этих случаях доводов и доказательств. Однако иногда юристы вынуждены иметь дело с проблемами, которые не являются техническими в этом смысле, ибо не существует общего согласия относительно способов их решения. Пример тому — этическая проблема, которая встает перед юристом, когда он задается вопросом не об эффективности какого-либо закона, а о его справедливости. Другой пример — концептуальные затруднения, возникающие в тех случаях, когда юристы используют нечеткие понятия при толковании закона. Так, один юрист может утверждать, что деликтное право признает человека ответственным только за тот ущерб, который был причинен по его вине. Другой юрист может оспорить это утверждение, и возникшее между ними разногласие будет касаться не фактов или доктрин, а значения слова «вина». Или же юристы могут разойтись во мнениях по вопросу о том, следовал ли Верховный Суд в своем решении по делу 1954 г. о сегрегации принятым принципам или устанавливал новый закон. Спор между ними может коснуться вопроса о том, что такое принципы и что значит применять их. Совершенно не ясно, как следует решать подобные концептуальные вопросы; они, несомненно, лежат вне сферы применения обычных практикуемых юристами методов.

Юристы называют такие не поддающиеся решению вопросы «правоведческими» и, как и следовало ожидать, расходятся во мнениях относительно важности их решения. В школах права обычно читаются специальные курсы под названием «Юриспруденция», «Теория права» или что-то вроде этого, посвященные изучению указанных проблем, но коль скоро отличительная особенность этих проблем как раз и состоит в отсутствии единого мнения относительно их характера и требуемых способов их изучения, эти курсы сильно различаются по используемым в них методам. Более того, от выбранного метода зависит выбор конкретных вопросов для рассмотрения, хотя на этот выбор также влияют интеллектуальная мода и положение

дел в обществе. Например, в настоящий момент в курсах по юриспруденции во всех школах права видное место занимает вопрос о том, имеют ли люди моральную обязанность подчиняться закону, тогда как два десятилетия назад этот вопрос едва ли вообще упоминался.

До недавнего времени в юриспруденции Англии и Америки господствовал подход, который можно было бы охарактеризовать как профессиональный. Юристы, преподающие юриспруденцию, признавали, что «правоведческие» вопросы, подобные перечисленным мной, именно потому вызывают затруднения, что их нельзя решить обычными юридическими методами; но вместе с тем эти юристы предлагали для преодоления этих затруднений отобрать те аспекты данных вопросов, которые можно решить обычными методами, а остальные просто проигнорировать. Когда юристы имеют дело с упомянутыми выше техническими вопросами, они используют три конкретных и взаимосвязанных навыка. Юристов готовят анализировать законодательные акты и судебные решения с тем, чтобы они умели извлекать правовую доктрину из этих официальных источников. Их готовят анализировать сложные реальные ситуации с тем, чтобы они были способны точно отбирать наиболее существенные факты. А также их учат мыслить тактически, составлять проекты новых законов и правовых институтов, которые осуществят намеченные заранее изменения в обществе. Профессиональный подход в юриспруденции предлагает так переформулировать правоведческие вопросы, чтобы нашли применение один или несколько из указанных навыков. Такой подход создает лишь иллюзию успешного решения, в то время как по-настоящему важные и принципиальные вопросы права остаются незатронутыми.

В подтверждение этого серьезного обвинения я должен описать, в каком состоянии находилась юриспруденция в середине века. В Англии данный предмет изучали по таким классическим учебникам, как учебники Сальмонда («Salmond on Jurisprudence») и Патона («Paton on Jurisprudence»). В основном эти учебники были посвящены так называемой «теоретической юриспруденции», которую четко отличали от «этической юриспруденции» или учения о том, каким должно быть право. Под теоретической юриспруденцией авторы этих учебников понимали тщательный анализ значения определенных терминов (таких, как «вина», «владение», «собственность», «небрежность» и «закон»), которые являются основополагающими для права в том смысле, что фигурируют не только в том или ином разделе, но и во всей правовой теории в целом. Эти понятия, подобно упомянутым ранее, вызывают

затруднения, ибо юристы оперируют ими, не понимая точного их значения.

Однако представленный в этих английских учебниках подход к указанным понятиям состоял не в прояснении того, в каком значении они употребляются в обыденной речи, а в демонстрации, с помощью общепринятых доктринальных методов, их специфически *юридического* значения, как оно явствует из судебных решений и законодательных актов. Изучались мнения судей и юристов-экспертов, и из них в виде суммарных выжимок извлекались разнообразные правовые нормы и доктрины, в которых фигурировали эти вызывающие затруднения понятия, но ничего не предпринималось, чтобы связать эти нормы с разнообразными суждениями о вине, владении и т. д., высказываемыми не юристами, а простыми людьми.

Однако, если задать вопрос, *почему* юристы спорят об этих понятиях, то станет понятно, что повышенное внимание к доктрине не имеет к этому никакого отношения. Юриста беспокоит понятие вины не потому, что он не знает, как это понятие используется в судах или в каких нормах дается юридическое определение вины, а потому, что при обосновании или критике права он пользуется неюридическим понятием вины. Он считает — по привычке или по убеждению, — что с моральной точки зрения несправедливо наказывать человека за то, в чем он не виновен. Юриста интересует, нарушается ли этот моральный принцип законом, признающим ответственность работодателя за действия, совершенные его работником, или законом, признающим ответственность водителя за смерть человека, которого он по неосторожности сбил, хотя нанесенная при этом травма была незначительной, но жертва страдала гемофилией. Юрист очень хорошо знает положения правовой доктрины в этих случаях, но у него есть сомнения, не противоречат ли эти положения указанному принципу. Виновен ли человек в причиненном ущербе, если этот ущерб был вызван действиями его подчиненного или стал следствием его собственных действий из-за обстоятельств, которые он не мог предвидеть? Эти вопросы требуют анализа морального, а не юридического понятия вины, которое и так уже хорошо известно юристу. Однако именно моральное значение этого понятия полностью игнорировалось доктринальным подходом в английской юриспруденции.

Американская юриспруденция является более сложной по своему характеру. В ней много внимания уделяется вопросу, который в английской правовой теории полностью игнорируется, а именно: как суды выносят решения в сложных или спорных судебных делах? Наши суды играли в XIX в. более важную роль, нежели английские, в изменении правовой сис-

темы с учетом потребностей индустриализации, а благодаря нашей конституции многие вопросы, считавшиеся в Англии чисто политическими, становились у нас правовыми. В Англии, например, вопрос о справедливости закона, устанавливающего минимальную заработную плату, был сугубо политическим, тогда как в Америке он был конституционным, а, стало быть, и судебным вопросом. Поэтому американские юристы острее ощущают необходимость в точном описании деятельности судов, а, по возможности, и в обосновании этой деятельности. Эта необходимость стала особенно настоятельной, когда выяснилось, что суды занимаются созданием нового и вызывающего политические разногласия права вместо того, чтобы просто применять существующее право, как того требовала ортодоксальная правовая теория.

В начале этого века Джон Чипман Грей, а позднее Оливер Уэндел Холмс опубликовали скептические отзывы о судебных процессах, развенчивая ортодоксальное представление о том, что судьи просто применяют существующие нормы. Этот скептический подход в 20—30-е годы нашего столетия оформился в широкое и влиятельное интеллектуальное течение, известное как «правовой реализм». Лидеры этого течения (среди них — Джером Франк, Карл Льюэллин, Уэсли Стердженс, Морис и Феликс Коэн и др.) утверждали, что ортодоксальная теория стала ошибочной потому, что, следуя доктринальному подходу к юриспруденции, она пытается описать деятельность судей, сосредоточивая свое внимание на правовых нормах, упоминающихся в их решениях. Это неправильно, считали реалисты, поскольку в действительности при вынесении приговора судья руководствуется собственными политическими и моральными пристрастиями, а уже затем подбирает соответствующую правовую норму в качестве их рационализации. Реалисты ратовали за «научный» подход, который ставил бы во главу угла то, что судьи делают, а не что говорят, и который учитывал бы действительные последствия их решений для широких слоев общества.

Основное направление в американской юриспруденции следовало этому призыву к реализму и отвергало доктринальный подход, представленный в английских учебниках. Американские правоведы придавали большое значение двум другим профессиональным навыкам юриста: его способностям выстраивать факты в определенном порядке и разрабатывать тактику общественных изменений. Мы сможем более четко проследить влияние реализма на дальнейшее развитие американской юриспруденции, если рассмотрим по отдельности эти два приема. Повышенное внимание к фактам дало начало направлению, которое Роско Паунд из Гарварда назвал социоло-

гической юриспруденцией; под ней он имел в виду тщательное изучение правовых институтов как неких социальных процессов, когда в судье, например, видят не оракула доктрин, а человека, действующего под влиянием разного рода общественных и личных стимулов. Некоторые правоведы, например, Джером Франк и сам Паунд, попытались осуществить такое исследование, однако, столкнулись с тем, что большинство юристов не имеют необходимой подготовки и знания статистики, а потому способны описывать сложные правовые институты лишь интроспективным и ограниченным образом. Таким образом, социологическая юриспруденция осталась в ведении социологов.

Исследования с акцентом на тактической стороне дела оказали более продолжительное влияние на школы права. Такие ученые, как Майерс Макдугал и Гарольд Лассуэл из Йеля, а также Лон Л. Фуллер, Генри Харт и Альберт Сакс из Гарварда, при всех существовавших между ними различиях, подчеркивали необходимость и важность рассмотрения права, как инструмента достижения обществом определенных крупномасштабных целей, и пытались подходить к вопросам судопроизводства с инструментальной точки зрения, с учетом того, какие решения в наибольшей степени будут способствовать достижению этих целей.

Однако оба эти подхода с их акцентом на фактической и стратегической стороне дела в конечном счете привели почти к такому же искажению смысла правоведческих вопросов, как это было и при английском доктринальном подходе, поскольку исключали из рассмотрения именно те принципиальные моральные вопросы, которые составляют их суть. Это станет очевидным, если мы более подробно рассмотрим центральную проблему, обсуждаемую социологами и инструменталистами: следуют ли судьи существующим правовым нормам всегда, даже при рассмотрении сложных и спорных дел, или же иногда они создают новые нормы и применяют их задним числом?

Юристы десятилетиями спорят по этому вопросу, но не потому, что не знают, какие решения принимают судьи или какие доводы они приводят, а потому, что им неясно, что же действительно означает понятие следования нормам. В простых случаях (например, когда человека обвиняют в нарушении правила уличного движения, запрещающего ездить со скоростью, превышающей шестьдесят миль в час), видимо, мы вправе утверждать, что судья просто применяет уже существующую норму в новом конкретном случае. Но можем ли мы это утверждать в том случае, когда Верховный Суд отменяет прецедент и выносит распоряжение о десегрегации школ или же

объявляет незаконными процессуальные нормы, которые десятилетиями использовались полицией и на которые закрывали глаза суды? В подобных неординарных случаях Верховный Суд приводит какие-то основания, но при этом он не ссылается на законодательные акты, а апеллирует к принципам справедливости и соображениям политической стратегии. Означает ли это, что и в этом случае Верховный Суд все же следует нормам, только более общего и абстрактного свойства? Если да, то что является источником этих норм и что придает им юридическую силу? Или же это означает, что Верховный Суд выносит решения, руководствуясь собственными морально-этическими и политическими убеждениями?

Юристы и обыкновенные люди задаются этими вопросами не из пустого беспокойства или праздного любопытства; им известно, что судьи обладают большой политической властью, и их заботит, оправдана ли такая власть как вообще, так и в частных случаях. Вовсе не обязательно, что они убеждены в том, что, создавая новые правовые нормы, судьи делают то, что им не надлежит делать. Но они хотят знать, как далеко распространяется на сложные судебные дела оправдание судебной власти, предусмотренное для простых случаев, когда судья применяет уже существующие нормы права; стало быть, они хотят знать, в каком объеме и какого рода оправдание требуется для этих сложных дел.

Этот вопрос об оправдании судебной власти имеет важные следствия, касающиеся не только того, как далеко распространяется эта власть, но и в какой мере отдельный человек имеет политическую и моральную обязанность подчиняться созданному судьями закону. От ответа на этот вопрос зависит и то, на каких основаниях человек может возражать против судебного решения, с которым он не согласен. Если правомерно утверждать, что в сложных делах судьи должны следовать существующим правовым нормам, то для человека, из убеждений отказывающегося нести воинскую повинность, будет осмысленным довод, что судья допустил юридическую ошибку, когда признал конституционность закона о призыве на воинскую службу. Но если судьи могут заниматься правотворчеством только при рассмотрении сложных дел, подобный довод не имел бы смысла. Поэтому, хотя вопрос о следовании судей правовым нормам кажется чисто лингвистическим, за ним стоят в высшей степени практические интересы.

Я затронул эти следствия, дабы показать, что здесь, как и в случае понятия вины, за лингвистической, на первый взгляд, проблемой кроются принципиальные моральные вопросы. Критики права принимают — опять же по привычке или по убеждению — тот принцип, что судебное решение является бо-

лее честным, если оно означает применение существующих норм права, а не введение новых. Однако у них нет ясности в том, что считать применением существующих норм, и проявляется это отсутствие ясности тогда, когда они ставят вопрос о том, действительно ли судьи следуют нормам, по крайней мере, в каком-то смысле, когда рассматривают совершенно новые дела? Для ответа на эти насущные вопросы правоведы должны заняться исследованием природы морального разногласия и попытаться прояснить смысл упоминаемого критиками принципа честности, дабы понять, действительно ли судебная практика отвечает этому принципу.

Однако американские правоведы не предпринимали подобных попыток. Что касается социологов, то они не занимались следованием нормам на том основании, что это понятие является слишком неопределенным для экспериментального или количественного изучения. Сам факт, указывали они, что люди не могут прийти к согласию относительно того, что значит следовать норме, делает непригодным данное понятие для науки; если бы каждый исследователь был вынужден вкладывать свой смысл в понятия, то не было бы ни объективных данных, ни общего прогресса. Поэтому вместо того, чтобы исследовать это понятие, социологи вроде Глендона Шуберта, Германа Притчетта и Стюарта Нагеля ставили вопросы, которые, как им казалось, были более уместными и точными, а именно: склонны ли судьи, происходящие из определенных экономических или социальных слоев, занимающиеся определенным видом юридической деятельности, принадлежащие к определенным политическим партиям и придерживающиеся определенных систем ценностей, выносить решения в пользу обвиняемых, с которыми их связывают корпоративные узы? Не образуют ли судьи Верховного Суда сплоченные группировки, когда разбирают дела, затрагивающие расовую принадлежность, интересы профсоюзов или антитрестовские меры? Эти эмпирические вопросы представлялись уместными, ибо, если социальное происхождение или прежние узы верности определяют решение судьи, то это означает, что он не следует правовым нормам.

Однако эти данные, какими бы интересными и полезными они ни были для других целей, проливают немного света на принципиальные вопросы, составляющие суть рассматриваемой проблемы. Правоведам не нужно доказывать, что судьи расходятся во мнениях и что на их решениях часто сказывается их социальное происхождение и темперамент. Их озадачивает другой вопрос: означают ли эти факты лишь то, что судьи по-разному понимают природу и смысл основополагающих правовых принципов, или же это доказывает, что таких принци-

пов вообще не существует. Если это означает первое, то отсюда вытекает, что судьи стараются следовать нормам, как они их понимают, и, стало быть, люди, не согласные с их решениями, все же могут быть, с точки зрения закона, правы. Если же имеется в виду второе, то этот аргумент, как я уже отмечал, бессмыслен. Нет у правоведов уверенности и в том, как следует относиться к этим разногласиям: следует ли считать их достойными сожаления, или принимать как неизбежные, или приветствовать как признак развития? Не ясно им и то, как все это связано с ключевыми вопросами политических обязанностей и обеспечения правопорядка, с которыми они имеют дело. Предлагаемая социологическим подходом переформулировка рассматриваемого вопроса исключает из рассмотрения именно те аспекты, которые связаны со всеми этими вопросами.

Инструментальный подход в постреализме также предложил переформулировку данного вопроса, но в ином ключе. Генри Харт и Сакс в своих блестящих работах по судопроизводству предложили обойти концептуальные проблемы относительно норм, сформулировав вопрос следующим образом: как следует судьям приходить к своим решениям, дабы наилучшим образом обеспечить достижение целей, стоящих перед судопроизводством? Однако их надежда избежать таким образом трудностей по поводу норм не оправдалась, поскольку оказалось невозможным так сформулировать цели судопроизводства, чтобы указанные трудности не всплывали на более поздней стадии. Если мы сформулируем цель судопроизводства очень абстрактно (указав, например, что закон должен вершить справедливость или укреплять справедливое государство), то неизбежно встанет вопрос: означает ли справедливость, как полагают многие, принятие судебных решений в соответствии с уже существующими нормами? А этот вопрос, в свою очередь, предполагает анализ того, что значит следовать нормам. Если же мы попытаемся дать более конкретное или более точное определение цели (указав, например, что судопроизводство должно способствовать росту национального валового продукта), то все обсуждение потеряет смысл, поскольку нет никаких оснований предполагать, будто любая подобная цель находится исключительно в ведении права.

Мы можем утверждать (подобно некоторым авторам), что право было бы экономически более эффективным, если бы судьям при принятии решений было позволено учитывать экономические последствия своих решений; однако это не даст ответа на вопросы: справедливо ли судьям поступать так, можем ли мы считать экономические нормы частью существующего права, или имеют ли решения, принятые с учетом экономических последствий, больший или меньший моральный вес?

Предположим, например, что по убеждению судьи отмена старой нормы и введение новой, более выгодной для автомобильной промышленности, будет иметь следствием процветание последней, а то, что выгодно для автомобильной промышленности, будет выгодно и для всей экономики. Является ли это достаточным основанием для изменения нормы? Мы не можем решать такого рода вопросы, просто анализируя взаимосвязь между целями и средствами.

Таким образом, разнообразные формы профессионального подхода в юриспруденции потерпели неудачу по одной и той же причине. В них не учитывался тот ключевой факт, что суть правоведческих вопросов составляют вопросы, касающиеся моральных принципов, а не фактов и стратегии. Именно эти вопросы они и предали забвению, настаивая на традиционном подходе к праву. Однако, чтобы успешно решать свои задачи, юриспруденция должна четко сформулировать эти вопросы и решать их как вопросы моральной теории.

Этим простым обстоятельством объясняется значение и успех профессора Г. Л. Харта. Харт занимается философией морали; у него тонкое чутье на принципиальные вопросы и удивительная способность их ясно излагать. Например, в своей первой книге «Понятие права» он поднимает вопрос о том, не указывает ли тот факт, как судья следует нормам, на очевидную связь между этой проблемой и морально-этическим вопросом о том, когда одному человеку надлежит возлагать обязанность на другого. Он проанализировал те нормы, которым принято следовать в нашем обществе при выдвижении или критике доводов относительно моральных обязанностей, и утверждал, что судьи в своих рассуждениях о юридических обязанностях во многом следуют тем же самым нормам. В другой книге под названием «Причинность в праве» Харт и его соавтор Э. М. Оноре разбирают концептуальные трудности, связанные с понятием вины, которые я упоминал ранее, но, в отличие от своих предшественников, предпринимают попытку прояснить не только сугубо юридическое, но и обыденное значение этого понятия. Подобно коллегам Харта из Оксфордской философской школы, в частности подобно Дж. Л. Остину, они провели исследование обыденного языка и на его основе продемонстрировали, каким образом члены нашего языкового сообщества имеют обыкновение приписывать вину и ответственность друг другу, а затем с помощью этих общепринятых оценок разъяснили, например, правовую норму, в полной мере возлагающую ответственность на человека, нанесшего телесные повреждения страдающему гемофилией.

Они отметили тот факт, что в обыденном языке проводится различие между необычными обстоятельствами, имевшими ме-

сто в момент совершения человеком действия, и невероятным стечением обстоятельств, наступившим впоследствии. Так, например, различаются случаи, когда неосторожный водитель наносит незначительные телесные повреждения человеку, страдающему гемофилией, и тот умирает, и когда неосторожный водитель наносит незначительные телесные повреждения человеку, который умирает из-за заражения крови, возникшего по недосмотру врача. В первом случае большинство людей сочли бы, что неосторожность водителя стала причиной смерти и он виновен в ней; однако во втором случае они не стали бы этого утверждать. Это различие, в свою очередь, отражает общепринятое представление о причинности: для обыкновенного человека существует различие между действием, которое служит причиной и оказывает влияние на уже сложившуюся ситуацию, и сопутствующими обстоятельствами (например, болезнью крови), которые составляют часть сложившейся ситуации, а не являются независимыми причинами. Но более поздние события, как например, халатные действия врача, представляют собой вторжения, нарушающие имеющуюся цепочку причин и следствий. Таким образом, правовая норма трактуется как продолжение общепринятых представлений о морали и причинности.

Однако Харт не довольствуется этим простым объяснением, демонстрирующим, как право вбирает в себя моральные оценки обыкновенных людей. Для него этот вид анализа — лишь необходимая предварительная стадия перед критической оценкой как самого права, так и общепринятой морали, на которой это право основывается. До тех пор, пока мы не уясним, какие моральные обычаи или оценки отражает право, мы не можем критиковать его с пониманием дела; но как только мы это уясним, сразу встанет вопрос, разумны ли эти обычаи или оценки, правильны ли они и согласуются ли с другими принципами, которым призвано служить право.

Самая недавняя книга Харта «Наказание и ответственность» — прекрасный образец такого критического анализа. Она представляет собой переиздание ряда его статей по правоведческим вопросам в уголовном праве. В большинстве этих статей обсуждается вопрос о том, следует ли освобождать человека от ответственности за преступное деяние по причине его психического состояния. Следует ли его освобождать от ответственности (или следует ли смягчать ему наказание), если совершенное им было результатом несчастного случая, если он действовал скорее неосторожно, нежели преднамеренно, или если он был психически нездоров? Как правило, в подобных случаях закон допускает освобождение от ответственности или, по крайней мере, смягчение наказания, однако некоторые из современных критиков считают такие меры ошибочными.

Если бы целью уголовного права было возмездие и кара, говорят они, то совершенно очевидно, что эти оправдания психическим состоянием имели бы смысл, ибо нельзя получить удовлетворение от мести тому, кто действовал по ошибке или был психически нездоров. Но если цель права состоит в том, чтобы предотвратить ущерб от дальнейших действий преступника и на его примере удержать других от подобных преступлений, то такие оправдания будут иметь обратный эффект. Мы могли бы предотвратить больше ущерба, если бы отправили за решетку водителя, постоянно создающего аварии, нежели человека, убившего отца ради наследства; мы значительно повысили бы сдерживающую силу закона, если бы не признавали никаких вообще оправданий психическим состоянием, не оставляя у потенциальных преступников никакой надежды на то, что они смогут выдать себя за душевнобольных в случае задержания. Поэтому критики утверждают, что право должно жестко ограничивать возможность подобных оправданий, обосновывая это тем, что эти оправдания повышают затраты на судебные разбирательства и юридическое образование, что ими злоупотребляют и что представляется неясным их назначение в цивилизованной системе уголовного права.

Харт с этим не согласен. В ответ он сначала напоминает нам о том, что ошибочно предполагать, будто уголовное право (или любое другое право) имеет ряд целей, которые являются главными в том смысле, что все статьи этого права должны согласовываться с ними. Безусловно, цель уголовного права состоит в предупреждении преступности, однако, следуя этой цели, мы должны подчиняться принципам, которые могут ограничивать эффективность уголовного права при достижении этой цели; было бы несправедливо наказывать невиновного человека как заложника, даже если бы это действительно способствовало снижению преступности. Мы должны понимать оправдания психическим состоянием именно в этом ключе, поэтому тот факт, что они могут препятствовать предупреждению преступности, не является решающим доводом. Однако это лишь негативный аспект, оставляющий открытым вопрос о том, действительно ли обоснованы оправдания психическим состоянием или же их необходимо изменить. Харт подходит к этому вопросу так, как я уже описал; он начинает с рассмотрения того, отражают ли оправдания психическим состоянием какой-либо неписанный моральный закон, или какую-либо общую цель или стратегию общества.

Вначале Харт разбирает высказываемое некоторыми теоретиками уголовного права, например, профессором Джеромом Холлом, предположение о том, что цель оправданий психическим состоянием — это гарантировать, чтобы закон наказывал

как преступников только тех мужчин и женщин, которые заслуживают наказания и с точки зрения общепринятых моральных норм. Это привлекательное мнение кажется, на первый взгляд, правдоподобным. В повседневной жизни мы не виним человека, причинившего кому-либо ущерб, если он действовал неумышленно или по неосторожности (кроме, возможно, тех случаев, когда он был также и легкомысленным); не виним мы его и тогда, когда считаем, что он страдает расстройством психики. Поэтому вполне можно предположить, что судьи и законодатели могли бы привнести эти установки в уголовное право в виде доктрины о том, что при вышеназванных условиях людей не следует наказывать, даже если бы это способствовало эффективности уголовного права.

Однако Харт отвергает эту теорию на том основании, что существует немало правонарушений (например, в Англии несоблюдение транспортных правил на железных дорогах), которые сами по себе не считаются наказуемыми с моральной точки зрения. По его мнению, существование такого рода правонарушений доказывает, что у права нет такой общей цели, чтобы признавать человека виновным только за действия, заслуживающие порицания, а это означает, что в этом не может состоять смысл оправданий психическим состоянием.

Но Харт не прав, отвергая таким образом теорию наказуемости; думаю, он смешивает две причины, по которым нарушение закона может быть предосудительным с моральной точки зрения. Так, нарушение закона может быть предосудительным потому, что предосудительно само осуждаемое законом действие (например убийство). Или же нарушение закона может быть предосудительным в тех случаях, когда осуждаемое законом действие предосудительно не само по себе, а потому что его запрещает закон; английские железнодорожные законы — один из таких случаев. Возможно, есть основания сомневаться в разумности или справедливости национализации Англией своих железных дорог; все же это, видимо, не отменяет того, что как только закон принят, каждый несет моральное обязательство подчиняться ему.

Разумеется, отсюда не следует, что человек несет моральную ответственность всякий раз, как совершает действие, запрещенное законом. Он может не заслуживать порицания, поскольку закон является настолько несправедливым, что утрачивает свою силу обычная моральная обязанность подчиняться такому закону. Этот довод был выдвинут некоторыми гражданами, отказывающимися нести воинскую повинность. (Есть основания утверждать, что статья о надлежащей правовой процедуре и другие статьи Конституции США имеют целью оградить человека от наказания в этом случае.) Или же

человек может не заслуживать порицания по той причине, что совершил свое действие случайно или неумышленно, или же по той причине, что был психически болен и потому не несет ответственности за свое поведение. Согласно аргументу профессора Холла, который Харт слишком поспешно отверг, цель оправданий психическим состоянием и заключается в том, чтобы оградить человека от наказания в таких случаях.

Даже если Холл прав, все же остаются важные вопросы, которые мы обязаны поставить, а именно: действительно ли наши общепринятые установки относительно вины и наказания имеют отношение к праву. Те, кто ставит под сомнение важность оправданий психическим состоянием, утверждают, что поскольку цель уголовного права состоит в исправлении и сдерживании, а не в наказании, то эти общепринятые установки не имеют к праву никакого отношения, а потому следует отвергнуть оправдания психическим состоянием. Они доводят эту мысль до конца, предлагая вместо «наказания» говорить о «лечении». Если человек совершил преступление, утверждают они, то решение вопроса о том, как обществу следует лечить его — следует ли заключить его в тюрьму, поместить ли в больницу или отпустить на волю, — должно зависеть от того, какая из этих мер лучше всего поможет предупредить повторное совершение преступления. При таком подходе вопрос о том, заслужил ли он моральное порицание за совершенное им, только вносит путаницу, поскольку лечение может быть необязательным, даже если он заслужил, и желательным, даже если он не заслужил. Мы должны установить, служат ли оправдания психическим состоянием какой-либо цели, значимой с точки зрения этого пересмотренного понятия уголовного права.

В одной из своих ранних статей «Юридическая ответственность и оправдывающие обстоятельства», переизданной в его недавней книге, Харт высказывает следующее предположение. Благодаря оправданиям психическим состоянием человек имеет больше возможностей самостоятельно решать свою судьбу, ибо в этом случае сокращается число ситуаций, при которых закон будет препятствовать его свободе и которые он не мог предвидеть, когда сознательно совершал свои действия. Если бы эти оправдания были отменены, нам пришлось бы мириться с тем, что из-за несчастного случая или неосторожности мы можем отправиться в тюрьму или же оказаться втянутыми в долгий, дорогостоящий и унижительный судебный процесс. Благодаря этим оправданиям мы можем рассчитывать на то, что, как правило, нас будут привлекать к ответственности только за действия, совершая которые мы осознавали, что можем понести за них наказание. Это имеет то дополнительное преимущество, что наказанные, по крайней мере, получают

удовлетворение от того, что осуществили принятое ими решение нарушить закон.

Однако это слабый довод, если он исчерпывается ссылкой на возросшую личную безопасность, которую предоставляют оправдания психическим состоянием, ибо эта возросшая безопасность минимальна. В конце концов, общество принимает великое множество решений, которые подвергают нашу безопасность большому риску, например, решение о поощрении коммерческой конкуренции, о разрешении пользоваться автомобилями и о ведении войн. Подобные решения значительно повышают вероятность того, что отдельным людям будет нанесен ущерб, который они не могли предвидеть и который не был следствием их собственных сознательных действий; но тем не менее общество принимает такие решения и идет на такой риск во имя эффективности, прибыли или национального интереса. Если бы, как готов признать Харт, отмена оправданий психическим состоянием повысила эффективность уголовного права в предупреждении преступности, тогда возросли бы личная безопасность рядового гражданина и его способность решать свою судьбу, причем в такой мере, что это, по-видимому, перевесило бы увеличившийся риск оказаться привлеченным к ответственности за несчастный случай.

Думаю, Харту больше удалось другое, более общее, обоснование оправданий психическим состоянием в статье «Наказание и освобождение от ответственности», где он пишет: «Человеческое общество — это общество личностей, а для личности ни она сама, ни другие люди — это не просто масса тел, совершающих движения, которые иногда наносят кому-то вред и которые необходимо поэтому предотвращать и изменять. Напротив, люди прочитывают в движениях друг друга стоящие за ними намерения...» В таком же духе он высказывается и в другом месте, указывая, что, если отказаться от этих оправданий, то в глазах закона человек будет средством, а не целью.

Этими положениями устанавливается связь между правовыми доктринами и широким кругом неписанных моральных законов. В них подчеркивается тот принцип, что правительство должно относиться к своим гражданам как к достойным уважения — именно такого отношения взрослые члены общества требуют друг от друга. Правительство может лишать человека свободы ради его собственного или общего блага, но поводом для этого может служить только поведение этого человека, которое правительство должно оценивать с учетом тех же аспектов, которые учитывает и он сам, то есть с учетом его намерений, мотивации и способностей. Люди, как правило, осознают, что действуют так, как сами решили, однако этого не происходит, когда имеет место несчастный случай, когда дей-

ствие совершается под принуждением, давлением или из-за болезни. Каждый из нас проводит это различие не только в отношении себя, но и при оценке поведения других людей, к которым мы испытываем хоть какое-то уважение. Как заметил Холмс, даже собака понимает, когда ее пинают, а когда об нее просто спотыкаются.

Уголовное право могло бы быть более эффективным, если бы не учитывало столь непростое различие и отправляло людей в тюрьму или на принудительное лечение всякий раз, когда представлялось вероятным, что это снизит преступность в будущем. Однако, согласно сформулированному Хартом принципу, при таком подходе была бы нарушена грань между отношением к другому как к такому же человеку, что и все остальные, и отношением к нему как к источнику выгоды для кого-то еще — при существующих в нашем обществе обычаях и нормах ничто не может быть более серьезным оскорблением. Это оскорбление не станет меньше, назови мы судопроизводство наказанием или лечением. Действительно, иногда мы лишаем человека свободы и отправляем его на лечение, так как считаем, что он не отвечает за собственное поведение. Мы поступаем так в соответствии с гражданскими законами о принудительном помещении в психиатрическую лечебницу и, как правило, после того, как человек признан невиновным в совершении тяжкого преступления по состоянию невменяемости. Однако мы должны признать, что такими мерами мы идем на компромисс с принципом; мы должны лечить человека вопреки его желанию только тогда, когда он представляет реальную опасность, а не всякий раз, когда по нашим расчетам это, вероятно, снизит преступность.

Несомненно, такой способ аргументации поднимает гораздо больше вопросов, чем решает. Некоторые философы, основываясь на данных современной физиологии и психологии, полагают, что феноменологическое различие между выбором и принуждением не имеет смысла. По их мнению, любое поведение человека детерминируется факторами, не подвластными его контролю, так что ощущаемая нами свобода выбора всего лишь иллюзия. Однако научные данные в пользу такого вывода далеки от того, чтобы их считать неопровержимыми. Кроме того, даже те, кто находит их весомыми, вынуждены решать, какой должна быть позиция закона до тех пор, пока они окончательно не доказаны (если они вообще будут или могут быть доказаны). Если бы мы, к примеру, приняли ту точку зрения, что любое человеческое поведение детерминировано, разве отсюда вытекало бы, что нам следует полностью отказаться от той идеи, что люди обладают правами, которые правительство морально обязано уважать? Если же мы не пойдем так дале-

ко — то ли потому, что научные данные не являются неопровержимыми, то ли потому, что мы в любом случае неохотно отказываемся от понятия прав, — разве будет логичным отвергнуть оправдания психическим состоянием во имя науки? Если, с другой стороны, мы сохраним эти оправдания и примем в качестве их основы предполагаемое данным аргументом феноменологическое различие между действием по собственному выбору и действием не по собственному выбору, то как это повлияет на наш подход к трудным случаям, например, к случаю психопата? Контролирует ли психопат самого себя, как этого требуют общепринятые нормы поведения, или же в его случае требуется учреждение по реабилитации психических больных, что и объясняет путаницу в этом вопросе? Здесь нет возможности рассматривать эти вопросы (часть из которых обсуждает Харт), и я упоминаю их лишь для того, чтобы показать, что юриспруденция, признающая важность соображений принципа, не может останавливаться на простой фиксации связи между правовой и социальной практикой, но должна перейти к анализу и критике социальной практики с позиции независимых критериев согласованности и осмысленности.

Оправдания психическим состоянием не единственный спорный аспект уголовных процессуальных норм, которые касаются, например, допросов, признаний и превентивного заключения в тюрьму, и обеспечивают защиту предполагаемого преступника в ущерб эффективности полицейского расследования. Имеет смысл подчеркнуть важность более философского подхода к этим вопросам, чем предлагали пока правоведы-преподаватели. До сих пор свою позицию либералы формулировали главным образом в инструментальном ключе. По их убеждению, целями уголовного права надлежит считать защиту индивидуальной свободы наряду с предупреждением преступности, а процессуальные гарантии как раз и устанавливают баланс между этими двумя целями. Однако при такой постановке вопроса предполагается, что баланс между этими целями установлен правильно; но у кого-то вполне может возникнуть вопрос, почему бы большинству законопослушных граждан не попытаться сместить этот баланс в сторону своей собственной защиты.

Этот вопрос ставит либерала в затруднительное положение. Он мог бы в ответ сказать, что ценит свободу других выше, чем усиление собственной безопасности, но он вынужден был бы признать, что такой позиции придерживается меньшинство. Он мог бы утверждать, что в конечном счете большинство лишь выиграет от расширения свободы за счет снижения безопасности, но этот довод, столь популярный среди либералов, совершенно ошибочен. Уголовное право представляет

большую угрозу для чернокожего наркомана, нежели для белого из среднего класса, и у нас есть немного оснований предполагать, что допрос первого без адвоката или заключение его в тюрьму до суда даже в длительной перспективе повлияют на свободу второго.

Здесь вновь оказывается полезным общий подход Харта. Он подсказывает, что свою позицию либералы должны защищать, подчеркивая важность моральных принципов как неких ограничителей для права, а не ссылаясь на противоположные цели права. Они должны основываться на правовых доктринах, закрепленных в наших неписаных законах (например, доктринах о том, что никого нельзя принуждать давать показания против себя и что человек считается невиновным, пока его вина не доказана), выступая в поддержку того требования, что общество не имеет права допрашивать человека без адвоката и что подозреваемый имеет право находиться на свободе до суда независимо от того, будет в этом польза для большинства или нет. Безусловно, между этими принципами и реальными нуждами могут возникать противоречия, однако это не случай, когда нужен справедливый компромисс, а скорее — если от принципов приходится отречься — повод для стыда и сожаления.

Сторонники иной точки зрения, ратующие за повышение эффективности полицейского расследования, принимают упомянутые мной доктрины (например, привилегию не давать невыгодных для себя показаний), но отрицают тот факт, что эти доктрины гарантируют определенные права, в поддержку которых выступают либералы. По их мнению, например, указанная привилегия защищает человека от использования пыток для получения от него признания, но не дает ему права взять свое признание назад на том основании, что он дал его, не подумав. Этот спор необходимо поэтому перевести в философскую плоскость: противоречит ли использование признаний, данных без совета адвоката, или превентивное заключение в тюрьму моральным принципам, лежащим в основе общепринятых доктрин? По моему убеждению, противоречит, но задача наведения мостов между правом и моралью для обоснования этого требования остается за юриспруденцией.

Возможно, выявить это противоречие поможет принцип, на который ссылается Харт и который гласит, что правительство должно проявлять минимум уважения даже по отношению к осужденным преступникам и должно видеть в них людей, а не предоставившиеся возможности достичь каких-либо целей. Этот принцип, например, служит основой для доктрины о том, что человек не виновен, пока его вина не доказана, а также помогает объяснить, почему представляется несправедливым

заключение человека в тюрьму до суда, если основанием для этого служит тот прогноз, что, будучи отпущенным под залог, он может совершить новые преступления. Любой подобный прогноз, при всей его убедительности, неизбежно строится на принадлежности человека к какому-либо классу и на большой вероятности — в силу присущих этому классу особенностей — совершения его представителями преступлений. Стало быть, такой прогноз, подобно прогнозам страховых компаний относительно вероятности попадания подростков в автомобильные аварии, должен опираться на статистические расчеты. Однако несправедливо отправлять человека в тюрьму, руководствуясь оценкой, данной в отношении всего класса, какой бы точной она ни была, ибо в этом случае человеку отказывают в праве на равное со всеми уважение.

Глава 2

Модель норм I

1. Затруднительные вопросы

Правоведы во многом опираются на взаимосвязанные понятия юридических прав и юридических обязанностей. Мы говорим, что у человека есть юридическое право или обязанность, и рассматриваем это утверждение как надежное основание для выдвижения требований или претензий, а также для критики действий государственных чиновников. Однако наше понимание смысла этих понятий чрезвычайно неопределенно и мы сразу же начинаем испытывать сомнения, когда пытаемся сказать, что такое юридические права или обязанности. Мы бойко заявляем, что наличие юридической обязанности определяется применимостью «права» к конкретным обстоятельствам того или иного дела, однако это мало помогает, ибо те же самые проблемы встают и в связи с понятием права.

Наши затруднения в сжатом виде выражаются в классических вопросах юриспруденции: Что такое «право»? Если две стороны расходятся, как это часто бывает, по поводу какого-то суждения «права», то что собственно является предметом их разногласий и как решить, кто из них прав? Почему мы считаем, что «право» имеет отношение к юридической «обязанности»? Сводится ли здесь значение термина «обязанность» только к тому, что говорит право? Или юридическая обязанность как-то связана с моральной обязанностью? Можно ли считать, что для выполнения юридических обязанностей мы имеем, по крайней мере, в принципе, те же самые основания, что и для выполнения моральных обязанностей?

Это не те вопросы, решение которых можно отложить для развлечения в дождливый день. Они служат источником непрекращающихся затруднений и требуют постоянного внимания. Они приносят путаницу, когда мы имеем дело с конкретными проблемами, которые приходится так или иначе решать. Допустим, в суд поступает совершенно новое дело, связанное с правом на неприкосновенность частной жизни, и для рассматриваемого аспекта этого права еще нет законодательного акта или прецедента, на который можно было бы сослаться. Какую роль в решении суда должен сыграть тот факт, что в обществе большинство людей считает, что каждый человек имеет «моральное» право на неприкосновенность частной жизни? Допустим, Верховный Суд принимает решение освободить какого-то заключенного на том основании, что при его

осуждении полиция использовала методы, которые теперь Суд считает неконституционными, хотя эти методы опирались на более ранние решения Суда. Должен ли Верховный Суд, чтобы быть последовательным, освободить также и других заключенных, осужденных ранее благодаря использованию этих методов¹? Концептуальные затруднения, связанные с понятиями «право» и «юридическая обязанность» приобретают особую остроту, когда суды сталкиваются с подобными проблемами.

Все это есть симптомы хронической болезни. Каждый день мы отправляем людей в тюрьму, облагаем их штрафами или силой заставляем делать то, что они не хотят, оправдывая все это тем, что они нарушили закон, не выполнили своих юридических обязанностей или посягнули на юридические права других людей. Даже и в более ясных случаях (скажем, при ограблении банка или умышленном нарушении договора), когда мы знаем наверняка, что у человека были юридические обязанности, которые он нарушил, мы не способны удовлетворительно объяснить, что же это означает и почему государство вправе подвергать его наказанию или принуждению. Мы можем чувствовать уверенность в том, что поступаем правильно, однако до тех пор, пока мы не укажем принципов, которым следуем, мы не можем быть уверенными, что их достаточно или что мы правильно их применяем. В менее же ясных случаях, когда даже непонятно, была ли нарушена некоторая обязанность, острота этих вопросов увеличивается и повышается наша ответственность за то, чтобы найти ответы.

Некоторые правоведы (их можно назвать «номиналистами») полагают, что мы решаем эти проблемы, просто игнорируя их. По их мнению, понятия «юридическая обязанность» и «право» являются мифами, которые придуманы и поддерживаются правоведами вследствие страшной мешанины сознательных и бессознательных мотивов. Осложнения, связанные с этими понятиями, как раз и доказывают, что они являются мифами. Эти проблемы неразрешимы, ибо не существуют, а наш интерес к ним есть проявление нашей порабощенности. Было бы лучше вообще отбросить эти понятия и связанные с ними трудности и следовать подлинно важным социальным целям без этого обременительного груза.

Эта мысль соблазнительна, но ей присущи серьезные недостатки. Прежде чем объявить мифом понятия права и юридической обязанности, мы должны понять, что они собой представляют. Нужно хотя бы приблизительно сказать, что именно ошибочно в том, во что мы все верим. Но наибольшее затруднение связано как раз с этим. Действительно, когда мы

¹ См.: *Linletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

ставим вопрос о том, что такое право и юридическая обязанность, мы, по сути, спрашиваем о теории употребления этих понятий и о концептуальных следствиях этого употребления. До тех пор, пока у нас нет такой общей теории, мы не можем сказать, что наша практика неверна или основывается на суевериях.

Конечно, номиналисты считают, что им известно, как мы все употребляем эти понятия. Они думают, что когда мы говорим о «праве», мы подразумеваем какое-то множество вневременных норм, хранящихся на некоем концептуальном складе и ожидающих, когда их откроют судьи, а когда мы говорим о юридической обязанности, мы подразумеваем невидимые цепи этих мистических норм, опутывающих нас. Теорию, признающую существование таких норм и цепей, они называют «механистической юриспруденцией» и совершенно справедливо высмеивают ее сторонников. Однако им довольно трудно найти тех, кто заслуживает осмеяния. До сих пор мало удавалось обнаружить представителей механистической юриспруденции (все пойманные экземпляры — даже такие, как Блэкстоун и Джозеф Бил, — были отпущены после внимательного прочтения их текстов).

Во всяком случае, ясно, что большая часть правоведов ни о чем подобном не думает, когда говорит о праве и юридической обязанности. Даже самый поверхностный анализ нашей правовой практики показывает это, ибо в каких-то случаях мы говорим об изменении и развитии законов и о проблематичности юридической обязанности. Тем или иным способом мы показываем, что не склонны к механистической юриспруденции.

Тем не менее, мы пользуемся понятиями права и юридической обязанности и предполагаем, что именно в них выражается право общества на наказание и принуждение. Может оказаться так, что когда будут вполне выявлены подробности их употребления, эти понятия окажутся бессодержательными и пронизанными теми иллюзиями, о которых говорят номиналисты. Если так, то мы будем вынуждены найти другие способы описания наших действий и либо дадим им другое оправдание, либо изменим сами эти действия. Однако до тех пор, пока мы не обнаружили этого и не внесли соответствующих изменений, мы не можем согласиться с предложением номиналистов и отказаться от рассмотрения проблем, связанных с существующими понятиями.

Конечно, призыв перестать говорить о праве и юридической обязанности в значительной мере является блефом. Эти понятия слишком глубоко укоренены в структуре нашей политической деятельности, от них нельзя просто отказаться как от курения или ношения шляп. Некоторые номиналисты отчасти

согласны с этим и говорят, что разоблачаемые ими мифы следует понимать в платоновском духе и сохранять во имя дисциплинирования масс. Быть может, это предложение не столь цинично, как кажется, и выражает неявный отход от сомнительной позиции.

Если отвлечься от всего этого блефа, то атака номинализма сводится к критике механистической юриспруденции. Несмотря на героические заявления о смерти права, сами номиналисты в ходе этой критики предложили такой анализ употребления терминов «право» и «юридическая обязанность», который не очень отличается от анализа философов классического толка. Номиналисты представляют свой анализ как модель того, каким образом «реально действуют» правовые учреждения (в частности, суды). Однако их модель лишь немногим отличается от той теории, которая получила широкую известность благодаря философу XIX столетия Джону Остину и теперь в той или иной форме признается большинством как практикующих юристов, так и правоведов-преподавателей, у которых есть какой-то взгляд на юриспруденцию. Допуская некоторую историческую неточность, я буду называть эту теорию «правовым позитивизмом». Я хочу предпринять критический анализ правового позитивизма в его наиболее яркой форме, представленной профессором Г. Л. Хартом. Я выбрал его позицию не только потому, что она ясно и изящно изложена, но и потому, что здесь, как и во многих других вопросах философии права, конструктивная мысль должна начинать с анализа его воззрений.

2. Позитивизм

Костяк позитивизма образуют несколько центральных идей, и хотя не всякий философ, которого называют позитивистом, подписался бы под этими идеями в моей формулировке, именно они задают ту общую позицию, которую я собираюсь рассматривать. Эти ключевые принципы можно сформулировать следующим образом.

(а) Право, принятое в обществе, представляет собой множество специальных норм, прямо или косвенно используемых обществом с целью установить, какое поведение будет наказываться или подавляться государственной властью. Эти специальные нормы можно выделить посредством особых критериев, относящихся не к их содержанию, а к их происхождению или к способу их принятия и разработки. Эти критерии происхождения можно использовать для того, чтобы отличить действительные правовые нормы от ложных (то есть тех, которые юристами и тяжущимися сторонами в суде ошибочно прини-

маются за нормы права), а также от социальных норм иных видов (их в общем можно назвать «моральными нормами»), которым общество следует, но не принуждает к их соблюдению посредством государственной власти.

(b) Множество этих действительных правовых норм исчерпывает содержание «права», и если какой-то случай не охватывается одной из этих норм (либо потому, что нет подходящей нормы, либо подходящие нормы кажутся неопределенными, либо по каким-то иным причинам), то решение по этому случаю нельзя вынести «путем применения права». Тогда решение должно принять какое-то должностное лицо, например, судья, «действующее по своему усмотрению», что означает обращение к каким-то иным, не относящимся к праву, стандартам и на их основе создание новой правовой нормы или дополнение уже имеющейся.

(c) Сказать, что у кого-то имеется «юридическая обязанность», значит утверждать, что его случай подводится под действительную правовую норму, требующую от этого человека совершения каких-то действий или воздержания от каких-то действий. (Сказать, что человек обладает юридическим правом, каким-то юридическим полномочием, юридической привилегией или иммунитетом, значит в краткой форме утверждать, что у других лиц имеются реальные или гипотетические юридические обязанности определенным образом действовать или воздерживаться от действий в отношении этого человека.) При отсутствии этих действительных правовых норм нет и юридических обязанностей. Отсюда следует, что когда судья решает какой-то вопрос по своему усмотрению, он не применяет в этом случае правовую норму.

Это лишь основной костяк позитивизма. Разные позитивисты по-своему облачают его плотью, а некоторые даже подправляют костяк. Различные варианты отличаются, главным образом, своими описаниями основного критерия происхождения, которому должна удовлетворять норма, чтобы считаться правовой нормой.

Остин, например, формулирует свой вариант основного критерия как последовательность взаимосвязанных определений и разграничений¹. Обязанность он определяет как подчиненность какой-то норме, норму — как общий приказ, а приказ — как выражение желания, чтобы люди вели себя определенным образом, подкрепленное властью и волей осуществить это желание силой в случае неповиновения. Он различает классы норм (правовых, моральных или религиозных) в соответствии с тем, кто является автором общего при-

¹ *Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. 1832.*

каза, представленного нормой, — отдельное лицо или группа лиц. В каждом политическом обществе, полагает он, можно найти суверена — отдельного человека или группу людей, которому остальные должны по обыкновению повиноваться, но который сам обычно никому не подчинен. Правовые нормы общества представляют собой общие приказы, выдаваемые его сувереном. Определение Остином юридической обязанности вытекает из этого определения права. У человека имеется юридическая обязанность, считает он, если этот человек входит в группу лиц, к которым относится общий приказ суверена, и ему угрожает применение санкций в случае неподчинения этому приказу.

Конечно, суверен не может предусмотреть всех случайностей в своих приказах и поэтому некоторые из них неизбежно окажутся неопределенными или будут иметь нечеткие границы применения. Поэтому (согласно Остину) тем, кто обеспечивает соблюдение права (судьям), суверен предоставляет полномочия создавать новые приказы, когда встречаются нестандартные или проблемные случаи. Судьи создают новые или изменяют старые нормы, а суверен либо отвергает плоды их творчества, либо молчаливо признает их.

Модель Остина хороша именно своей простотой. Она выражает первый принцип позитивизма, гласящий, что право есть множество норм, специально отобранных для управления общественным порядком, и предлагает простую, основанную на фактах, проверку — какой приказ отдал суверен? — в качестве единственного критерия для выделения этих специальных норм. Со временем, однако, те, кто изучал и пытался применять модель Остина, нашли ее слишком простой. Против нее было высказано много возражений, из которых два кажутся фундаментальными. Во-первых, принципиальное предположение Остина о том, что в каждом обществе можно найти определенную группу или учреждение, осуществляющие в конечном счете контроль над всеми другими группами, для сложных обществ, по-видимому, неверно. Политическое управление в современных государствах носит плюралистический характер и переходит от одних групп к другим, оно проявляется в большей или меньшей степени и является результатом компромисса и сотрудничества, так что часто просто невозможно сказать, что какая-то личность или группа осуществляет тот контроль, который должен осуществлять суверен Остина. Иногда говорят, например, в Соединенных Штатах, что сувереном является «народ». Однако эта фраза почти ничего не означает и не позволяет ни установить, какие приказы отдал «народ», ни отличить юридические приказы от социальных или моральных предписаний.

Во-вторых, критики постепенно стали осознавать, что подход Остина не только не объясняет, но и совершенно не учитывает некоторых очевидных фактов, касающихся нашего отношения к «праву». Для нас является важным различие между правом и приказами гангстера, даже если они носят общий характер. Мы чувствуем, что запреты права и его санкции обязательны в том смысле, в котором не являются обязательными приказы бандита. В концепции Остина нет места такому различию, поскольку он определяет обязанность как подчинение под угрозой насилия, а авторитет права основывает исключительно на способности и воле суверена карать тех, кто его нарушает. Возможно, что это наше различие иллюзорно; быть может, наше ощущение некоего особого авторитета права является религиозным пережитком или каким-то иным массовым самообманом. Но Остин не доказывает этого, и мы вправе требовать, чтобы анализ нашего понятия права позволил либо признать и объяснить наше отношение к праву, либо показать его ошибочность.

Вариант позитивизма Г. Л. Харта, по крайней мере, в двух отношениях является более сложным, нежели теория Остина. Во-первых, Харт, в отличие от Остина, признает, что нормы бывают разных логических видов (Харт различает два вида норм, называя их «первичными» и «вторичными» нормами). Во-вторых, он отвергает идею Остина о том, что норма есть разновидность приказа, и дает более тщательный общий анализ понятия нормы. Нам следует остановиться на каждом из этих пунктов, а затем рассмотреть, как они соединяются у Харта в понятие права.

Различение Хартом первичных и вторичных норм имеет большое значение¹. Первичными являются те нормы, которые предоставляют права или налагают обязанности на членов общества. Нормы уголовного права, запрещающие нам грабить, убивать или ездить с превышением скорости, служат хорошим примером первичных норм. Вторичные же нормы устанавливают, кто и каким образом может создавать, признавать, изменять или отменять первичные нормы. Нормы, устанавливающие, каким образом формируется Конгресс и как он осуществляет свою законодательную деятельность, являются примерами вторичных норм. Нормы, касающиеся заключения договоров и исполнения завещаний, также являются вторичными, ибо они устанавливают, как вводятся в действие и изменяются очень конкретные нормы, регулирующие конкретные юридические обязанности (например, условия договора или пункты завещания).

¹ См.: *Hart H. L. A. The Concept of Law*. P. 89—96. 1961.

Общий анализ норм Хартом также чрезвычайно важен¹. Остин утверждал, что каждая норма представляет собой общий приказ и что человек обязан подчиняться норме, если за неповиновение ему будет причинен ущерб. Харт указывает на то, что при этом стирается различие между «быть вынужденным что-то сделать» и «быть обязанным что-то сделать». Если кто-то связан некоторой нормой, то он обязан, а не просто вынужден, действовать в соответствии с ней. Следовательно, подчинение норме следует отличать от подчинения из-за угрозы ущерба в случае нарушения приказа. Помимо всего прочего, норма отличается от приказа своей нормативностью, устанавливая некоторый стандарт поведения, которому следуют не из-за угрозы наказания. Норма никогда не может быть навязана простым физическим насилием. Человек должен обладать авторитетом, чтобы установить норму, иначе она не будет нормой, а такой авторитет может быть обусловлен только другой нормой, которая уже является обязательной для тех, к кому обращается этот человек. В этом и состоит различие между имеющим силу законом и приказами вооруженного бандита.

Вот так Харт приходит к общей теории норм, в которой авторитет нормы не зависит от физической силы ее создателя. Если проанализировать способы установления различных норм, говорит он, и обратить внимание на разницу между первичными и вторичными нормами, то мы увидим, что существует два возможных источника авторитета норм².

(a) Норма может стать обязательной для какой-то группы людей вследствие того, что в своей практической деятельности эта группа принимает эту норму в качестве стандарта своего поведения. Недостаточно, чтобы группа просто придерживалась какой-то манеры поведения: например, хотя большинство англичан могут ходить в кино в субботу вечером, они не приняли нормы, предписывающей это делать. Практика обеспечивает принятие некоторой нормы только в том случае, когда те, кто следует этой практике, считают эту норму обязательной и рассматривают ее как причину или оправдание своего собственного поведения и как основание для осуждения поведения тех людей, которые ей не следуют.

(b) Норма может стать обязательной и совсем иным способом, а именно, будучи принятой в соответствии с некоторой вторичной нормой, устанавливающей, что принятая таким образом норма является обязательной. Если, например, в уставе какого-то клуба сказано, что его правила могут приниматься

¹ *Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 79-88.*

² *Ibid. P. 97-107.*

членами клуба большинством голосов, то установленные в ходе такого голосования правила будут обязательными для всех членов клуба не потому, что они оказались принятыми в ходе какой-то практики, а в силу устава. В этой связи мы используем понятие «действительности» нормы: нормы, обязательные благодаря тому, что они были созданы так, как этого требует некоторая вторичная норма, называются «действительными» (или «имеющими силу») нормами.

Итак, фундаментальное различие Харта мы можем выразить следующим образом: норма может быть обязательной вследствие того, что (a) она принята или (b) имеет силу.

Понятие права у Харта складывается из этих разнообразных дистинкций¹. Примитивные общества имеют лишь первичные нормы, которые обязательны только в силу сложившейся практики. Нельзя сказать, что у таких обществ есть «право», поскольку множество правовых норм нельзя отличить от других социальных норм, как того требует первый принцип позитивизма. Только тогда, когда отдельное общество вырабатывает фундаментальную вторичную норму, устанавливающую, как отличить правовые нормы, возникает идея особого множества правовых норм и, стало быть, идея права.

Фундаментальную вторичную норму такого рода Харт называет «нормой признания». Норма признания некоторого данного общества может быть сравнительно простой («право есть то, что постановил король») или может быть чрезвычайно сложной (Конституция Соединенных Штатов, со всеми трудностями ее истолкования, может рассматриваться как отдельная норма признания). Поэтому доказательство того, что некоторая норма имеет силу, может потребовать выстраивания сложной цепочки действительных норм, восходящей в конечном итоге к этой фундаментальной норме. Так, например, правила парковки в городе Нью-Хейвен имеют силу, поскольку они приняты городским советом в соответствии с процедурой и в рамках полномочий, установленных муниципальным законом штата Коннектикут, который в свою очередь был принят в соответствии с процедурой и в рамках полномочий, предусмотренных конституцией штата Коннектикут, а она, опять-таки, принята в соответствии с требованиями Конституции Соединенных Штатов.

Конечно, сама норма признания не может быть действительной, поскольку предполагается, что она является исходной и не может отвечать критериям, установленным более фундаментальной нормой. Норма признания — единственная норма правовой системы, обязательность которой зависит от ее при-

¹ *Hart H. L. A. The Concept of Law. В особенности глава 6.*

нятия. Если мы хотим узнать, какая норма признания принята в некотором конкретном обществе, мы должны понаблюдать за тем, как ведут себя его граждане и, в частности, его должностные лица. Мы должны выяснить, какие окончательные доводы они принимают в качестве доказательства действительности той или иной нормы и какими окончательными доводами пользуются для критики должностных лиц или учреждений. Здесь нельзя использовать какой-то механический критерий, но нет и опасности спутать норму признания с моральными нормами этого общества. Норма признания отличается тем, что она относится к функционированию государственных органов законодательной власти, судов, полиции и т. п.

Вот так Харт устраняет ошибки Остина из фундаментальных положений позитивизма. Харт согласен с Остином относительно того, что действительные нормы права могут быть созданы в результате определенных действий должностных лиц или учреждений. Однако Остин полагал, что авторитет этих учреждений опирается только на их монополию власти. Харт же усматривает основание их авторитета в конституционных стандартах, в соответствии с которыми они действуют, — тех конституционных стандартов, которые в виде фундаментальной нормы признания были приняты управляемым ими обществом. Это основание делает законными решения правительства и придает им ту обязательность, которой лишены простые приказы суверена Остина. Теорию Харта от концепции Остина отличает также и признание того факта, что разные общества пользуются разными первичными правовыми критериями и что некоторые из них допускают иные способы законотворчества, нежели только посредством целенаправленного акта законодательного органа. Харт упоминает о «давно существующем обычае» и о «связи [нормы] с судебными решениями» как о других часто используемых критериях отличения права, хотя в целом они носят подчиненный характер.

Таким образом, вариант позитивизма, разработанный Хартом, более сложен, нежели вариант Остина, и его критерий действительности правовых норм является более изощренным. Однако в одном отношении эти две модели очень похожи. Как и Остин, Харт признает, что правовые нормы не имеют четких границ применения (он говорит, что они имеют «открытую текстуру») и допускает, опять-таки подобно Остину, что в проблемных случаях судьи имеют право принимать и принимают решения по своему усмотрению, создавая тем самым новые законы¹. (Ниже я попытаюсь показать, почему те, кто представляет себе право в виде особо-

¹ *Hart H. L. L. The Concept of Law. Ch. 7.*

го множества норм, почти неизбежно при истолковании трудных случаев прибегают к чьему-либо решению по собственному усмотрению.)

3. Нормы, принципы и стратегии

Я хочу предложить общую критику позитивизма и при необходимости буду использовать вариант, разработанный Г. Л. Хартом, в качестве мишени этой критики. Мой подход будет строиться на том факте, что когда юристы размышляют или спорят о юридических правах и обязанностях, особенно в тех сложных случаях, в которых проблемы, порождаемые этими понятиями, встают наиболее остро, они прибегают к стандартам, которые не функционируют в качестве норм, а действуют иначе — как принципы, стратегии или стандарты иного рода. Я постараюсь показать, что позитивизм предлагает модель и образец системы норм и его центральное понятие единственного фундаментального критерия права скрывает от нас важную роль стандартов, не являющихся нормами.

Только что я сказал: «принципы, стратегии и стандарты иного рода». Чаще всего термин «принцип» я буду употреблять в самом общем смысле — как обозначающий все множество тех стандартов, которые не являются нормами. Однако иногда, чтобы быть более точным, я буду проводить различие между принципами и стратегиями. Хотя моя аргументация здесь никак не опирается на это различие, я должен указать, в чем оно заключается. «Стратегией» я называю стандарт, формулирующий необходимость достижения некоторой цели, обычно связанной с улучшением каких-то экономических, политических или социальных условий в обществе (хотя некоторые цели являются негативными — в том смысле, что они требуют защиты существующего положения от неблагоприятных изменений). «Принципом» я называю такой стандарт, который следует соблюдать не потому, что он способствует изменению или сохранению некоторой экономической, политической или социальной ситуации, а потому что он выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д. Таким образом, стандарт, гласящий, что количество автомобильных аварий должно уменьшаться, есть стратегия, а стандарт, гласящий, что человек не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения, есть принцип. Это различие можно устранить, истолковав принцип как выражение некоторой социальной цели (например, достижение такого общественного устройства, когда ни один

человек не извлекает выгоду из совершенного им правонарушения) или истолковав стратегию как выражение некоторого принципа (например, провозглашающего ценность той цели, которая преследуется данной стратегией). Такого же результата мы достигнем, если примем тезис утилитаризма, согласно которому принципы справедливости являются замаскированным выражением целей (обеспечивающих наибольшее счастье для наибольшего числа людей). Если это различие устраняется, то некоторые контексты, в которых оно используется, утрачивают смысл¹.

Однако моя непосредственная задача заключается в том, чтобы отличить принципы в самом общем смысле от норм, и я начну с рассмотрения нескольких примеров. Примеры я выбирал наобум; почти любой случай, взятый из учебника по юриспруденции, был бы столь же хорош. В 1889 г. в знаменитом деле «Риггс против Палмера»² один из судов Нью-Йорка должен был решить вопрос о том, может ли наследник, названный в завещании своего деда, получить наследство согласно этому завещанию даже в том случае, если он убил своего деда для получения этого наследства. Свое обоснование суд начал с такого допущения: «Верно, что законодательные акты, регулирующие составление, утверждение и исполнение завещаний, а также передачу собственности, при буквальном их истолковании и с учетом невозможности контролировать и изменять их силу и действие ни при каких обстоятельствах, предписывают отдать эту собственность убийце»³. Однако дальше суд отметил, что «действие и сила всех законов, равно как и всех договоров могут контролироваться фундаментальными принципами общего права. Никому не позволено получать выгоду обманным путем, извлекать пользу из совершенного им правонарушения, основывать какое-либо требование на собственном противозаконном поступке или приобретать собственность благодаря преступлению»⁴. Убийца не получил своего наследства.

В 1960 г. в деле «Геннингсен против Блумфильд Моторс, Инс.»⁵ один из судов в Нью-Джерси столкнулся с необходимостью решить важный вопрос: может ли (и в какой степени) производитель автомобилей ограничивать свою ответст-

¹ См. главу 4. См. также: *Dworkin R. Wasserstrom: The Judicial Decision // Ethics 47. 1964. P. 75* переиздано под названием «Does Law Have a Function» // 74 *Yale Law Journal. P. 640. 1964.*

² *Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889).*

³ *Ibid. 509, 22 N. E., 189.*

⁴ *Ibid. 511, 22 N. E., 190.*

⁵ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N. J. 358, 161 A.2d 69 (1969).*

венность за имеющиеся в его автомобиле неисправности? Геннингсен купил автомобиль и подписал контракт, в котором говорилось, что ответственность производителя в случае неисправности ограничивается «устранением» неисправных деталей — «это условие заменяет собой все другие гарантии, обязанности или обязательства». Геннингсен доказывал, что, по крайней мере в его случае, это ограничение не может служить защитой производителю и он должен нести ответственность за медицинские и иные расходы человека, попавшего в аварию. Он не мог сослаться на какой-либо законодательный акт или какую-либо существующую правовую норму, которые не позволяли бы производителю настаивать на условиях контракта. Тем не менее, суд согласился с Геннингсеном. В своем обосновании суд неоднократно ссылается на следующие стандарты, (а) «Мы должны помнить общий принцип, гласящий, что при отсутствии мошенничества человек, подписавший контракт, не прочитав его, не может впоследствии освободить себя от связанных с ним обязательств»¹. (b) «При применении этого принципа важную роль играет основополагающее положение о свободе сторон, заключающих контракт»². (c) «Свобода заключения контракта не является такой непреложной доктриной, чтобы не допускать никаких оговорок в той области, которую мы рассматриваем»³. (d) «В таком обществе, как наше, где автомобиль является распространенной и необходимой принадлежностью повседневной жизни и где пользование им сопряжено с опасностью для водителя, пассажиров и окружающих людей, на производителя налагаются особые обязательства, связанные с производством, рекламированием и продажей его автомобилей. Следовательно, суды должны внимательно изучать соглашения о покупке, чтобы определить, справедливо ли в них оговариваются интересы покупателя и общества в целом»⁴, (e) «Существует ли какой-либо другой принцип, который был бы более известен и в большей мере воплотился бы в истории англо-американского права, чем фундаментальное положение о том, что суды не должны позволять использовать себя в качестве орудия несправедливости и пристрастности?»⁵ (f) «В частности, суды в общем отказываются признавать действительной «сделку», в которой одна сторона

¹ Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N. J. 386, 161 A.2d 84.

² Ibid.

³ Ibid. 388, 161 A.2d 86.

⁴ Ibid. 387, 161 A.2d 85.

⁵ Ibid. 389, 161 A.2d 86 (цитируется: *Frankfurter J. United States v. Bethlehem Steel*, 315 U.S. 289, 326 [1942]).

несправедливо злоупотребляет экономическими нуждами другой»¹.

Стандарты, упоминаемые в этих цитатах, не относятся к правовым нормам. Они весьма отличаются от таких утверждений, как «Максимальная разрешенная законом скорость на шоссе равна шестидесяти милям в час» или «Завещание не имеет силы, если оно не заверено тремя свидетелями». Отличие состоит в том, что они являются правовыми принципами, а не правовыми нормами.

Различие между правовыми принципами и правовыми нормами является логическим. И те, и другие стандарты говорят о конкретных решениях по поводу юридических обязанностей в конкретных обстоятельствах, но они отличаются по характеру задаваемого ими направления. Нормы применяются по принципу: все или ничего. Если обстоятельства, которые оговариваются нормой, имеют место, то либо норма действительна — и тогда предлагаемый ею ответ должен быть принят, либо она не действительна — и тогда она ничего не дает для принятия решения.

Эта особенность норм и правил с наибольшей очевидностью обнаруживается, когда мы смотрим, как они действуют, пусть не в области права, а там, где они преобладают, например, в игре. Одно из правил бейсбола гласит, что если игрок, отбивающий мяч, отбивает его три раза подряд, он выбывает из игры. Если судья признает это точной формулировкой бейсбольного правила, он не может, не противореча себе, принять решение, что игрок, отбивший три мяча, не выходит из игры. Конечно, правило может иметь исключения (игрок, отбивший три мяча, не выходит из игры, если кетчер, принявший третий мяч, выронил его). Однако точная формулировка правила должна была бы учесть это исключение, а если она этого не делает, то она неполна. Если перечень исключений достаточно велик, было бы слишком утомительно повторять их при каждом упоминании правила. Однако теоретически нет причин, чтобы их всех не перечислить, и чем их больше указано, тем более точной является формулировка правила.

Если принять в качестве модели правила бейсбола, то мы обнаружим, что и нормы права, например, та норма, что завещание недействительно, если оно не заверено тремя свидетелями, вполне подходит под эту модель. Если требование о трех свидетелях является действительной правовой нормой, то не может быть так, что завещание заверено лишь двумя свидетелями и все-таки признается действительным. У нормы могут

¹ Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N. J. 389, 161 A.2d 86.

быть исключения, но тогда в точной и полной ее формулировке должны перечисляться эти исключения. По крайней мере, теоретически все исключения могут быть перечислены, и чем больше их указано в формулировке нормы, тем более полной будет эта формулировка.

Однако вовсе не так функционируют принципы, содержащиеся в приведенных выше цитатах. Даже те из них, которые в наибольшей мере похожи на нормы, не указывают юридических следствий, автоматически вытекающих из них при наличии соответствующих условий. Мы говорим, что в нашей правовой системе признается тот принцип, что ни один человек не может извлечь выгоду из совершенных им правонарушений. На самом деле, люди часто и совершенно законно извлекают выгоду из своих правовых нарушений. Наиболее известным примером является «adverse possession»¹ — если я в течение долгого времени нарушаю границы ваших земельных владений, то однажды я приобрету право проходить по вашей земле, когда мне вздумается. Имеется и множество других менее ярких примеров. Если человек, нарушая контракт, бросает работу, чтобы перейти на другую, более высоко оплачиваемую, его могут заставить возместить ущерб, нанесенный им первому работодателю, однако обычно он имеет право сохранить свою новую зарплату. Если человек после освобождения под залог не является в суд, а перебирается в другой штат и там вкладывает деньги в очень выгодное предприятие, то его могут водворить обратно в тюрьму, однако прибыль свою он сохранит.

Мы не рассматриваем эти контрпримеры — и бесчисленное множество других, которые легко представить, — как доказательство того, что принцип недопустимости извлечения человеком выгоды из совершенного им правонарушения не является принципом нашей правовой системы или что его формулировка неполна и требует указания исключений. Мы не считаем контрпримеры исключениями (по крайней мере, в том смысле, в котором является исключением потеря мяча кетчером), поскольку нельзя надеяться охватить эти контрпримеры просто более широкой формулировкой рассматриваемого принципа. Их нельзя перечислить даже теоретически, поскольку мы должны были бы указать не только те случаи (вроде adverse possession), в которых некоторое установление уже предусматривает, что выгода может быть получена путем правонарушения, но также и те бесчисленные воображаемые случаи, относительно которых заранее известно, что этот принцип не будет

¹ Имеется в виду метод приобретения правового титула благодаря пользованию какой-то собственностью в течение установленного законом периода времени при определенных условиях. — *Прим. пер.*

выполняться. Перечисление некоторых из них могло бы углубить наше понимание того, насколько весом этот принцип (об этом я вскоре буду говорить), но не смогло бы сделать его формулировку более точной и полной.

Принцип типа «Никто не может извлечь выгоду из совершенного им правонарушения» даже не предполагает указания тех условий, при которых его применение необходимо. Скорее, он формулирует основание для рассуждения в определенном направлении, но не диктует конкретного решения. Если человек должен или собирается получить что-то такое, что будет прямым результатом его незаконных действий, то суд примет во внимание это основание, решая вопрос о том, должен ли данный человек сохранить полученное. Могут существовать другие принципы или стратегии, предписывающие рассуждать в ином направлении, например, стратегия по защите прав на имущество или принцип, ограничивающий применение наказания теми случаями, которые установлены законодателями. В этом случае наш принцип может не обладать, но это вовсе не означает, что он не является принципом нашей правовой системы, поскольку в других случаях, когда будут отсутствовать или окажутся менее весомыми эти противоположные соображения, данный принцип может стать решающим. Когда мы говорим, что какой-то конкретный принцип является одним из принципов нашего права, то при этом подразумевается лишь то, что в соответствующих обстоятельствах должностные лица должны принимать его во внимание как соображение, которое может склонить их к тому или иному решению.

Логическое различие между нормами и принципами выступает более отчетливо, когда мы рассматриваем принципы, даже внешне не похожие на нормы. Рассмотрим положение, сформулированное в пункте (d) из судебного решения по делу Геннингсена, которое гласит, что «на производителя налагаются особые обязательства, связанные с производством, рекламированием и продажей его автомобилей». Цель этого принципа вовсе не состоит в том, чтобы определить, какие специфические пошлины вытекают из этих особых обязательств, или указать, какие в результате получают права покупатели автомобилей. Оно лишь констатирует — и это существенное звено в доказательстве по делу Геннингсена — что производители автомобилей должны руководствоваться более высокими стандартами качества, нежели другие производители, и в меньшей степени имеют право опираться на конкурирующий принцип свободы заключения контрактов. Это не означает, что они вообще не могут опираться на этот принцип или что суды при желании могут изменять контракты, заключаемые при покупке

автомобилей. Отсюда лишь следует, что если какой-то пункт контракта кажется несправедливым или обременительным, то у суда меньше оснований признать этот пункт действительным, чем в случае покупки, скажем, галстуков. «Особые обязательства» говорят в пользу отказа признавать действительными условия контракта, заключаемого при покупке автомобиля, но не навязывают с необходимостью это решение.

Из этого первого различия между нормами и принципами вытекает еще одно различие. Принципы обладают особенностью, отсутствующей у норм, — они могут быть более или менее весомыми или важными. Когда два принципа приходят в столкновение (например, когда стратегия по защите покупателей автомобилей приходит в столкновение в принципе свободы заключения контрактов), те, кому приходится разрешать этот конфликт, должны учитывать относительный вес каждого из этих принципов. Здесь нельзя, конечно, произвести точного измерения, и решение в пользу большей важности какого-то конкретного принципа или стратегии часто вызывает споры. Тем не менее, в самом понятии принципа содержится указание на то, что у него есть такая особенность и что имеет смысл говорить о том, насколько он весом или важен.

Нормы не обладают такой особенностью. О нормах можно говорить как о функционально важных или неважных (бейсбольное правило, гласящее, что отбив три мяча, игрок выходит из игры, является более важным, нежели правило, по которому бегущий игрок, сделав промах, может продолжать двигаться, поскольку при пересмотре первого правила игра изменилась бы гораздо сильнее, чем при пересмотре второго). И в этом смысле одна правовая норма может быть более важной, чем другая, поскольку играет более важную роль в регулировании поведения. Однако нельзя сказать, что в системе норм одна норма важнее, чем другая, и что когда две нормы вступают в конфликт, одна из них берет верх над другой благодаря своей большей весомости.

Если две нормы вступают в конфликт, одна из них не может быть действительной нормой. Решение о том, какая из них имеет силу, а какую необходимо отбросить или изменить, должно опираться на соображения, выходящие за рамки самих этих норм. Правовая система может разрешать такие конфликты посредством других норм, предписывающих, например, предпочесть норму, установленную более высокой инстанцией, или норму, установленную позднее, или более конкретную норму или что-то в этом роде. Правовая система может также предписывать предпочесть ту норму, которая поддерживается более важными принципами. (В нашей правовой системе используются обе эти возможности.)

Из формулировки стандарта не всегда ясно, является ли он нормой или принципом. Утверждение «Завещание недействительно, если оно не заверено тремя свидетелями» по своей форме не слишком отличается от утверждения «Человек не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения», однако тот, кто хотя бы немного знаком с американским правом, сразу же поймет, что первое следует рассматривать как норму, а второе — как принцип. Во многих случаях различие между нормами и принципами провести трудно: нельзя просто сослаться на то, как должны функционировать стандарты, ибо сам этот вопрос может вызывать много разногласий. Первая поправка к Конституции Соединенных Штатов содержит положение о том, что Конгресс не может ограничивать свободу слова. Является ли это нормой, из чего следовало бы, что если какой-то отдельный закон нарушает свободу слова, то он является неконституционным? Те, кто считает первую поправку «абсолютной», истолковывает ее именно в этом смысле — как норму. Или же она устанавливает лишь некоторый принцип? В этом случае при обнаружении нарушения свободы слова оно будет признано неконституционным, если только нет какой-то другой стратегии или принципа, которые в данных обстоятельствах настолько важны, что допускают это нарушение. Этой позиции придерживаются те, кто говорит о критерии «явно существующей опасности» или о какой-либо другой форме «установления баланса».

Иногда нормы и принципы могут играть, по сути дела, одну и ту же роль, и различие между ними сводится почти к одной форме. Первый раздел закона Шермана устанавливает, что всякий договор, ограничивающий торговлю, считается недействительным. Верховный суд должен был решить, трактовать ли это положение как полноправную норму (отменяющую любой договор, «ограничивающий торговлю», хотя именно к этому сводится почти любой договор) или же как принцип, дающий основание для отмены договора в тех случаях, когда реализация каких-то стратегий не требует обратного решения. Суд истолковал это положение как норму, но как норму, содержащую слово «неразумный» и потому запрещающую только «неразумные ограничения» торговли¹. Это позволило данному положению логически функционировать в качестве нормы (всякий раз, когда суд находит, что ограничение «неразумно», он обязан признать договор недействительным), а, по существу, и в качестве принципа (суд должен принимать во внимание множество других принципов и стратегий при установлении,

¹ Standard Oil v. United States, 221 U.S. 1, 60 (1911); United States v. American Tobacco Co., 221 U. S. 106, 180 (1911).

является ли «неразумным» конкретное ограничение в конкретных экономических обстоятельствах).

Слова типа «разумный», «небрежный», «несправедливый» и «значительный» часто выполняют именно такую функцию. Когда один из этих терминов входит в формулировку какой-то нормы, он делает применение этой нормы до некоторой степени зависящим от принципов и стратегических соображений, лежащих за рамками данной нормы, и, таким образом, саму норму делает похожей на принцип. Однако он не превращает полностью норму в принцип, поскольку даже малейшее уточнение, касающееся этих терминов, сразу же налагает ограничения на тот вид принципов и стратегий, от которых зависит данная норма. Если существует норма, устанавливающая, что «неразумные» договоры являются недействительными или что явно «несправедливые» договоры могут не выполняться, при ее применении приходится значительно больше полагаться на оценку, чем в тех случаях, когда эти слова опущены. Предположим, однако, что в каком-то судебном деле соображения стратегии или принципа подводят к решению, предписывающему признать договор действительным несмотря на то, что содержащееся в нем ограничение неразумно или даже явно несправедливо. Признание таких договоров действительными было бы запрещено нашими нормами и оказалось бы возможным лишь в том случае, если бы эти нормы были отброшены или изменены. Но если бы в данном случае мы имели дело не с нормой, а со стратегией, направленной против признания таких договоров действительными, или с принципом, запрещающим выполнение несправедливых договоров, эти договоры могли бы быть признаны действительными без изменения права.

4. Принципы и понятие права

Как только мы выделяем правовые принципы в качестве отдельной разновидности стандартов, отличных от правовых норм, мы сразу же начинаем осознавать их присутствие в том, что нас окружает. Их изучают правоведы, они цитируются в кодексах законов, их прославляют историки права. Однако наиболее отчетливо их весомость и значение проявляется в сложных судебных делах, таких как процессы Риггса и Геннингсена. В случаях, подобных этим, принципы играют существенную роль в обосновании судебных решений по поводу конкретных юридических прав и обязанностей. После того, как решение вынесено, можно сказать, что решение по данному делу представляет собой конкретную норму (например, ту норму, что

убийца не имеет права получать наследство по завещанию своей жертвы). Однако эта норма не существует до вынесения решения; оправдывая принятие и применение новой нормы, суд ссылается на принципы. В решении по делу Риггса суд сослался на тот принцип, что никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения, используя его как основополагающий стандарт, в соответствии с которым необходимо истолковать закон о завещаниях, и благодаря этому оправдал новую интерпретацию этого закона. В решении по делу Геннингсена суд сослался на несколько противоположных принципов и стратегий как на источник для введения новой нормы, устанавливающей ответственность производителя автомобилей за неисправности в его продукции.

Таким образом, анализ понятия юридической обязанности должен дать объяснение важной роли принципов при вынесении конкретных судебных решений. Здесь можно пойти двумя очень разными путями.

(a) Можно трактовать правовые принципы так же, как мы трактуем правовые нормы, и утверждать, что некоторые принципы являются обязательными как право и ими должны руководствоваться судьи и законодатели, выносящие решения по поводу юридических обязанностей. Избрав этот путь, мы должны будем признать, что, по крайней мере, в Соединенных Штатах «право» включает в себя как принципы, так и нормы.

(b) С другой стороны, мы можем не признавать, что принципы столь же обязательны, как некоторые нормы. Вместо этого мы могли бы сказать, что в делах, подобных делу Риггса и Геннингсена, судья выходит за рамки норм, которые он обязан применять (то есть выходит за рамки «права»), и обращается к внеправовым принципам, которым при желании может следовать.

Можно было бы подумать, что между этими двумя подходами разница не столь уж велика и что речь идет лишь о том, как предпочтительнее употреблять слово «право». Однако это было бы ошибкой, ибо выбор между этими двумя истолкованиями имеет серьезные последствия при анализе юридических обязанностей. Это выбор между двумя понятиями правового принципа — выбор, который может стать более понятным, если мы сопоставим его с выбором между двумя понятиями правовой нормы. Иногда мы о ком-то говорим, что он «что-то считает за норму», подразумевая при этом, что он имеет обыкновение что-то делать. Можно сказать, например, что кто-то считает за норму километровую пробежку перед завтраком, поскольку хочет быть здоровым и верит в благотворность соблюдения режима. При этом мы не

имеем в виду, что в силу какой-то нормы он обязан пробежать километр перед завтраком или даже что он сам считает себя обязанным это делать. Считать что-то за норму и быть обязанным следовать какой-то норме — разные вещи. Если вновь обратиться к примеру Харта, то можно сказать, что англичане считают за норму раз в неделю сходить в кино, но они вовсе не обязаны в силу какой-то нормы раз в неделю посещать кино. При втором истолковании, если бы какой-то англичанин не следовал этой норме, он был бы подвергнут критике и порицанию, но этого нет при первом истолковании. Конечно, и при первом истолковании возможна какая-то критика — можно сказать, к примеру, что тот, кто не ходит в кино, пренебрегает своим культурным развитием, — однако мы не считаем при этом, что он совершает нечто дурное только тем, что не следует норме¹.

Если представить судей в каком-то обществе в виде некоторой группы, то правовые нормы, которым они следуют, можно описать двумя указанными способами. Мы могли бы сказать, например, что в каком-то штате судьи считают за норму не признавать завещание действительным, если оно не заверено тремя свидетелями. Отсюда не следовало бы, что те редкие судьи, которые признают действительными такие завещания, тем самым совершают нечто неправомерное. С другой стороны, мы могли бы сказать, что в этом штате правовая норма требует от судей не признавать действительными подобные завещания; отсюда следует, что судья, признающий их действительными, совершает нечто неправомерное. Конечно, Харт, Остин и другие позитивисты настаивали бы как раз на последнем истолковании правовых норм и вообще не признали бы подход, придающий им смысл, содержащийся в выражении «считать что-то за норму». Вопрос о том, какой из этих двух подходов является правильным, — это вопрос отнюдь не о словах. Это вопрос о том, какой из двух подходов более точно описывает положение дел в обществе. И еще одним важным вопросом оказывается вопрос о том, какое из этих двух описаний мы принимаем. Например, если судьи просто «считают за норму» не признавать действительными некоторые договоры, то до вынесения соответствующего судебного решения нельзя сказать, что кто-то «имел право» на такое решение, и это мнение судей не может быть включено в оправдание, которое мы могли бы дать их решению.

Два подхода к рассмотрению принципов параллельны этим двум подходам к истолкованию норм. При первом подходе мы трактуем принципы как обязательные для судей, так что они со-

¹ Это, по сути, то же самое различие, которое проводит Ролз в статье: *Rawls J. Two Concepts of Rules* // 64 *Philosophical Review*, 3. 1955.

вершают нечто неправомерное, если не применяют их в соответствующих случаях. При втором подходе принципы трактуются как обобщение того, что большинство «считает за принцип» делать, когда вынуждено выходить за рамки обязательных стандартов. Выбор между этими подходами окажет влияние, возможно, даже решающее влияние, на то, как мы ответим на вопрос: обеспечивает ли судья в сложных делах, подобных делу Риггса или Геннингсена, исполнение уже существующих юридических прав и обязанностей? Если мы принимаем первый подход, то мы все еще вольны утверждать, что поскольку судьи применяют обязательные правовые стандарты, постольку они обеспечивают исполнение юридических прав и обязанностей. Но если мы принимаем второй подход, мы уже не вправе этого утверждать и должны признать, что семья убийцы в деле Риггса и производитель автомобилей в деле Геннингсена были лишены своей собственности на основании решения, принятого судьей по своему усмотрению и примененного *ex post facto*¹. Многих читателей это не удивит — понятие судебного усмотрения уже стало привычным среди юристов, но это служит иллюстрацией одной из наиболее острых головоломок, заставляющих философов беспокоиться по поводу понятия юридической обязанности. Если в случаях, подобных рассмотренным выше, лишение собственности нельзя оправдать ссылкой на существующую обязанность, то нужно найти другое оправдание, а ничего удовлетворительного до сих пор так и не было предложено.

В своем кратком наброске основных идей позитивизма я указал учение о судебном усмотрении в качестве второго тезиса. Позитивисты считают, что когда обстоятельства дела не подпадают под какую-либо ясную норму права, судья должен принять решение по собственному усмотрению, внося тем самым новый элемент в законодательство. Возможно, между этим учением и вопросом о том, какой из двух подходов к истолкованию правовых принципов мы должны принять, имеется важная связь. Поэтому нам нужно посмотреть, является ли это учение верным и приводит ли оно ко второму подходу, как представляется на первый взгляд. Однако, прежде чем обратиться к этим вопросам, нам нужно уточнить, как мы понимаем решение по собственному усмотрению. Я попытаюсь показать, что распространенность учения о судебном усмотрении объясняется путаницей, связанной с истолкованием этого понятия, и, в частности, со смешением разных смыслов, в которых оно употребляется. Я утверждаю, что в том смысле, в каком данное учение способно повлиять на нашу трактовку прин-

¹ После свершившегося факта (*лат.*). — *Прим. пер.*

ципов, оно никак не подкрепляется теми аргументами, которые приводятся позитивистами в его защиту.

5. Решение по собственному усмотрению

Понятие решения по собственному усмотрению позитивисты заимствовали из повседневного языка и для того, чтобы понять его, мы должны обратиться к этой «естественной» для него среде. Что подразумевают в обыденной жизни, когда говорят, что кто-то «решает по собственному усмотрению»? Прежде всего, следует отметить, что это понятие встречается в весьма специфических контекстах. Например, вы не сказали бы, что я решаю или не решаю по собственному усмотрению при выборе дома для своей семьи. Неверно, будто я «не решаю по собственному усмотрению» при выборе дома, тем не менее, почти столь же ошибочно было бы сказать, что я решаю по собственному усмотрению. Понятие решения по собственному усмотрению естественным образом включается лишь в одну разновидность контекстов: когда кому-то приходится принимать решение, подчиняясь стандартам, установленным каким-то определенным авторитетом. Имеет смысл говорить о сержанте, подчиненном старшему начальнику, что он решает по собственному усмотрению, или о спортивном чиновнике и арбитре, руководствующихся правилами игры или условиями состязания, что они решают по собственному усмотрению. Решение по собственному усмотрению, как дырка от бублика, существует только в той сфере, которая окружена ограничениями. Поэтому оно является относительным понятием. Всегда есть смысл спросить: «Решение по собственному усмотрению согласно каким стандартам?» или «Решение по собственному усмотрению в соответствии с каким авторитетом?» Вообще говоря, благодаря контексту обычно ясен ответ на этот вопрос, однако в некоторых случаях должностное лицо может решать по собственному усмотрению, с одной точки зрения, и не может — с другой.

Как и в случае большинства терминов, точное значение «решения по собственному усмотрению» зависит от контекста. Этот термин всегда испытывает на себе влияние тех подразумеваемых сведений, которые служат «фоном» при его употреблении. И хотя здесь много разных нюансов, полезно осознать хотя бы некоторые важные различия.

Иногда термин «решение по собственному усмотрению» мы употребляем в слабом смысле — чтобы просто сказать, что стандарты, которые обязано соблюдать должностное лицо, по какой-то причине не могут быть применены автоматически и

требуют от него рассудительности. В этом слабом смысле мы употребляем данный термин тогда, когда из контекста неясно, что он означает, когда наши слушатели не обладают достаточной информацией. Так, мы могли бы сказать: «Приказы, отдаваемые сержанту, многое оставляют на его собственное усмотрение», обращаясь к тем, кто не знает, какие ему отдаются приказы, или кому неизвестно, из-за чего эти приказы бывают неопределенными или трудно выполнимыми. С целью уточнения мы могли бы развить свою мысль, добавив, что когда лейтенант приказывает сержанту взять пять наиболее опытных солдат для патрулирования, трудно определить, какие именно солдаты являются наиболее опытными.

Иногда мы употребляем данный термин в ином слабом смысле — чтобы сказать только, что какое-то должностное лицо обладает окончательными полномочиями для принятия некоторого решения и это решение не может быть отменено или изменено никаким другим должностным лицом. Мы говорим так в тех случаях, когда должностное лицо входит в некую иерархию, в которой одни должностные лица пользуются большими полномочиями, чем другие, но в которой для различных классов решений установлены разные уровни полномочий, необходимые для их принятия. Так, мы могли бы сказать, что некоторые решения в бейсболе, например, решение о том, достиг ли второй линии первым мяч или бегущий игрок, оставлено на усмотрение судьи второй площадки, если при этом мы имеем в виду, что даже главный судья не может отменить этого решения, хотя бы он и был с ним не согласен.

И тот, и другой смыслы я называю слабыми, чтобы отличить их от более сильного смысла данного термина. Термин «решение по собственному усмотрению» мы иногда используем не только для того, чтобы сказать, что должностное лицо должно проявить рассудительность при применении стандартов, установленных некоторым авторитетом, или что никто не отменит принятого им решения, но и для утверждения о том, что в каком-то вопросе должностное лицо просто не связано никакими стандартами, установленными данным авторитетом. Именно в этом смысле мы говорим, что сержант, которому приказали отобрать пять любых солдат для патрулирования, решает по своему усмотрению, когда отбирает их, или что судья на выставке собак по своему усмотрению оценивает сначала эрдельтерьеров, а затем — боксеров, если порядок их оценки заранее не был установлен. При этом мы не говорим о неопределенности или трудности применения стандартов и не имеем в виду, что кому-то принадлежит последнее слово в их применении, а подразумеваем область их действия и те решения, которые они призваны контролировать. Если сержанту прика-

зано взять пять наиболее опытных солдат, он уже не решает по своему усмотрению в этом сильном смысле, поскольку его решение обуславливается этим приказом. По той же самой причине судья на боксерском ринге, который должен выбрать, какой из боксеров был более активен, не решает по своему усмотрению в этом сильном смысле¹.

Если бы кто-то сказал, что сержант или судья на ринге в этих случаях решают по собственному усмотрению, то мы должны были бы понять это (если позволяет контекст) как употребление данного термина в одном из двух слабых смыслов. Предположим, например, что лейтенант приказал сержанту отобрать тех пять человек, которых он считает наиболее опытными, а затем добавил, что оставляет это на усмотрение сержанта. Или, скажем, правила предусматривают, что судья должен присудить победу в раунде более активному боксеру, но оставляют выбор на его усмотрение. Мы должны истолковать эти утверждения во втором слабом смысле, как относящиеся к вопросу о пересмотре этих решений. Первый слабый смысл, относящийся к тому, что решение включает в себя оценку, был бы здесь излишним, а третий — сильный смысл — исключается самими утверждениями.

Следует избегать одного возможного смешения понятий. Решение по собственному усмотрению в сильном смысле не равносильно неограниченной свободе и не исключает критики. Почти в любой ситуации, в которой действует человек (включая и те, когда не встает вопрос о решении в соответствии с особым авторитетом, а потому нельзя говорить о действии по собственному усмотрению), важное значение имеют определенные стандарты рациональности, справедливости и эффективности. С позиции этих стандартов мы критикуем действия любых людей и у нас нет оснований отказываться от критики, когда действия совершаются в сфере влияния особого авторитета, а не за ее пределами. Поэтому мы можем говорить, что сержант, которому предоставили право решать по собственному усмотрению (в сильном смысле) при выборе патрульных, поступает глупо, злонамеренно или легкомысленно, или что судья, который по собственному усмотрению уста-

¹ Я не затрагиваю здесь излюбленной правоведами «ограниченной» свободы решать по собственному усмотрению, поскольку это понятие не создает каких-либо специальных трудностей, если мы помним об относительном характере этой свободы. Допустим, сержанту приказано выбрать «среди» опытных солдат или «принять во внимание опытность». Тогда мы могли бы сказать, что он обладает либо (ограниченной) свободой решать по своему усмотрению при выборе патрульных, либо (полной) свободой выбирать среди опытных солдат или решать, что еще ему следует принять во внимание.

нашивает порядок осмотра собак, совершает ошибку, когда сначала приглашает к осмотру боксеров, а потом эрдельтерьеров, хотя боксеров много, а эрдельтерьеров — всего три. Право должностного лица решать по собственному усмотрению означает не то, что он волен принимать решения, не считаясь со стандартами разума и справедливости, а лишь то, что его решения не определены стандартами, установленными каким-то конкретным авторитетом, который мы имеем в виду, когда ставим вопрос о решении по собственному усмотрению. Конечно, этот последний вид свободы имеет важное значение: именно благодаря ему мы решаем по собственному усмотрению в сильном смысле. Того, кто решает по собственному усмотрению в третьем смысле, можно критиковать, но не за неповиновение, как в случае солдата. О нем можно сказать, что он совершил ошибку, но его нельзя лишить права участия в принятии решения, как это имеет место в случае спортивных судей или должностных лиц.

Теперь, после этих замечаний, мы можем возвратиться к позитивистскому учению о судебном усмотрении. Согласно этому учению, если какой-то случай не регулируется установленной нормой, судья должен выносить решение по своему собственному усмотрению. Нам хотелось бы проанализировать это учение и выяснить, как оно связано с нашей трактовкой принципов. Однако сначала нужно установить: в каком смысле понимается здесь решение по собственному усмотрению?

Отдельные номиналисты настаивают на том, что судьи всегда решают по собственному усмотрению — даже когда имеется ясная норма, ибо именно судьи выносят окончательное решение о применении закона. В этом учении о судебном усмотрении этот термин используется во втором слабом смысле, поскольку указывается, что никакая более высокая инстанция не пересматривает решения самого высокого суда. Следовательно, к тому, как мы понимаем принципы, это имеет не большее отношение, чем к тому, как мы понимаем нормы.

Позитивисты истолковывают свое учение несколько иначе, поскольку утверждают, что судьи не принимают решение по собственному усмотрению в тех случаях, когда в их распоряжении есть ясная установленная норма. Если посмотреть на обоснование этого учения позитивистами, то можно предположить, что понятие решения по собственному усмотрению они употребляют в первом слабом смысле, имея в виду лишь то, что, применяя правовые стандарты, судьи иногда вынуждены прибегать к оценкам. Аргументация позитивистов указывает на тот факт, что некоторые нормы права являются неопределенными (профессор Харт, например, считает, что все нормы права имеют «открытую текстуру») и что встречаются случаи (по-

добные делу Геннингсена), для которых нет установленных норм. Они подчеркивают, что судьи порой испытывают трудности при истолковании статей закона и что в равной степени квалифицированные и здравомыслящие судьи часто расходятся между собой.

Все это нетрудно заметить, и все это известно каждому, кто хотя бы немного знаком с правом. Именно поэтому трудно предположить, что понятие «решение по собственному усмотрению» позитивисты употребляют в этом слабом смысле. Утверждение о том, что при отсутствии ясной нормы решение по собственному усмотрению состоит в обращении к оценке, представляет собой тавтологию. Кроме того, оно не имеет никакого отношения к проблеме объяснения правовых принципов. Не будет противоречием сказать, что в деле Риггса, например, судья должен был прибегнуть к оценке и что он был обязан следовать тому принципу, что никто не может извлечь выгоду из совершенного им правонарушения. Позитивисты высказываются так, как если бы их учение о судебном усмотрении не было простой тавтологией, а давало какое-то новое понимание и имело отношение к трактовке принципов. Например, Харт, отмечает, что когда судья решает по собственному усмотрению, то уже больше нельзя говорить, что он подчиняется стандартам, необходимо говорить о том, какие стандарты он «особым образом использует»¹. Харт полагает, что когда судьи решают по собственному усмотрению, приводимые ими принципы следует трактовать с позиций нашего второго подхода — как то, что судьи «считают за принцип» делать.

Представляется, таким образом, что, по крайней мере, иногда позитивисты истолковывают понятие решения по собственному усмотрению в третьем, сильном, смысле этого слова. И в этом смысле оно имеет отношение к трактовке принципов: по сути дела, в этом смысле оно означает переформулировку нашего второго подхода. Сказать, что когда судья выходит за рамки существующих норм, он решает по собственному усмотрению в том смысле, что он уже не подчинен каким-либо стандартам, освященным авторитетом права, означает утверждать, что правовые стандарты, на которые ссылаются судьи помимо норм, не являются обязательными для них.

Поэтому учение о судебном усмотрении мы должны проанализировать с учетом сильного смысла этого термина. (В дальнейшем этот термин я буду использовать именно в этом смысле). Приказ сержанту выбрать наиболее опытных солдат или обязанность судьи на ринге присудить победу наиболее активному боксеру управляют решениями этих должностных лиц.

¹ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 144.

Управляют ли принципы, на которые ссылаются судьи в случаях, подобных делу Риггса или Геннингсена, их решениями? Какие аргументы мог бы привести позитивист, доказывая, что это не так?

(1) Позитивист мог бы утверждать, что принципы не являются обязательными или обязывающими. Это было бы ошибкой. Конечно, всегда неясно, является ли какой-то конкретный принцип на самом деле обязательным для того или иного чиновника юстиции. Однако в логической природе принципа нет ничего такого, что помешало бы ему быть обязательным. Допустим, что в деле Геннингсена судья не обратил бы внимания на тот принцип, что производители автомобилей имеют особые обязательства перед потребителями, или на принцип, гласящий, что суд стремится защищать слабую сторону в торговых сделках, а просто решил бы дело в пользу ответчика, сославшись на принцип свободы заключения договора. Его критики не преминули бы указать на то, что он не учел тех соображений, которые обычно принимаются во внимание другими судьями. Большинство же сказало бы, что судья был обязан взвешенно оценить все эти принципы, а истец вправе был ожидать этого от него. Примерно то же самое мы имеем в виду, когда говорим, что норма является обязательной для судьи: он должен следовать ей в случае ее применимости, а если он этого не делает, то совершает ошибку.

Это не означает, что в случаях, подобных делу Геннингсена, судья лишь «морально» обязан учитывать какие-то конкретные принципы или обязан «институционально» — в силу своей судейской «профессии» или чего-то в этом же роде. Тем не менее остается вопрос: почему обязанности такого рода (как бы их мы ни назвали) отличаются от обязанностей, налагаемых на судей правовыми нормами, и почему это позволяет нам утверждать, что принципы и стратегии являются не частью права, а представляют собой лишь внеправовые стандарты, которые «суды особым образом используют».

(2) Позитивист мог бы утверждать, что хотя какие-то принципы являются обязательными — в том смысле, что судьи должны их учитывать, — они не могут обусловить конкретного результата. Этот аргумент оценить труднее, поскольку неясно, в каком смысле стандарт может «обусловить» какой-то результат. Быть может, это означает, что стандарт предписывает определенный результат всякий раз, как его применяют, и больше ничего не требуется. Если так, то отдельные принципы, безусловно, не обуславливают результатов, но этим мы лишь другими словами высказываем ту мысль, что принципы не являются нормами. Только нормы предписывают результат — да будет так. Когда достигает-

ся результат, противоположный тому, что предписывает норма, ее отвергают или пересматривают. Принципы действуют не так; они склоняют к определенному решению, но не окончательно, так что они сохраняются в неизменном виде, даже если им не следуют. Видимо, это не дает оснований для вывода о том, что судьи, которые должны считаться с принципами, принимают решения по собственному усмотрению, ибо множество принципов может предписывать результат. Если судья считает, что принципы, которые он обязан признавать, склоняют его к одному какому-то решению, а принципы, склоняющие к другому решению, не обладают равной с ними весомостью, то он должен принимать решение в соответствии с первыми принципами так же, как он должен следовать обязательной норме. Конечно, в своей оценке принципов он может ошибаться, но он может точно так же ошибиться и в своем суждении об обязательности нормы. Сержант и арбитр на ринге, могли бы мы добавить, часто оказываются в точно таком же положении. Нет факторов, ясно указывающих на то, какие солдаты являются наиболее опытными или какой боксер является наиболее активным. Эти должностные лица должны оценить относительный вес разнообразных факторов; по этой причине они не решают по собственному усмотрению.

(3) Позитивист мог бы утверждать, что принципы нельзя отнести к праву, поскольку их авторитет, и более того — их весомость, по самой природе принципов являются спорными. Действительно, обычно мы не можем продемонстрировать авторитетность или весомость конкретного принципа таким же образом, как мы можем продемонстрировать, что норма имеет силу, отыскав ее, например, в постановлении Конгресса или в решении авторитетного суда. Принцип и его весомость мы обосновываем, ссылаясь на некий сплав практики и других принципов — сплав, в котором следствия, выведенные из истории законодательной и судебной деятельности, переплетены со ссылками на общественные обычаи и соглашения. Не существует лакмусовой бумажки для проверки правильности такого обоснования, здесь вступают в силу оценки, и даже здравомыслящие люди могут расходиться во мнениях. Но, опять-таки, и в этом отношении судья не отличается от других должностных лиц, которые не решают по собственному усмотрению. У сержанта нет лакмусовой бумажки для оценки опытности солдата, а у судьи на ринге — для оценки активности боксера. Ни один из них не решает по собственному усмотрению, поскольку каждый обязан понять, чего требуют от него приказ или правила игры, и действовать в соответствии с этим пониманием (независимо от того, будет

оно оспорено или нет). Точно так же обязан действовать и судья.

Конечно, если позитивисты правы в другом своем учении, а именно в учении о том, что в каждой правовой системе имеется окончательный критерий обязательного права, такой, например, как норма признания профессора Харта, то отсюда следует, что принципы не относятся к обязательному праву. Но если принципы не согласуются с этой позитивистской теорией, это едва ли можно считать доводом в пользу того, что принципы следует трактовать каким-то иным образом. Здесь содержится логический круг; нас интересует статус принципов, поскольку мы хотим оценить модель позитивистов. Позитивист не может защищать свою теорию о норме признания простым ее декларированием; если принципы не соответствуют какому-то критерию, он должен указать некоторую другую причину, почему их нельзя отнести к праву. Поскольку принципы, видимо, играют некоторую роль в аргументах по поводу юридических обязанностей (о чем опять-таки свидетельствуют дела Риггса и Геннингсена), постольку модель, учитывающая эту роль, изначально обладает определенными преимуществами по сравнению с той моделью, которая эту роль игнорирует и которая не может использовать это обстоятельство в свою пользу.

Это наиболее очевидные аргументы, которые позитивист мог бы привести в защиту своего учения о судебном усмотрении (в сильном смысле) и в защиту второго подхода к толкованию принципов. Я приведу один веский контраргумент против этого учения в пользу первого подхода. Если хотя бы некоторые принципы не признаются обязательными для судей, то есть требующими, в своей совокупности, принятия судьями определенных решений, то в этом случае и нормы, за небольшим исключением, нельзя считать обязательными.

В Америке, а теперь и в Англии, верховные суды большинства юрисдикций не так уж редко отменяют установленные правовые нормы. Нормы общего права — те, что разрабатывались в более ранних судебных решениях, — иногда прямо признаются недействительными, а иногда радикально изменяются в ходе дальнейшей разработки. Нормы, содержащиеся в законодательных актах, подвергаются интерпретации и переинтерпретации, иногда даже с тем результатом, что не соблюдается верность так называемому «законодательному замыслу»¹. Если судьи могут по своему усмотрению изменять установленные нормы права, это означает, что эти нормы не являются для них

¹ См. *Wellington H. Ж, Albert L. Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on Sinclair v. Atkinson* // 72 Yale L. J. 1547. 1963.

обязательными и, следовательно, с точки зрения позитивистской модели, они не относятся к праву. Поэтому позитивист должен признать, что существуют обязательные для судей стандарты, которые определяют, в каких случаях судья может признать недействительной или изменить существующую норму, а в каких — нет.

Если так, то когда же судье разрешается изменять существующую правовую норму? При ответе на этот вопрос следует учитывать двоякую роль принципов. Во-первых, необходимо, хотя и недостаточно, чтобы судья считал, что данное изменение позволило бы выдвинуть какой-то принцип, который и станет оправданием этого изменения. В деле Риггса изменение (новая интерпретация законодательного акта о завещаниях) было оправдано тем принципом, что никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения; в деле Геннингсена ранее принятые нормы относительно ответственности производителей автомобилей были изменены на основе тех принципов, которые я процитировал из постановления суда.

Однако отнюдь не любой принцип способен оправдать изменение, иначе ни одна норма не была бы надежной. Необходимо, чтобы одни принципы считались важными, а другие — нет и чтобы одни принципы имели более важное значение, чем другие. В океане заслуживающих уважения внеправовых стандартов судья не может осуществлять выбор, руководствуясь только своими собственными предпочтениями, иначе просто не осталось бы никаких обязательных правовых норм. Всегда можно было бы представить себе судью, отдающего предпочтение таким внеправовым стандартам, которые оправдывают изменение или коренную переинтерпретацию даже наиболее прочно закрепившихся правовых норм.

Во-вторых, любой судья, предлагающий изменить существующую доктрину, должен принять во внимание некоторые важные стандарты, говорящие против отхода от установленных доктрин, и эти стандарты, по большей части, также являются принципами. Они включают в себя доктрину о «верховенстве законодательной власти», то есть множество принципов, требующих от судов полагаться (в оговоренных пределах) на постановления законодательных органов. Они включают в себя также доктрину о прецеденте, то есть еще одно множество принципов, отражающих право справедливости и целесообразность согласования судебных решений. Доктрины о верховенстве законодательной власти и о прецеденте, каждая в своей области применения, склоняют к сохранению *status quo*, хотя и не диктуют этого. Однако судьи не могут привередливо выбирать среди принципов и стратегий, составляющих эти доктрины; в противном случае, опять-

таки, ни об одной норме нельзя было бы сказать, что она является обязательной.

Теперь рассмотрим, что подразумевает тот, кто утверждает, что какая-то конкретная норма является обязательной. Он может иметь в виду, что данная норма недвусмысленно подкреплена принципами, которые суд не волен не учитывать, и которые в своей совокупности более весомы, чем принципы, говорящие в пользу ее изменения. Или же он может иметь в виду, что любое изменение данной нормы запрещается охранительными принципами верховенства законодательной власти и прецедента, которыми суд не волен пренебрегать. Чаще всего он будет подразумевать и первое, и второе, поскольку охранительные принципы, будучи принципами, а не нормами, обычно не обладают достаточной силой, чтобы спасти какую-либо норму общего права или устаревший законодательный акт, если они не подкреплены основными принципами, которые суд обязан уважать. В обоих случаях он истолковывает принципы и стратегии как относящиеся к праву в том же смысле, в котором к праву относятся нормы. Он истолковывает их как стандарты, обязательные для государственных чиновников и позволяющие осуществлять контроль над их решениями в отношении юридических прав и обязанностей.

Остается еще один вопрос. Если позитивистская теория о судебном усмотрении либо тривиальна, ибо использует термин «решение по собственному усмотрению» в слабом смысле, либо необоснованна, поскольку разнообразных аргументов в ее защиту оказывается недостаточно, то почему так много добросовестных и здравомыслящих юристов ее принимают? Мы не можем быть уверены в правильности нашей трактовки этой теории до тех пор, пока не разберемся с этим вопросом. Недостаточно отметить (хотя, возможно, кое-что это объясняет), что термин «решение по собственному усмотрению» используется в разных смыслах, которые могут не различаться. Когда мы мыслим не в правовых категориях, мы не смешиваем этих смыслов.

По крайней мере, отчасти это объясняется тем, что у юристов имеется вполне естественная склонность связывать законы и нормы и думать о «праве» как о совокупности или системе норм. Роско Паунд, который уже давно диагностировал эту склонность, полагал, что у англоязычных юристов она объясняется тем, что в английском языке для обозначения «закона» (a law) и «права» (the law) используется одно и то же слово, изменяется лишь артикль¹. (Напротив, в других языках для этого используются два слова: например, 'loi' и 'droit' или

¹ *Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. Rev. ed. 1954. P. 56.*

'Gesetz' и 'Recht'.) Это могло оказать влияние на англоязычных позитивистов, поскольку выражение «закон» (a law) несомненно внушает мысль о норме. Однако главная причина, по которой связывают право с нормами, лежит глубже и заключается, я думаю, в том, что в течение долгого времени юридическое образование сводилось к изучению и анализу тех установленных норм, которые составляют «режущее лезвие» права.

В любом случае, если юрист представляет себе право как систему норм и, тем не менее, признает (как он и должен), что судьи изменяют старые нормы и вводят новые, то он естественным образом приходит к теории судебного усмотрения в сильном смысле. В других системах норм и правил, с которыми он знаком (например, в играх), правила представляют собой единственный авторитет, с которым согласуются решения официальных лиц, так что если бы главный арбитр мог изменить правило, он обладал бы правом решать по собственному усмотрению в отношении того, к чему применимо это правило. Любые принципы, на которые мог бы сослаться главный арбитр при изменении правил, выражали бы «характерные» для предпочтения. Позитивисты трактуют право как набор бейсбольных правил, пересматриваемых подобным образом.

Имеется еще одно, более тонкое следствие из этого исходного предположения о том, что право есть система норм. Когда позитивисты обращаются к принципам и стратегиям, они трактуют их как нормы *manquees*¹. Они исходят из того, что если принципы являются правовыми стандартами, они должны быть нормами, поэтому и относятся к ним как к стандартам, которые потенциально являются нормами. Когда позитивист слышит утверждение о том, что правовые принципы составляют часть права, он истолковывает его как аргумент в пользу так называемой теории «высшего права», согласно которой принципы являются правовыми нормами в отношении самого права². Он опровергает эту теорию, указывая на то, что этим «нормам» следует не всегда, что для каждой «нормы» типа «никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения» имеется конкурирующая норма типа «закон обеспечивает защиту права собственности» и нет способа проверить действительность подобных «норм». И он делает вывод о том, что эти принципы и стратегии не являются действительными правовыми нормами, возвышающимися над правом. Это верно, так как они вообще не являются нормами. Он заключа-

¹ Неудавшийся, плохой (*франц.*). — Прим. пер.

ет также, что эти принципы являются внеправовыми стандартами, которые каждый судья отбирает в соответствии со своими убеждениями, когда принимает решение по собственному усмотрению. Это неверно. Это похоже на то, как если бы некий зоолог доказал, что рыбы не являются млекопитающими, и на основании этого сделал бы вывод о том, что в действительности они есть лишь растения.

6. Норма признания

Поводом для этого анализа послужили два наших конкурирующих истолкования правовых принципов. Мы исследовали второе истолкование, которое принимают позитивисты в своем учении о судебном усмотрении, и обнаружили, что с ним связаны серьезные затруднения. Настало время возвратиться к развилке на нашем пути. Не попытаться ли принять первый подход? Какие последствия будет это иметь для «костяка» основополагающих положений позитивизма? Конечно, мы должны были бы отказаться от второго постулата — учения о судебном усмотрении (или, по крайней мере, уточнить, что это учение говорит лишь о том, что судьи часто вынуждены прибегать к оценкам). Должны ли мы также отбросить или изменить первый постулат, а именно утверждение о том, что право можно отличить благодаря критерию, выраженному в виде главной нормы, например, в виде нормы признания профессора Харта? Если принципы, упоминаемые в делах Риггса и Геннингсена, считать относящимися к праву и в то же время сохранить понятие главной нормы для права, то у нас должна быть возможность указать некоторый критерий, которому удовлетворяют все (и только те) принципы, которые действительно относятся к праву. Начнем с анализа того критерия, который Харт предлагает для выделения действительных правовых норм и попытаемся установить, нельзя ли его использовать также и для принципов.

По мнению Харта, большая часть правовых норм имеют силу потому, что они были введены в действие некоторым правомочным органом. Одни из них созданы законодательным органом в виде постановлений. Другие были созданы судьями, которые сформулировали их при решении конкретных судебных дел и, таким образом, установили их в качестве прецедента на будущее. Однако такой критерий происхождения не подходит для принципов, использованных в деле Риггса или Геннингсена. Источником для них, как правовых принципов, служит не конкретное постановление какого-то законодательного органа или суда, но тот факт, что у

юристов и широкой общественности с течением времени сложилось понимание их правильности. Сохраняющаяся сила принципов зависит от устойчивости этого понимания. Если бы однажды извлечение выгоды из совершенного правонарушения перестало казаться несправедливым или наложение дополнительных обязательств на производителей потенциально опасных автомобилей стало расцениваться как несправедливость, то эти принципы уже не смогли бы играть свою роль в новых судебных делах, даже если бы они никогда не были «признаны недействительными» или «отменены». (Несомненно, едва ли имеет смысл говорить о «признании недействительными» или «отмене» принципов такого рода. Когда их сила ослабевает, они тихо умирают, а не кем-то уничтожаются.)

Конечно, если бы у нас потребовали подкрепить наше утверждение о том, что какой-то принцип является правовым, мы сослались бы на какие-либо предыдущие судебные дела, когда этот принцип был упомянут или использован в обосновании судебного решения. Мы также указали бы какой-либо законодательный акт, который, видимо, служит иллюстрацией этого принципа (еще лучше, если бы этот принцип был упомянут в преамбуле к законодательному акту, в докладе парламентской комиссии или в каких-то других законодательных документах). Если бы мы не смогли найти такого институционального подтверждения, нам, вероятно, не удалось бы обосновать свое решение, а чем больше мы обнаружим таких подтверждений, тем больший вес мы сможем приписать данному принципу.

Однако мы не смогли бы изобрести какую-либо формулу, указывающую, в каком объеме и какого рода институциональные подтверждения необходимы для признания некоторого принципа правовым, тем более не смогли бы оценить его весомость с помощью какой-либо величины. Мы приводим доводы в пользу какого-то конкретного принципа, обращаясь ко всему множеству изменяющихся и взаимодействующих стандартов (которые сами скорее являются принципами, чем нормами), касающихся обязанностей институтов власти, интерпретации законодательных актов, убедительности разнообразных прецедентов, отношения всех их к современным моральным обычаям и к множествам других таких же стандартов. Мы не смогли бы соединить все это в единственной «норме», пусть даже и сложной, а если бы и смогли, результат имел бы очень небольшое отношение к описанию нормы признания Харта, ибо это описание говорит о достаточно устойчивой главной норме, указывающей «какое-то свойство или несколько свойств, обладание кото-

рыми предположительной нормой считается решающим свидетельством того, что она является нормой»¹.

Кроме того, методы, применяемые нами для обоснования некоторого принципа, не находятся (в отличие от нормы признания Харта) на каком-то совершенно ином уровне по отношению к принципам, которые они призваны подтвердить. Жесткое различие между принятием нормы и ее юридической силой, проводимое Хартом, здесь не имеет места. При обосновании принципа, гласящего, что никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения, мы могли бы сослаться на постановления судов и законодательных органов, служащие конкретным выражением этого принципа, но это столь же говорит в пользу его принятия, как и в пользу его юридической силы. (Представляется странным вообще говорить о юридической силе принципа, быть может, потому что понятие юридической силы предполагает «все или ничего», и оно не подходит для принципов, которые могут быть более или менее весомыми.) Если нас попросят (что вполне может случиться) аргументировать определенную доктрину о прецеденте или определенный способ интерпретации законов, которыми мы воспользовались в своем обосновании, то мы безусловно сошлемся на практику использования этой доктрины или способа интерпретации другими людьми. Однако мы сошлемся также на другие общие принципы, которые, как мы считаем, подкрепляют эту практику, и таким образом мы не просто говорим о принятии принципов, но и дополняем это ссылкой на их юридическую силу. Мы могли бы, например, утверждать, что использование прежних судебных дел и законодательных актов подкрепляется определенным анализом сути законодательной практики или доктрины о прецеденте, принципами демократической теории или положением о разделении властных полномочий между общенациональными и местными институтами, или чем-то еще в этом роде. Такой способ обоснования вовсе не является улицей с односторонним движением, ведущей в конечном счете к какому-то принципу, который опирается только на факт его принятия. Наши принципы законодательной деятельности и прецедентов, принципы демократии и федерализма также могут быть подвергнуты сомнению. И тогда мы должны были бы защищать каждый из них, ссылаясь не только на практику, но и на другие из этих принципов и на следствия, вытекающие из определенной направленности судебных и законодательных решений, хотя в последнем случае это включало бы апелляцию к тем доктринам интерпретации, которые мы оправды-

¹ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 92.

вали с помощью данных принципов. Иными словами, на таком абстрактном уровне принципы скорее подогнаны друг к другу, а не связаны между собой логически.

Поэтому хотя принципы находят поддержку в официальных постановлениях правовых органов, у них нет с этими постановлениями простой или достаточно прямой связи, которую можно было бы сформулировать в виде критериев, определяемых какой-то главной нормой признания. Имеется ли какой-либо иной способ, позволяющий подвести принципы под такую норму?

Харт действительно говорит о том, что главная норма могла бы определять как право не только те нормы, которые были введены в действие определенными правовыми органами, но также и нормы, установленные обычаем. При этом он имеет в виду проблему, беспокоившую и других позитивистов, включая Остину. Многие из наших наиболее давних правовых норм никогда не создавались в явном виде законодательным органом или судом. Когда они впервые стали появляться в судебных решениях и документах, они уже рассматривались как часть права, ибо выражали обычную практику общества или какой-то его особой части, например, сообщества предпринимателей. (Обычно в качестве примера приводят нормы торговой практики, скажем, нормы, регулирующие права, предполагаемые коммерческими бумагами стандартного вида.¹) Поскольку, по мнению Остины, все право является приказом определенного суверена, все эти обычные практики не относятся к праву до тех пор, пока их не признали суды (как представители суверена), и поэтому суды грешат выдумками, когда представляют дело в ином свете. Но это представляется чистым произволом. Если бы все считали, что обычай сам по себе может быть правом, то для них теория Остины, отрицающая это, не была бы убедительной.

Харт исправляет Остину в этом вопросе. Главная норма, говорит он, могла бы устанавливать, что какой-то обычай считается относящимся к праву даже до признания его судами. Однако он не замечает затруднения, возникающего вследствие этого для его собственной общей теории, поскольку не пытается сформулировать критерии, которые могла бы содержать главная норма для этой цели. Она не могла бы содержать в ка-

¹ См.: Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law // 55 Columbia Law Review 1192 (1955) и цитируемые там материалы на с. 1193, прим. 1. Как явствует из этого замечания, в действительности суды, как правило, при признании торговых обычаев скорее опираются на применение множества общих принципов и стратегий, а не на критерий, который можно было бы считать частью нормы признания.

честве единственного критерия положение о том, что общество считает данный обычай морально обязательным, поскольку при этом исчезло бы различие между правовыми нормами, основанными на обычае, и моральными нормами, основанными на обычае, а ведь далеко не все давно существующие в обществе моральные обязательства, налагаемые обычаем, проводятся в жизнь в судебном порядке. С другой стороны, если таким критерием является признание обществом этого обычая *юридически* обязательным, то становится излишней сама главная норма, по крайней мере, для такого рода правовых норм. Главная норма, заявляет Харт, знаменует собой переход от примитивного общества к правовому, ибо она предусматривает иной критерий для определения социальных правовых норм, нежели их простое принятие. Однако если главная норма утверждает лишь, что какие бы другие нормы общество ни приняло в качестве юридически обязательных, они являются юридически обязательными, то она вообще не предоставляет нам никакого критерия сверх того, который мы бы использовали, не будь у нас никакой главной нормы. Главная норма становится (для этих случаев) не-нормой признания. Вполне можно было бы сказать, что в каждом примитивном обществе имеется вторичная норма признания, а именно норма, гласящая: то, что принимается как обязательное, является обязательным. При обсуждении международного права Харт сам высмеивает мысль о том, что подобная норма могла бы быть нормой признания, характеризуя эту предлагаемую норму как «бессодержательное повторение того простого факта, что рассматриваемое общество соблюдает определенные стандарты поведения как обязательные нормы»¹.

Трактовка Хартом обычая равнозначна, по сути, признанию того, что, по крайней мере, некоторые правовые нормы являются обязательными не потому, что они имеют силу со-

¹ Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 230. Главная норма могла бы указывать какие-то конкретные особенности обычая, которые не зависят от отношения к нему общества; она могла бы, к примеру, устанавливать, что все очень старые обычаи или все обычаи, имеющие отношение к торговым документам, считаются относящимися к праву. Однако я не знаю таких особенностей, которые действительно отличали бы обычаи, признанные относящимися к праву в Англии и Америке. Какие-то обычаи, не получившие юридического признания, по своей давности превосходят те обычаи, которые приобрели юридический статус; какие-то виды практики, связанные с коммерческими документами, стали обязательными, в то время как другие — не стали, и т. д. Во всяком случае, даже если бы были обнаружены отличительные особенности, которые позволили бы выделить все правовые нормы, установленные обычаем, маловероятно, что можно было бы найти такие особенности у принципов, которые широко варьируются по своему содержанию и происхождению и многие из которых появились совсем недавно.

гласно стандартам, установленным главной нормой, но потому что — подобно самой главной норме — они приняты обществом как обязательные. Это разрушает ту стройную пирамиду, которая восхищала нас в теории Харта: больше уже нельзя говорить, что только одна главная норма является обязательной в силу ее принятия, а все другие нормы действительны в силу соответствия ее условиям.

Может быть, это наносит лишь небольшой урон, ибо те нормы обычного права, которые имеет в виду Харт, не являются важной частью права. Однако это говорит о том, что Харту не захотелось бы увеличить этот урон, включив в категорию «обычай» все те важнейшие принципы и стратегии, о которых шла речь. Если бы он признал их частью права и в то же время продолжал бы настаивать на том, что единственным критерием их силы является то, в какой мере общество или какая-то его часть принимают их как относящиеся к праву, то он чрезвычайно сузил бы ту область права, на которую распространяется его главная норма. Дело не просто в том, что все принципы и стратегии оказываются вне ее контроля, хотя и в этом нет ничего хорошего. Раз эти принципы и стратегии принимаются в качестве части права и, таким образом, в качестве стандартов, которым судьи должны следовать при определении юридических обязанностей, отсюда вытекает, что нормы, подобные тем, которые впервые были провозглашены в делах Риггса и Геннингсена, своей силой обязаны, по крайней мере, отчасти авторитету этих принципов и стратегий, а не только главной норме признания.

Таким образом, мы не можем улучшить позитивистскую теорию Харта, изменив в ней норму признания так, чтобы она охватывала и принципы. Нельзя сформулировать критерии происхождения, связывающие принципы с постановлениями законодательных органов, как нельзя и использовать хартовское понятие обычного права, которое само является исключением с точки зрения первого постулата позитивизма, не отказываясь совершенно от этого постулата. Следует, однако, рассмотреть еще одну возможность. Если никакая норма признания не обеспечивает критерия для выделения принципов, то почему бы не признать, что принципы являются чем-то первичным и образуют норму признания для нашего права? Тогда ответ на общий вопрос: «Что является действующим правом в американских судах такой-то юрисдикции?» потребовал бы от нас сформулировать все принципы (а также основные конституционные нормы), действующие в этой юрисдикции в данное время, указав при этом для каждого из них его сравнительный вес. Полное множество этих стандартов позитивист мог бы считать нормой признания для данной юрисдикции. Такое решение привлекательно своей парадоксальностью, однако, это безоговорочная

капитуляция. Если нашу норму признания мы просто выражаем фразой «полное множество действующих принципов», то получаем лишь ту тавтологию, что право есть право. Если же мы все-таки попытались бы перечислить все действующие принципы, то потерпели бы полную неудачу. Они вызывают разногласия, прежде всего важна их весомость, их бесчисленное количество и они изменяются так быстро, что начало нашего списка успело бы устареть прежде, чем мы добрались бы до его середины. И даже если бы мы добились успеха, мы не получили бы ключа к пониманию права, ибо не осталось бы ничего, что можно было бы открыть этим ключом.

Я прихожу к выводу о том, что если мы трактуем принципы как право, мы должны отвергнуть первый постулат позитивизма, утверждающий, что существующее в обществе право можно отличить от других социальных стандартов благодаря критерию, имеющему вид главной нормы. Мы уже установили, что должны отказаться также и от второго постулата — о судебном усмотрении — или свести его к тривиальности. Как же обстоит дело с третьим постулатом — с позитивистской теорией юридических обязанностей?

Согласно этой теории, юридическая обязанность существует тогда (и только тогда), когда она налагается установленной правовой нормой. Отсюда следует, что в сложных случаях — когда нельзя найти такой установленной нормы — юридической обязанности не существует до тех пор, пока суд не создаст новой нормы на будущее. Суд может применить эту новую норму к рассматриваемому им случаю, но это законотворчество *ex post facto*, а не обеспечение соблюдения существующей обязанности.

Позитивистское учение о судебном усмотрении (в сильном смысле) требует именно такого понимания юридических обязанностей, ибо если судья решает по собственному усмотрению, то не может существовать юридического права или обязанности, соблюдение которых он должен обеспечить. Однако если мы отказываемся от этого учения и истолковываем принципы как часть права, то появляется возможность того, чтобы юридическая обязанность налагалась не только установленной нормой, но и совокупностью принципов. Мы могли бы сказать, что юридическая обязанность существует всегда, когда доводы в пользу ее существования, основанные на обязательных правовых принципах разного рода, сильнее, чем доводы против.

Конечно, прежде чем принять такое истолкование юридических обязанностей, нужно еще ответить на множество вопросов. Если не существует нормы признания и нет, в этом смысле, критерия права, то как решить, какие принципы и в каком количестве имеют значение при построении таких доводов?

Как установить, является ли один довод лучше другого? Если юридическая обязанность основывается на такой не подкреплённой доказательствами оценке, то как она может служить оправданием того решения, что одна из сторон имеет юридическую обязанность? Согласуется ли такое истолкование обязанностей с высказываниями правоведов, судей и неспециалистов и совместимо ли оно с нашим отношением к моральным обязанностям? Позволит ли этот анализ справиться с классическими правоведческими головоломками, связанными с пониманием природы права?

Эти вопросы требуют рассмотрения, но даже уже сами эти вопросы обещают больше, чем даёт позитивизм. Позитивизм же, если судить по его собственному тезису, останавливается как раз перед теми вызывающими затруднение сложными случаями, которые и побуждают нас к поискам теорий права. При истолковании таких случаев позитивист отсылает нас к учению о судебном усмотрении, которое никуда не ведёт и ничего не даёт. Его описание права как системы норм действует на наше воображение, быть может, благодаря своей чрезмерной простоте. Если мы освободимся от этой модели правовых норм, то получим возможность построить модель, более соответствующую сложностям и тонкостям нашей собственной практики.

Глава 3

Модель норм II

В главе 2 я показал, что центральные положения той теории права, которую я назвал позитивизмом, ошибочны и должны быть отброшены¹. В частности, я показал ошибочность предположения этой теории о том, будто в каждой правовой системе существует общепризнанный фундаментальный критерий для установления того, какие стандарты относить к праву, а какие — нет. Я утверждал, что в сложных правовых системах, подобных тем, которые действуют в Соединенных Штатах и Великобритании, нельзя найти такого критерия и что в этих странах нельзя в конечном счете провести границу между правовыми и моральными стандартами, на чем настаивает позитивизм.

Свои рассуждения я могу подытожить следующим образом. Я говорил, что положение о существовании некоторого общепризнанного критерия права выглядит правдоподобно только в том случае, когда мы рассматриваем правовые нормы, содержащиеся в законодательных актах или напечатанные жирным шрифтом в учебниках. Однако законоведы и судьи, выносящие решения по судебным делам, обращаются не только к таким нормам, но также и к другим стандартам, которые я называл правовыми принципами, например, к тому принципу, что никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения. Этот факт ставит позитивиста перед следующим трудным выбором. Он может попытаться показать, что когда судьи обращаются к принципам подобного рода, они не обращаются к правовым стандартам, а принимают решение по своему усмотрению. Или же он может попробовать показать, что вопреки моим сомнениям какой-то общепризнанный критерий всегда выделяет принципы, которые судьи включают в право, и отличает их от принципов, которые в право не включаются. Я старался показать, что обе эти стратегии не достигают своей цели.

Некоторые юристы оказались столь добры, что ответили на мои аргументы; прекрасным примером в этом отношении может служить статья д-ра Рэза². Основные замечания, высказы-

¹ См. с. 37 и далее.

² *Raz J. Legal Principles and the Limits of Law* // 81 Yale L. J. 823. 1972. См. также: *Garrio G. Legal Pnniples and Legal Positivism*. 1971; *Christie G TheModel of Principles* // 1968, *Duke L. J.* P 649; *Gross H Jurisprudence* // 1968/69 Annual Survey of Am. L. P. 575; *Probert W. The Right Way* // Human

ные против моих рассуждений, таковы, (i) Неясно, содержит ли моя позиция что-либо большее, чем поправку к позитивистскому учению. Если внимательно прочитать работу проф. Г. Л. Харта, на которую я ссылался как на наиболее ясное изложение позитивистской теории, то можно увидеть, что его теория способна включить в себя мои выводы с небольшими поправками¹. (ii) Утверждают, что в моих собственных рассуждениях имеется противоречие: мой аргумент против теории судебного усмотрения опирается на предположение о том, что в действительности какие-то принципы относятся, а какие-то — не относятся к праву. Но если так, то должен существовать как раз такой критерий права, существование которого я отрицаю², (iii) Кроме того, мои аргументы подсказывают и форму такого окончательного критерия. Я говорил, что, по крайней мере, отчасти судьи выделяют принципы, ссылаясь на ту роль, которую эти принципы играли в предыдущих обоснованиях судебных решений, а критерий такого рода, названный мной критерием «институциональной структуры»³, как раз и может быть тем окончательным критерием для принципов, которого, по моему мнению, нельзя найти, (iv) Мое утверждение о том, что судьи не решают по собственному усмотрению, когда речь идет о принципах, игнорирует тот факт, что судьи иногда *вынуждены* принимать такие решения вследствие того, что порой бывает неясно, какие принципы и в какой мере следует учитывать⁴, (v) Различие между правовыми нормами и принципами, от которого, по-видимому, зависит моя аргументация, в действительности не состоятельно⁵.

Имеются и другие возражения, но я не буду пытаться отвечать на них здесь. У меня нет ответа на тот довод, что термин «право» можно использовать таким образом, что позитивистская позиция станет истинной по определению. Иначе говоря, его можно использовать так, чтобы под «правовыми» стандартами подразумевались лишь те приводимые судьями и законодателями

Rights / Ed. E. Pollack. 1971. P. 163; *Sartorius R. Social Policy and Judicial Legislation* // 8 Am. Phil. Q. 151. 1971; *Tapper C. A Note on Principles* // 1971 Modern L. Rev. 628. Из более ранних статей см.: *MacCallum G. Dworkin on Judicial Discretion* // 60 J. Phil. 638. 1963. Я не пытаюсь отвечать или даже упоминать все замечания и вопросы, представленные в этих статьях. Для обсуждения я выбрал те замечания, которые встречались наиболее часто или показались исследователям наиболее убедительными.

¹ См.: *Carrio*. P. 22.

² *Sartorius*. P. 155.

³ *Ibid*. P. 156.

⁴ *Raz*. P. 843 и далее; *Carrio*. P. 27; *Christie*. P. 669; *MacCallum*. Loc. cit.

⁵ *Raz*. P. 834—854; *Christie*. P. 656 и далее.

стандарты, которые фактически выделены посредством какого-то общепризнанного критерия. Безусловно, термин «право» можно употреблять таким образом и, быть может, какие-то законоведы так и делают. Однако меня интересовали аргументы, связанные с общеупотребительным понятием права, а оно, как я считаю, является понятием о стандартах, устанавливающих права и обязанности, которые правительство обязано признавать и проводить в жизнь, по крайней мере, в принципе, используя для этих целей известные полицейские и судебные органы. Моя точка зрения заключалась в том, что позитивизм с его учением о фундаментальном и общепризнанном критерии права ошибочно принимает часть области, подпадающей под это понятие, за целое.

Но прежде чем обратиться к рассмотрению перечисленных выше частных возражений, я хотел бы ответить на одно весьма общее возражение, не включенное в список. По причинам, которые вскоре станут ясны, я полагаю, что благодаря ему приобретают особое значение некоторые из тех возражений, что я привел. Это общее возражение основывается на положении, которое Харт защищал в своей работе «Понятие права»¹ и которое относится как к философии морали, так и к философии права. В своей наиболее сильной форме оно гласит, что любые права и обязанности существуют только благодаря единому порядку признания этих прав и обязанностей в обществе. Если это так и если право, как я предполагаю, касается прав и обязанностей, а не только решений, принятых по усмотрению чиновников, то должен существовать общепризнанный критерий права в виде этого единого порядка признания, и моя аргументация ошибочна.

В первом разделе данной главы я попытаюсь уточнить этот сильный тезис, ссылаясь, главным образом, на обязанность судей применять определенные стандарты в качестве права. Затем я покажу, что это положение следует отбросить. В оставшихся разделах я буду иногда иначе формулировать мои первоначальные аргументы с тем, чтобы показать, почему на них сказывается отказ от этого положения.

1. Социальные нормы

Я начну с замечания о важном различии между двумя типами понятий, которыми мы пользуемся при обсуждении нашего собственного поведения и поведения других людей. Иногда мы говорим, что в целом, с учетом всех обстоятельств,

¹ *Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 79—88.*

кому-то «следует» или «не следует» поступить так-то. В других случаях мы говорим, что у кого-то есть «обязанность» или «долг» что-то сделать или у него «нет права» делать это. Это суждения разных типов: например, просто сказать, что кому-то следует заниматься благотворительностью, — это одно, а сказать, что он обязан делать это, — совсем другое; просто сказать, что кому-то не следует употреблять алкоголь или курить марихуану, — это одно, а сказать, что он не имеет права делать это, — совсем другое. Легко представить случаи, когда мы готовы высказать первые из этих утверждений, но не вторые.

Кроме того, в конкретных случаях мы, видимо, чувствуем, какое из этих утверждений было бы оправдано. Суждения о долге, вообще говоря, являются гораздо более сильными, чем суждения просто о том, что кому-то следует что-то делать. Мы можем требовать выполнения какой-либо обязанности или долга, а иногда предлагать какие-то санкции в случае их невыполнения. Однако ни требования, ни санкции неуместны, когда речь идет просто о том, что кому-то, вообще говоря, следует что-то сделать. Вопрос о том, когда уместны требования относительно обязанности и долга, отличные от общих требований в отношении поведения, является важным вопросом философии морали, хотя им несколько пренебрегают.

Право не просто устанавливает, что следует или не следует делать отдельным гражданам. Оно говорит о том, что они обязаны или не имеют права делать. Кроме того, оно не просто содержит совет судьям и другим государственным служащим по поводу тех решений, которые им следует принимать; право устанавливает, что они обязаны признавать и проводить в жизнь определенные стандарты. Возможно, в некоторых случаях судья не обязан принимать то или иное решение; в таких случаях нам следует ограничиться высказыванием о том, что ему следует делать. Я думаю, именно это мы имеем в виду, когда говорим, что в таких случаях судья решает по своему усмотрению. Однако за исключением самых радикальных американских правовых реалистов каждый представитель философии права считает, что хотя бы в некоторых случаях судья обязан принять определенное решение в силу того, что такого решения требует право.

Однако объяснить, почему у судей имеется такая обязанность, для теории права оказывается чрезвычайно сложной проблемой. Допустим, например, законодательный акт устанавливает, что при отсутствии завещания собственность умершего переходит к его ближайшему родственнику. Законовед скажет, что судья обязан предписать передачу собственности в соответствии с этим законодательным актом. Но что накладывает на судью такую обязанность? Мы могли бы сказать, что

судей «обязывает» некая общая норма, гласящая, что они должны исполнять то, что предписано законодательной властью, однако не ясно, откуда берется такая норма. Нельзя сказать, что законодательная власть сама является источником нормы, согласно которой судьи должны исполнять постановления законодательной власти, ибо такое объяснение уже предполагает ту норму, которую мы пытаемся оправдать. Возможно, нам удастся обнаружить основополагающий правовой документ, подобный Конституции, который явно или неявно устанавливает, что судьи должны следовать постановлениям законодательной власти. Но что обязывает судей следовать конституции? Нельзя сказать, что конституция сама налагает эту обязанность, ибо тем самым мы опять ушли бы от ответа.

Если бы мы ограничились только утверждением о том, что судьям *следует* соблюдать постановления законодательной власти или конституции, то затруднение было бы не столь серьезным. Для такого ограниченного требования мы могли бы найти сколько угодно причин, например, ту, что, в конце концов, каждому было бы лучше, если бы судьи вели себя подобным образом. Однако такого рода причина оказалась бы неубедительной, если бы мы пожелали утверждать, как того требует наше понятие права, что *долг* судей — следовать постановлениям законодательной власти или конституции. Тогда мы должны искать не причины, объясняющие, почему судьям следует так поступать, а основания, позволяющие утверждать об этом их долге, а это требует обращения к вопросам философии морали. При каких обстоятельствах появляются долг и обязанность?

Ответ Харта на этот вопрос можно кратко сформулировать следующим образом¹. Обязанности существуют тогда, когда существуют социальные нормы, предусматривающие эти обязанности. Такие социальные нормы существуют, если для них выполняются соответствующие практические условия. Эти практические условия выполнены, если члены общества ведут себя определенным образом; это их поведение и *конституирует* социальную норму и создает обязанность. Предположим, что группа верующих следует такому обычаю: (а) прежде чем войти в церковь, каждый мужчина снимает шляпу, (б) если кого-то из них спрашивают, почему он так делает, он ссылается

¹ Анализ Харта относится к понятию «обязанность». Я использую здесь слово «долг», поскольку более привычно говорить, что у судей есть скорее долг, чем обязанность, проводить в жизнь закон, и поскольку, по мнению Харта, его анализ применим к обоим этим терминам; действительно, они почти взаимозаменяемы в его «Понятии права» (The Concept of Law. P. 27,

на «норму», требующую этого, и (с) когда кто-то забывает снять шляпу перед тем, как зайти в церковь, он подвергается осуждению и, возможно, даже наказанию со стороны других прихожан¹. При таких обстоятельствах, по мнению Харта, выполнены практические условия для нормы, налагающей обязанность. У данного сообщества «есть» социальная норма, согласно которой мужчины не могут находиться в церкви в шляпе, и эта социальная норма налагает на них обязанность не надевать шляпы в церкви. Эта норма отделяет вопрос о ношении шляпы в церкви от общей совокупности вопросов, которые могут обсуждаться людьми и которые касаются того, что им следует делать, — отделяет благодаря созданию обязанности. Существование данной социальной нормы и, следовательно, существование самой обязанности просто является фактом.

Затем этот способ анализа Харт применяет при рассмотрении вопроса о долге судей. Он полагает, что в каждой правовой системе благодаря соответствующему поведению судей выполнены практические условия для социальной нормы, требующей от судей выделять и применять определенные стандарты в качестве права. Если в каком-то конкретном обществе эти должностные лица (а) при вынесении своих решений постоянно пользуются нормами, установленными законодательной властью, (b) оправдывают эту практику, ссылаясь на ту «норму», что судьи обязаны следовать постановлениям законодательной власти, и (с) осуждают любое должностное лицо, нарушающее эту норму, то, согласно теории Харта, можно сказать, что в этом обществе есть социальная норма, гласящая, что судьи должны следовать постановлениям законодательной власти. Если так, то в данном обществе у судей есть долг поступать именно таким образом. Если бы теперь мы спросили — как и прежде немного играя словами — почему же все-таки судьи обязаны следовать социальным нормам, то Харт ответил бы, что мы не поняли главного. С его точки зрения, в понятие долга уже включено то, что оно создается социальной нормой описанного им типа.

Однако в представленном виде теория Харта не защищена от следующего возражения. Когда социолог говорит, что некоторое сообщество «имеет» определенную норму или «следует» определенной норме, скажем, той, что при входе в церковь мужчине нужно снять шляпу, то он стремится лишь описать

¹ Харт использует этот пример с иной целью; см.: *Hart. Op. cit.* Р. 121. Я переформулировал этот пример так, чтобы используемая в нем социальная норма налагала обязанность (или долг), например, вследствие того, что ее соблюдение обеспечивалось бы благодаря жесткому давлению со стороны общества.

поведение членов этого сообщества в каком-то аспекте. Он имеет в виду только то, что члены данного общества полагают, будто у них есть определенная обязанность, но он не выражает согласия с ней. Когда же сам член данного сообщества апеллирует к некоторой норме с целью осудить свое собственное поведение или поведение кого-то еще, то он не просто описывает поведение других людей, а оценивает его. Он не просто подразумевает, что другие люди верят, будто у них имеется определенная обязанность, но считает, что у них действительно *есть* эта обязанность. Таким образом, мы должны видеть различие между двумя видами утверждений, использующих понятие нормы. Можно сказать, что социолог имеет в виду *социальную* норму, а прихожанин церкви — *нормативное* правило. Утверждение социолога о социальной норме истинно (или оправданно), если имеет место определенное фактическое положение дел, т. е. если общество ведет себя так, как описал в своем примере Харт. Но мы сочли бы нужным сказать, что утверждение прихожанина церкви о нормативном правиле истинно (или оправданно) только в том случае, если существует определенное нормативное положение дел, т. е. если у людей действительно имеется та обязанность, которая — как считают они в примере Харта — у них есть. Судья, ведущий судебный процесс, находится в положении прихожанина, а не социолога. Он не констатирует в качестве простого факта, что большинство судей считает, будто у них имеется долг следовать постановлениям законодательной власти; он полагает, что у них действительно есть такой долг, и при оправдании своих собственных решений ссылается на этот долг, а не на убеждения других судей. Но если дело обстоит так, то социальная норма сама по себе не может быть источником того долга, который, по мнению судьи, у него есть.

Харт предвосхищает это возражение, предлагая аргумент, образующий ядро его теории. Он признает указанное мной различие между утверждениями о «социальной норме» и утверждениями о «нормативном правиле», хотя и не употребляет этих терминов. Однако он отрицает, по крайней мере, для рассматриваемых им случаев, что эти два вида утверждений говорят о двух разных видах норм. Вместо этого различия он предлагает различать *существование* некоторой нормы и ее *принятие* членами рассматриваемого сообщества. Когда социолог утверждает о существовании некоей социальной нормы, он утверждает только о ее существовании: он говорит лишь о том, что практические условия для этой нормы выполнены. Когда же о ее существовании утверждает церковный прихожанин, то он также подразумевает, что эти практические условия выполнены, но *вдобавок* он говорит о *принятии* им самим этой нор-

мы в качестве стандарта, которым он руководствуется как в своем собственном поведении, так и при оценке поведения других людей. Он и осознает наличие некоторой социальной практики, и проявляет предрасположенность согласовывать с ней свое поведение. Тем не менее, поскольку каждый из них ссылается на норму, то это одна и та же норма, которая конституируется рассматриваемой социальной практикой.

Тогда различие между утверждением социальной нормы и утверждением нормативного правила будет касаться не типа утверждаемых норм, а скорее отношения, выраженного в каждом из них к утверждаемой норме. Когда судья апеллирует к той норме, что всякое постановление законодательной власти есть элемент права, он занимает внутреннюю позицию по отношению к данной социальной норме; его утверждение истинно, поскольку существует соответствующая социальная практика, однако он идет дальше этого простого утверждения. Он выражает свою готовность считать эту социальную практику оправданием его следования ей.

Поэтому Харт одновременно разрабатывает и общую теорию в отношении понятий обязанности и долга, и конкретное приложение этой теории к долгу судей проводить в жизнь закон. В оставшейся части этого первого раздела я займусь критикой этой общей теории Харта, которую буду называть теорией социальных норм. Я буду различать сильный и слабый варианты этой теории. Согласно сильному варианту всякий раз, когда кто-либо утверждает некоторую обязанность, это следует понимать как предположение о существовании социальной нормы и выражение принятия практики, описываемой этой нормой. Поэтому когда я говорю, что люди обязаны не лгать, я, по крайней мере, должен иметь в виду, что существует соответствующая социальная норма, а если ее нет, мое утверждение будет ложно. Согласно же слабому варианту лишь *иногда* чье-то утверждение некоторой обязанности следует понимать как предположение о существовании социальной нормы, предусматривающей эту обязанность. Например, когда прихожанин церкви утверждает, что в церкви мужчинам нельзя находиться в шляпе, его можно понять именно так, однако отсюда не следует, что точно так же следует истолковывать и утверждение о том, что нельзя лгать. В последнем случае человек может утверждать обязанность, которая фактически не зависит от существования социальной нормы.

Из соответствующих страниц книги «Понятие права» не вполне ясно, какой из этих двух вариантов выбирает Харт, хотя многое из сказанного им свидетельствует о том, что он склоняется к сильному варианту. Но применение его общей теории к проблеме судейского долга будет, конечно, зависеть от того,

какого именно варианта теории социальных норм он придерживается. Если верен сильный вариант, то, например, судьи, говорящие о своем основополагающем долге относиться к праву постановления законодательной власти, должны допускать существование социальной нормы, требующей этого. Если же справедлив некоторый более слабый вариант теории социальных норм, то случайно может так оказаться, что это имеет место, но потребовались бы дополнительные аргументы для доказательства этого.

Если сильный вариант этой теории претендует на объяснение всех случаев, когда люди ссылаются на обязанности, или хотя бы всех тех случаев, когда они ссылаются на нормы как на источник обязанностей, то он не может быть корректным. Теория должна допускать, что некоторые утверждения нормативных правил нельзя объяснить как обращение к социальной норме по той причине, что соответствующей социальной нормы не существует. Например, вегетарианец мог бы сказать, что мы не имеем права убивать животных для употребления их в пищу в силу фундаментального морального принципа, гласящего, что лишать кого-либо жизни с какой бы то ни было целью при любых обстоятельствах есть зло. Соответствующей социальной нормы очевидно не существует: вегетарианец согласится, что в наше время лишь очень немногие люди признают такого рода норму или обязанность, и это его чрезвычайно огорчает.

Однако в ответ можно было бы сказать, что такое использование понятий нормы и обязанности указывает на особый случай и фактически относится к иному виду моральной практики, надстраиваемому над той стандартной практикой, которую стремится объяснить данная теория. С этой точки зрения, вегетарианец в действительности не имеет в виду, что в наше время у мужчин и женщин есть долг никого не лишать жизни, скорее он утверждает следующее: поскольку имеются очень серьезные основания считать, что никто не *должен* лишать кого-либо жизни, соответствующая социальная норма *должна* существовать. Его ссылка на «норму» могла бы означать, что такая норма уже существует, но в данном случае это лишь фигуральное выражение. Он пытается лишь распространить присущую социальным нормам императивность на свое собственное требование, которое является требованием совершенно иного рода.

Однако при такой защите неверно истолковывается утверждение вегетарианца. Он не просто имеет в виду, что желательно такое преобразование общественных установлений, чтобы ни один человек не имел права лишать кого-то жизни, а утверждает, что никто и никогда не имеет такого права. В дей-

ствительности, он настаивает на том, что существует моральный долг уважать жизнь и по этой причине в обществе должна существовать соответствующая социальная норма. Сильный вариант теории социальных норм не позволяет ему прибегнуть к такому аргументу. Поэтому эту теорию можно согласовать с утверждениями вегетарианца только в том случае, если настаивать на том, что он говорит не то, что хочет сказать.

Таким образом, чтобы признать правдоподобной теорию социальных норм, ее следует ослабить хотя бы в этом отношении. Она должна объяснять, что означает требование о долге (или утверждение нормативного правила о долге) только в одном случае, а именно, когда общество в целом согласно, что такой долг существует. Эта теория была бы неприменима к утверждениям вегетарианца, но она применима, когда мы имеем дело с утверждениями прихожанина церкви. Такое ослабление теории не слишком затрагивает ее применимость к проблеме судейского долга, ибо судьи, видимо, следуют именно таким нормам, когда решают, что признать в качестве права, которое они обязаны проводить в жизнь.

Однако даже в этом ослабленном варианте данная теория далека от истины. В ней упускается из виду важное различие между двумя видами общественной морали, которые можно назвать *согласованной* и *конвенциональной* моралью. Общество проявляет согласованную мораль, когда его члены единодушны в утверждении одного и того же или почти одного и того же нормативного правила, однако не считают, что среди причин следования данному правилу факт единодушия играет существенную роль. Когда же они так считают, общество проявляет конвенциональную мораль. Если прихожане церкви считают, что каждый мужчина обязан снимать шляпу в церкви, но этой обязанности не было бы, если бы не было соответствующей социальной практики, то в этом случае имеет место конвенциональная мораль. Если они также считают, что каждый человек обязан не лгать и эта его обязанность сохранилась бы даже в том случае, если бы большинство других людей не гнушалось ложью, то это случай согласованной морали.

Теорию социальных норм необходимо ослабить так, чтобы ее применение ограничивалось только случаями конвенциональной морали. Но и в случае согласованной морали, когда, скажем, речь идет об обязанности не лгать, выполнялись бы практические условия Харта. В общем и целом люди не лгут; при оправдании этого они указывают на то, что ложь есть зло, и осуждают тех, кто лжет. Согласно теории Харта, такое поведение конституирует социальную норму и социолог был бы вправе утверждать, что в этом обществе «имеется норма», запрещающая ложь. Однако мы исказили бы смысл этого поня-

тия, если бы предположили, что когда члены этого общества говорят об обязанности не лгать, они *апеллируют* к этой социальной норме или считают ее существование необходимым. Напротив, поскольку здесь мы имеем дело с согласованной моралью, ясно, что они так не считают. Поэтому теория социальных норм должна быть ограничена лишь сферой конвенциональной морали.

Это дальнейшее ослабление теории вполне может сократить ее возможности при решении проблемы судейского долга. Может оказаться, что, по крайней мере, какая-то часть из того, что, по мнению судей, они должны делать, выражает согласованную, а не конвенциональную мораль. Например, многие судьи могут считать, что они обязаны проводить в жизнь решения демократически избранной законодательной власти не просто потому, что их также признают другие судьи и государственные служащие, а опираясь на политические принципы, которые в глазах этих судей обладают независимой ценностью. С другой стороны, вполне можно предположить, что это не так и что в обычных правовых системах значительное число судей считает общую судебную практику важным доводом в пользу любого утверждения об их судейском долге.

Однако теория социальных норм не дает адекватного истолкования даже конвенциональной морали. Она неадекватна, поскольку не может объяснить тот факт, что даже когда по общему убеждению какая-то социальная практика служит одним из необходимых оснований для утверждения некоторой обязанности, люди могут все же расходиться во мнениях относительно того, на кого распространяется эта обязанность. Допустим, например, что члены сообщества, в котором «имеется норма», предписывающая мужчинам снимать шляпу в церкви, расходятся во мнениях по вопросу о том, применима ли «эта норма», когда речь идет о чепчиках младенцев мужского пола. При этом каждая сторона убеждена в том, что ее понимание обязанности младенцев и их родителей является более разумным, но ни об одной из этих позиций нельзя сказать, что она опирается на социальную норму, поскольку здесь еще нет никакой социальной нормы.

Сформулированные Хартом практические условия для социальных норм в этом случае дают однозначный ответ: норма конституируется согласующимся с ней поведением значительной части населения. Согласующимся Харт, безусловно, счел бы такое поведение, которое, по общему согласию членов сообщества, требовалось бы в каком-то конкретном случае, даже если такой случай еще не представился. Поэтому социальная норма «охватывает» и рыжеволосых людей, даже если среди членов сообщества таких еще не было. Но если половина при-

хожан утверждает, что младенцам необходимо снимать чепчики, а другая половина отвергает такое требование, какую социальную норму конституирует такое поведение? Нельзя сказать, что оно конституирует либо ту социальную норму, что младенцам необходимо снимать чепчики, либо норму, которая освобождает родителей от этой обязанности.

Мы могли бы найти привлекательной ту мысль, что в отношении младенцев социальная норма, предписывающая мужчинам снимать шляпу в церкви, «неопределенна». Но это вносит именно ту путаницу, которую была призвана устранить теория социальных норм. Нельзя сказать, что социальная норма неопределенна, когда известны все важные факты относительно социального поведения, поскольку это противоречило бы тезису о том, что социальные нормы конституируются поведением. Социальную норму, предписывающую мужчинам снимать шляпу в церкви, можно было бы назвать неопределенной, если бы данные о мыслях и действиях людей еще не были бы собраны или если бы вопрос о младенцах еще не вставал и не было бы ясности относительно того, придерживается ли основная часть сообщества единого мнения или нет. Однако никакой такой неопределенности здесь нет; возник вопрос и нам известно, что члены сообщества расходятся во мнениях по поводу ответа на него. Поэтому в такого рода ситуации следует говорить не о том, что социальная норма, предписывающая мужчинам снимать шляпу в церкви, является неопределенной, а скорее о том, что единственной социальной нормой, которую конституирует поведение сообщества, является норма, запрещающая взрослым мужчинам находиться в церкви в шляпе. Существование этой нормы несомненно, и столь же несомненно то, что в отношении младенцев вообще не существует социальной нормы.

Однако для теории социальных норм все это, видимо, имеет почти фатальные последствия по следующей причине: когда люди — даже в случаях конвенциональной морали — утверждают нормативные правила, то правила, которые они утверждают, обычно различаются по своим деталям и области применения, или во всяком случае, если бы каждый человек точно и подробно сформулировал свое правило, между правилами разных людей обнаружились бы различия. Однако два человека, чьи правила различаются или могли бы различаться при точной формулировке, не могут апеллировать к одной и той же социальной норме и, по крайней мере, один из них вообще не может апеллировать к какой-либо социальной норме. И дело обстоит именно так, даже если они согласны друг с другом в большинстве случаев, к которым применяются или могут быть применены принимаемые ими правила. Поэтому, чтобы вооб-

ще сохранить теорию социальных норм, ее следует ослабить до такой степени, что она становится неприемлемой. Она должна применяться лишь в тех случаях, в которых — как в некоторых играх — участники считают, что если какая-то обязанность является спорной, то это вообще не обязанность. Но тогда данная теория неприменима к вопросу об обязанностях судей.

Сторонник теории социальных норм может попытаться избежать этого вывода различными способами. Прежде всего, он мог бы утверждать, что когда человек ссылается на некоторую норму в спорном случае, то его высказывание следует понимать как содержащее две части: во-первых, оно указывает на социальную норму, относительно которой существует согласие в рамках сообщества (например, ту, что взрослые мужчины не должны находиться в церкви в шляпе), а во-вторых, содержит требование о том, что эту норму *следует* распространить на спорные случаи (на младенцев в церкви). Иными словами, в отношении обращения к нормам в спорных случаях можно придерживаться той же линии, что и в случае с вегетарианцем. Однако возражение, которое я высказал при обсуждении случая с вегетарианцем, теперь можно выдвинуть, со значительно большими последствиями, в качестве общей критики всей этой теории. Люди, по крайней мере, те, которые обитают не на страницах философских текстов, обращаются к стандартам морали главным образом в спорных ситуациях. При этом они не хотят сказать, что упоминаемый ими стандарт следует применить к данному конкретному случаю, что бы это ни означало, а имеют в виду, что он действительно применяется; они не подразумевают, что людям следует иметь обязанности и нести ответственность, предписываемые данным стандартом, они полагают, что люди действительно имеют эти обязанности. Вряд ли здесь можно возразить, что все подобные требования представляют особый случай употребления понятия обязанности или паразитируют на этом употреблении; в этом случае мы свели бы применение данной теории к тривиальным случаям.

Или же теорию можно было бы попытаться защитить совершенно иначе: изменив используемое в ней понятие социальной нормы. Это можно сделать, опираясь на тот факт, что, по крайней мере, в случае конвенциональной морали часто стандартами становятся сами словесные формулировки нормы, например, «мужчины должны снимать шляпу в церкви». При таком пересмотре этого понятия социальные нормы существуют тогда, когда люди принимают определенную словесную формулировку своих обязанностей и используют эту формулировку как в качестве руководства в собственном поведении, так и для осуждения поведения других. Тогда такую норму можно назвать «неопределенной» в том смысле, что члены сообщества расходятся во мне-

ниях относительно правильного употребления какого-то одного или нескольких терминов в стандартной формулировке этой нормы, но только если при этом они единодушно считают, что спорные случаи следует разрешать, опираясь на ту или иную интерпретацию этих терминов. Такой пересмотр понятия социальной нормы давал бы ответ на мой аргумент. Прихожане принимают одну-единственную социальную норму по поводу ношения шляп, а именно, ту норму, что мужчины не должны носить шляпу в церкви. Вместе с тем, эта норма неопределенна, поскольку имеются разногласия по поводу того, применимо ли слово «мужчины» к младенцам или слово «шляпы» — к детским чепчикам.

Однако при таком пересмотре понятия социальной нормы придается слишком большое значение случайному обстоятельству, а именно тому, способны ли члены рассматриваемого сообщества воспринимать и действительно ли они воспринимают свои разногласия по поводу обязанностей как разногласия относительно истолкования каких-то ключевых слов в ставшей общепринятой словесной формулировке нормы. Прихожане способны формулировать свои разногласия именно таким образом, но отсюда не следует, что все они это делают. Словесная формулировка нормы могла бы быть другой, хотя социальные факты, на которых она основывается, оставались бы прежними. Например, люди имели бы обыкновение говорить, что только женщины могут находиться в церкви с покрытой головой; в этом случае разногласие следовало бы отнести не к вопросу о том, охватывает ли слово «женщина» «младенцев мужского пола», а к тому, является ли привычная формулировка корректным выражением нормативного правила.

Кроме того, пересмотренная таким образом теория социальных норм утратила бы значительную часть своей прежней объяснительной силы. В своем первоначальном варианте она отражала, пусть и в искаженном виде, тот важный факт, что при оправдании, по крайней мере, некоторых нормативных требований в отношении индивидуальной ответственности или долга социальная практика играет центральную роль. Но значение имеют сами данные о согласованной практике, а не случайности вербального поведения. Наши моральные нормы — это не арена для упражнений в искусстве интерпретации.

И, наконец, можно было бы сохранить первоначальное определение Хартом социальной нормы как некоторого описания единообразной практики, пойдя на иные уступки и сократив тем самым свои потери. Можно было бы отказаться от того требования, что социальные нормы когда-либо устанавливают (высший) *предел* для человеческих обязанностей, но сохранить ту идею, что они устанавливают их (низший) *порог*. Тогда можно сказать, что назначение социальных норм в морали заключается

в следующем: посредством обязанностей они очерчивают область четко установленного не только в том простом фактическом смысле, что они описывают область согласия, но и в концептуальном смысле, а именно: когда такое согласие существует, нельзя отрицать, что у членов сообщества имеются, по крайней мере, те обязанности, которые охватываются данной областью, хотя члены сообщества могут (возможно, вполне оправданно) отказываться выполнять эти обязанности. Однако даже в сфере конвенциональной морали социальная норма не означает, что у индивидов нет прав или обязанностей сверх тех, что она устанавливает. То, что социальная норма не распространяется на некоторые случаи, скажем, на младенцев в церкви, означает, что, утверждая обязанность в таких случаях, человек должен опираться на аргументы, которые не ограничиваются простой ссылкой на практику.

Если теорию социальных норм пересмотреть таким образом, она уже больше не будет служить подтверждением тезису Харта о социальной норме признания, как это делала первоначальная теория. Если у судей может быть долг каким-то определенным образом решить то или иное судебное дело несмотря на то, что никакая социальная норма не налагает на них этого долга, то утверждение Харта о том, что социальная практика объясняет судейский долг целиком, теряет силу. Однако я хотел бы указать на недостаток, который остается даже в этом, пересмотренном, варианте теории социальных норм. Утверждение о том, что социальная норма предусматривает минимальный уровень прав и обязанностей, также расходится с нашими моральными обычаями. Всеми признается (в этом даже усматривают особенность конвенциональной морали), что бессмысленные практики или практики, в принципе не совместимые с другими требованиями морали, не налагают обязанностей, хотя, конечно, если существует социальная норма, только очень немногие люди будут считать, что это положение к ней применимо. Например, если бы существовала социальная норма, предписывающая мужчинам проявлять определенную внешнюю учтивость по отношению к женщинам, большинство людей полагали бы, что женщины имеют на это право, однако некоторые лица обоего пола с этим бы не согласились, сочтя такую учтивость оскорбительной.

Этот факт относительно конвенциональной морали, игнорируемый теорией социальных норм, чрезвычайно важен, поскольку указывает на лучшее понимание связи между социальными практиками и нормативными суждениями, чем предусматривает эта теория. Действительно, нормативные суждения часто предполагают социальную практику в качестве существенного элемента их обоснования; в этом, как я отмечал, состо-

ит отличительный признак конвенциональной морали. Но теория социальных норм в неверном свете представляет эту связь. С точки зрения этой теории, социальная практика *конституирует* норму, утверждаемую в нормативном суждении; на самом же деле социальная практика позволяет *оправдать* норму, формулируемую нормативным суждением. Тот факт, что существует обычай снимать шляпу в церкви, оправдывает утверждение соответствующего нормативного правила — не потому, что этот обычай конституирует норму, которую описывает и поддерживает нормативное суждение, а потому, что этот обычай создает возможности для нанесения оскорблений и порождает ожидания, служащие хорошей основой для провозглашения обязанности или соответствующего нормативного правила снимать шляпу в церкви.

Теория социальных норм терпит неудачу, ибо в ней принимается, что практика должна обладать тем же самым *содержанием*, что и норма, которую ради нее утверждает отдельный человек. Однако если просто допустить, что практика может оправдывать какую-то норму, то получившая таким образом оправдание норма хотя и может иметь то же самое содержание, но это вовсе не обязательно: ее содержание может быть как более узким, так и более широким по сравнению с самой практикой. Если с этой точки зрения взглянуть на взаимоотношение между социальной практикой и нормативными утверждениями, то можно превосходно понять, что же именно стремится объяснить теория социальных норм. Если кто-то считает какую-то социальную практику бессмысленной, нелепой или оскорбительной, он может полагать, что она даже в принципе не служит оправданием для утверждения каких-либо обязанностей или нормативных правил поведения. И в этом случае он не будет говорить, что она налагает на него обязанность, которую он отвергает; он скажет, что вопреки мнению других она вообще не налагает никаких обязанностей.

Кроме того, если в сообществе имеется определенная практика, например, обычай снимать шляпу в церкви, то скорее всего — и в этом нет ничего удивительного — его члены будут провозглашать разные нормативные правила, каждое из которых якобы оправдывается этим обычаем. Они будут расходиться по вопросу о том, необходимо ли с младенцев снимать чепчики, поскольку у них будет разное представление о том, оправдывает ли наличие этого обычая утверждение этой обязанности. Одни из них могут считать, что оправдывает, ибо, по их мнению, в целом этот обычай устанавливает, какой вид оскорбления или неуважения можно ожидать со стороны родителей младенцев. Другие, по разным причинам, могут с этим не соглашаться. Конечно, даже в этом тривиальном случае они

будут воспринимать свой спор как спор о том, чего требует данная «норма» в отношении головных уборов в церкви. Однако они ссылаются не на норму, конституированную общим поведением, то есть не на социальную норму, а на норму, оправдываемую общим поведением, то есть на нормативное правило. Они спорят как раз о том, чем является эта норма.

Возможно, судейский долг представляет собой пример конвенциональной морали. Отсюда не следует, что какая-то социальная норма устанавливает (верхний) предел или хотя бы (нижний) порог этого долга. Когда судьи ссылаются, например, на ту норму, что они должны подчиняться постановлениям законодательной власти, они могут обращаться к некоторому нормативному правилу, оправдываемому какой-то социальной практикой, и они могут расходиться во мнениях относительно точного содержания этого нормативного правила, причем это не будет расхождением только по поводу поведения других судей. Позитивист может быть прав, но он должен представить доводы, не основывающиеся на том упрощенном методе, который предусматривает теория социальных норм.

2. Действительно ли между мной и Хартом есть разногласия?

Было высказано предположение о том, что мои расхождения с позитивизмом — по крайней мере, в той его форме, которая была представлена Хартом, — в действительности не столь велики, как я утверждал. Возможно, я показал, что при разумном истолковании права в него включаются как нормы, так и принципы. Однако в теории Харта ничто, по-видимому, не противоречит этому. Действительно, он говорит только о нормах, однако он не определяет «норму» столь узко, как это сделал я в главе 2, поэтому когда он говорит о нормах, это можно понять как относящееся и к принципам, и к нормам в более узком смысле этого слова. Возможно, я показал, что если к праву следует относить не только правовые нормы, но и принципы, то любой фундаментальный критерий права должен быть более сложным, чем те примеры, которые приводит Харт в качестве образцов своей нормы признания. Но и Харт говорит о том, что норма признания может быть сложной, что она может включать в себя разные критерии, упорядоченные иерархическим образом. Его простые примеры (скажем, право есть то, что постановила королева в парламенте) — это не более чем примеры.

В таком случае в чем мы расходимся? Действительно, в главе 2 по-видимому отвергается тезис Харта о том, что в каждой

правовой системе имеется фундаментальный критерий права в виде некоторой нормы признания. Но, как указал профессор Сарториус, я не могу на самом деле считать, что может существовать правовая система, в которой отсутствует фундаментальный критерий выделения правовых норм и принципов¹. Отчасти моя аргументация заключалась в том, что одни принципы должны рассматриваться как право и, следовательно, должны фигурировать в судебных обоснованиях, тогда как другие принципы не могут этого делать. Но если это так, то должен существовать какой-то критерий, позволяющий отличить первые от вторых. Поэтому мое утверждение о том, что не существует такой фундаментальной нормы, следует понимать только в том смысле, что фундаментальный критерий должен быть слишком сложным для того, чтобы его можно было выразить в простой норме. Однако Харт никогда не утверждал, что фундаментальная норма должна быть простой, поэтому в этом пункте расхождение между нами невелико.

Так формулируется первое из возражений, которые я хотел бы рассмотреть. Во время написания главы 2 я полагал, что тезис позитивистов о том, что в каждой правовой системе существует фундаментальный критерий права, достаточно ясен и нуждается лишь в небольшом уточнении. Мне казалось, что все недоразумения можно устранить, если обратиться к более тщательной формулировке этого тезиса профессором Хартом. Указанное возражение убеждает меня в том, что я ошибался, и теперь я попытаюсь исправить эту ошибку с помощью более ясной формулировки утверждения позитивистов и демонстрации того, насколько она отличается от моих утверждений.

Я начну с формулировки трех разных тезисов, каждый из которых связан с идеей фундаментального критерия права. При этом я буду пользоваться введенным в последнем разделе различием между описанием социального поведения посредством понятия социальной нормы, с одной стороны, и провозглашением некоторой нормативной позиции посредством понятия нормативного правила, с другой, (i) Первый тезис гласит, что если нация имеет развитую правовую систему, то в сообществе ее судей и юристов принимается некоторая *социальная* норма или множество таких норм, устанавливающих границы, в которых судьи обязаны признавать в качестве права любую другую норму или принцип. Этот тезис был бы справедлив, например, для Англии, если бы английские судьи — как целостная группа — при определении юридических прав и обязанностей признавали своим долгом учитывать только нормы и принципы, провозглашенные в постановлениях парла-

¹ Sartorius. Op. cit. P. 155.

мента, сформулированные в судебных решениях или установленные в силу давно существующего обычая, и при этом — как целостная группа — признавали бы, что они не обязаны принимать во внимание ничего другого. Харт выдвигает этот первый тезис. По сути, его теорию о том, что в каждой правовой системе существует социальная норма признания, можно считать его чрезвычайно важным вкладом в позитивистскую традицию. (ii) Согласно второму тезису, в каждой правовой системе подлинным стандартом, используемым судьями при выделении более конкретных норм и принципов в качестве права, является какое-то конкретное *нормативное* правило, принцип или их сложная совокупность. Тот, кто принимает этот второй тезис, мог бы считать, например, что в Англии судьи обязаны признавать правом только законодательные акты парламента, прецеденты и очевидные обычаи, независимо от того, действительно ли они руководствуются этим при вынесении своих решений или нет. (iii) Третий тезис говорит о том, что в каждой правовой системе большая часть судей принимает *какое-то* нормативное правило или некую теорию, вменяющие им в обязанность считать другие стандарты правовыми. Из этого тезиса следует, что если бы, например, кто-то изучил образцы решений разных английских судей, он обнаружил бы, что каждый из судей, более или менее осознанно, следует какой-то конкретной норме, указывающей на определенный исключительный источник права, или руководствуется более сложной теорией, устанавливающей, как выявлять право. Из этого тезиса не следует, хотя и может быть верным, что основная масса английских судей руководствуется *одной и той же* нормой или теорией; если бы это было так, то в отношении Англии был бы истинен, по крайней мере, также и первый тезис, но не наоборот.

Расхождение между Хартом и мной относится к первому из этих трех тезисов. Он защищает этот тезис, я же его отрицаю. Вопрос важен, ибо от его решения зависит судьба той ортодоксальной идеи, что в принципе правовые стандарты можно отличать — в качестве некоторой совокупности — от моральных или политических стандартов. Если первый тезис верен, то в каждой правовой системе существует некоторый общепринятый критерий права, скажем, в виде социальной нормы, и его достаточно, чтобы отличить правовые нормы от моральных норм и принципов. Но если первый тезис ложен, такого критерия не существует.

Второй и третий тезис могут быть здравыми, но этого недостаточно. Допустим, я принимаю нормативную теорию права, предполагаемую вторым тезисом. Если мою теорию больше никто не разделяет, она будет включать в себя спорные поло-

жения, например, она может содержать спорную теорию прецедента, утверждающую, что суды должны придавать больший вес недавним, а не устаревшим прецедентам. Мне потребовалось бы подкрепить свое утверждение о том, что при таком понимании прецедента правильно истолковывается долг судей, а для этого мне потребовалось бы разработать еще одну теорию относительно смысла и ценности института прецедента. Мое обоснование этой дополнительной теории безусловно зависело бы от спорных принципов политической морали, например, от принципов, определяющих надлежащее место судебной власти при демократии. Как раз такого рода зависимость позитивизм склонен отрицать в наибольшей мере.

Проведенные мной различия между этими тремя тезисами показывают, почему возражение Сарториуса бьет мимо цели. По его мнению, если я признаю, что судьи обязаны использовать какие-то одни принципы, а не другие, или приписывать некоторому принципу такой-то вес, а не какой-то другой, то отсюда следует, будто я сам придерживаюсь той идеи, что существует фундаментальный критерий права. В действительности, отсюда следует лишь, что я придерживаюсь некоторого варианта второго тезиса, то есть я считаю, что можно привести убедительные доводы в поддержку одной из теорий относительно того, как судьи должны выносить решения в сложных случаях. Но отсюда не вытекает, будто я должен принимать первый тезис, согласно которому судьи признают некоторую социальную норму, разрешающую этот вопрос. Это тезис Харта, но не мой тезис (и не должен быть моим).

Правда, одна особенность теории Харта наводит на мысль, что я приписываю ему слишком жесткую позицию. Он не забывает отметить, что в некоторых случаях социальная норма признания может быть неопределенной и не всегда позволяет решить вопрос о том, что считать правом¹. Достаточно, если такая норма позволяет решить большую часть подобных вопросов. Он приводит следующий пример. Несомненно, говорит он, что по крайней мере отчасти норма признания в Англии состоит в том, что всякое постановление парламента есть право. Тем не менее, остается неясным, полномочен ли нынешний парламент что-то вменять в обязанность будущим составам парламента, например, может ли он принять некоторую конкретную норму права и затем постановить, что ее и это посягающее на права парламента постановление последний не может отменить иначе, как большинством в две трети голосов. Если такое случилось бы, судьи вполне могли бы разойтись во мнениях по поводу тех правовых последствий, которые имела бы

¹ *Hart. Op. cit.* P. 144.

попытка будущего состава парламента отменить эти нормы простым большинством голосов. Если бы судьи разделились по этому поводу, то это свидетельствовало бы о том, что в этом вопросе норма признания неопределенна. Разрешить этот вопрос и уточнить норму признания можно было бы лишь в том случае, если бы какой-либо суд вынес то или иное решение и если бы он обладал достаточной политической властью, чтобы закрепить это свое решение.

Поэтому Харт, видимо, не придерживается той идеи, что в каждой правовой системе существует некая социальная норма, позволяющая разрешать все вопросы относительно того, какие стандарты считать правом. Для обоснования первого тезиса, мог бы сказать он, достаточно, чтобы социальная норма трактовалась как *определяющая* все решения относительно права, хотя она и не является настолько точной, чтобы устранять все спорные вопросы. Он мог бы к тому же добавить, что когда судьи действительно расходятся во мнениях (как в приведенном выше примере с английским парламентом или как в моем собственном примере о том, какое значение следует придавать более давним прецедентам), они выявляют некоторую неопределенность в социальной норме, которая в большинстве случаев вполне определена.

Однако уточнение Харта о том, что в каких-то отдельных вопросах норма признания может быть неопределенной, не делает его теорию более гибкой и совершенной. Напротив, как я покажу в последнем разделе, это уточнение разрушает его теорию. То, как Харт употребляет понятие социальной нормы, просто не согласуется с тем утверждением, что социальная норма может быть неопределенной в том смысле, который он имеет в виду. Допустим, судьи действительно расходятся во мнениях по вопросу о том, как им следует поступить, если следующий состав парламента попытается отменить посягающую на его права норму, в этом случае нет неопределенности в том, обуславливает ли их решение какая-либо социальная норма; напротив, вполне определенно, что нет. Этот пример показывает лишь, что утверждение о существовании в Англии социальной нормы, предписывающей судьям считать всякое постановление парламента правом, строго говоря, неточно, хотя для большинства случаев оно является достаточно точным.

Можно было бы более точно сформулировать позицию, использующую данное понятие социальной нормы. Существует социальная норма, предписывающей судьям считать всякое постановление парламента правом, за исключением тех законов, которые что-то вменяют в обязанность будущим составам парламента. Не существует социальной нормы в отношении того, может ли нынешний парламент что-то вменять в обязанность

последующим составам парламента; по этому вопросу судьи расходятся во мнениях. Одни считают, что он может это делать и что, следовательно, их долг — не признавать правом любую отмену посягающей на права парламента нормы. Другие полагают, что парламент не может этого делать и, следовательно, они обязаны признавать отмену этой нормы в качестве права. (Это упрощенное представление не учитывает более сложных позиций, которые на самом деле могут занимать судьи.)

Однако при таком подходе, конечно же, не исключаются контрпримеры в отношении первого тезиса, согласно которому всегда существует некая социальная норма, устанавливающая необходимые и достаточные условия для того, что именно судьи обязаны считать правом. Если бы такие расхождения среди судей ограничивались только редкими экстраординарными случаями, например, посягающими на права парламента постановлениями, то таких контрпримеров было бы немного и они не создавали бы реальных затруднений для первого тезиса. Если же, как я предполагаю, расхождения такого рода среди судей весьма часты и их можно обнаружить всякий раз, когда апелляционные суды рассматривают сложные или спорные дела, то выявленный общий недостаток является фатальным для данного аргумента.

Теперь кто-то мог бы сказать, что я слишком буквально воспринимаю утверждение Харта о том, что норма признания представляет собой социальную норму, конституируемую общим поведением членов конкретного сообщества, такого, как сообщество судей и других государственных чиновников. Он мог бы пересмотреть это строгое понятие тем способом, который я указал в последнем разделе, заявив, что норма признания существует в качестве социальной нормы, если судьи принимают некоторую словесную формулировку их долга, например, такую: «Всякое постановление парламента есть право». Тогда Харт может сказать, что социальная норма признания существует, хотя она неопределенна, когда члены сообщества расходятся во мнениях относительно правильного применения словесной формулировки к конкретным случаям. Таким образом, норма признания, гласящая, что всякое постановление парламента является правом, существует как социальных факт, однако она неопределенна в той мере, в которой судьи расходятся во мнениях относительно конкретных случаев, например, относительно постановлений, посягающих на права парламента.

Но, как я уже говорил, такой пересмотр понятия придает слишком большое значение лингвистическим и историческим случайностям. Рассматриваемый пример подтверждает это. Может войти в привычку говорить, что всякое постановление

парламента есть право. Но расхождение по поводу посягающих на права парламента постановлений едва ли можно выразить как расхождение по поводу правильной интерпретации терминов, входящих в эту общепринятую формулировку. Никто не сказал бы, что спор идет о значении слова «всякий» или о том, какой смысл имеет слово «постановление». Нельзя и большую часть тех прозаических и многочисленных споров, которые имею в виду я (например, расхождение по поводу того, какой вес следует придавать более давним прецедентам), описать как расхождение в отношении смысла терминов в некоторых принятых словесных формулировках.

Кто-то мог бы выдвинуть иное возражение против моего довода. Он мог бы вспомнить о различии, введенном мной в последнем разделе, — между утверждениями о том, что судьям следует делать, и утверждениями о том, что они обязаны делать. Первый тезис не означает, что всегда существует социальная норма, предписывающая, что *следует* делать судьям в спорных случаях, подобных посягательству на права парламента. Согласно первому тезису социальная норма лишь устанавливает, что судьям *необходимо* делать в таких случаях, то есть она устанавливает (высший) предел их обязанностей. Если судьи расходятся во мнениях относительно того, проводить ли в жизнь законодательный акт, отменяющий посягающую на права парламента норму, то — согласно этому возражению — сам факт такого расхождения показывал бы, что у судей нет долга принимать какое-то определенное решение. Вопрос оставляется на их усмотрение до тех пор, пока какой-либо суд, приняв определенное решение, своим авторитетом не побудит других судей признать это решение как создающее обязанность.

Если бы дело обстояло таким образом, то первый тезис не затрагивался бы моим аргументом. Но почему мы должны предполагать, что дело обстоит именно так? Данное возражение основывается на определенном допущении из философии морали, а именно что обязанности в принципе не могут быть спорными. Оно предполагает, что если неясно, в чем заключается долг судьи, и нет согласия по поводу того, какие дополнительные данные позволили бы решить этот вопрос, то у судьи вообще нет никакого долга и можно говорить лишь о том, что ему следует делать. Однако это допущение по меньшей мере сомнительно. Оно не согласуется с нашим употреблением понятия обязанности в моральных рассуждениях. Вегетарианец может не согласиться с тем, что наши обязанности ограничиваются теми обязанностями, которые являются бесспорными или которые можно доказать. Данное возражение не согласуется даже с тем, как трактуют вопрос юридических обязанностей законоведы. Например, в споре по поводу посягающей на

права парламента нормы общей основой для оппонентов является убеждение в том, что в решении этого вопроса судьи не вольны полагаться на свое усмотрение. Тот, кто считает, что парламент действительно полномочен что-то вменить в обязанность последующим составам парламента, убежден, что судьи не имеют права признавать законными последующие попытки отменить эти постановления. Тот же, кто считает, что у парламента нет такой власти, убежден, что долг судей — признать последующие отмены этих постановлений. Конечно, некоторые судьи могут быть неуверены в этом. Но эта их неуверенность касается понимания их обязанностей, а не существования самих этих обязанностей. Конечно, если бы был верен сильный вариант теории социальных норм, то описанное мною допущение было бы справедливым. Но поскольку этот вариант теории ложен, для данного допущения нужно найти какое-то другое подтверждение, а найти его, как мне представляется, невозможно.

Надеюсь, никто не станет утверждать, что в такого рода случаях судьи расходятся во мнениях относительно политического или морального долга, который они, как судьи, имеют, а не по поводу их юридического долга. Это различие имеет единственное основание, которое в данном контексте просто означало бы логический круг в рассуждении. Первый из перечисленных мной тезисов призван объяснить различие, проводимое позитивистами между юридическими и всеми другими обязанностями, и поэтому он не может предполагать этого различия. Харт сам говорит о том, что фундаментальная норма признания является правовой нормой только в том смысле, в котором стандартный метр в Париже имеет длину в один метр¹. Если судьи обязаны проводить в жизнь посягающие на права парламента постановления, то это должно быть их юридической обязанностью именно в этом смысле. Вопросы же терминологии здесь не при чем. Если долгом судьи может быть использование какой-то нормы или принципы при определении того, чего требует закон, хотя этот долг не предусматривается никакой социальной нормой, то первый тезис ошибочен, как бы мы ни описали этот долг.

3. Образует ли «институциональное подтверждение» норму признания?

В главе 2 я говорил о том, что принципы, подобные тому, который гласит, что никто не может извлекать выгоду из со-

¹ Hart. P. 106.

вершенного им правонарушения, нельзя подвести под какую-либо простую норму признания, например, под ту, что всякое постановление парламента есть право. У позитивиста, отмечал я, есть выбор. Он может утверждать, что эти принципы не являются частью права, поскольку судьи не обязаны принимать их во внимание и если делают это, то по своему усмотрению. Или же он может признать, что эти принципы являются частью права, и тогда ему нужно показать, как можно сформулировать более сложную социальную норму признания, которая охватит и эти принципы. Конечно, позитивист мог бы соединить эти две стратегии: он мог бы утверждать, что более сложная норма признания охватывает некоторые из тех принципов, на которые ссылаются судьи, а затем добавить, что кроме них судьи не обязаны руководствоваться никакими другими принципами.

Именно так стремится соединить эти две стратегии д-р Рэз. Он основывается, главным образом, на том аргументе (который я рассмотрю в следующем разделе), что судьи по собственному усмотрению могут, но не обязаны, применять определенные принципы. Однако он считает, что по крайней мере некоторые принципы судьи обязаны принимать во внимание и что именно эти принципы можно подвести под нечто вроде социальной нормы признания, и использует в этих целях понятие «судебного обычая»¹. Допустим, что многие судьи в течение какого-то периода времени действительно ссылаются на какой-то конкретный принцип как на принцип, который следует учитывать. Тогда сама практика, утверждает он, конституировала бы отдельную социальную норму, и эта норма вместе с общепринятыми нормами признания, которые имеет в виду Харт, вошла бы в совокупность (пучок) социальных норм, совместно образующих критерий права.

Однако понятие судебного обычая по двум причинам не может как-то значительно продвинуть вперед эту аргументацию. Во-первых, немалая часть принципов и стратегий, на которые ссылаются судьи, вызывает разногласия, по крайней мере, в отношении их весомости; например, в деле «Риггс против Палмера»² много разногласий и споров породил вопрос о весомости того принципа, что никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения. Во-вторых, в очень многих случаях судьи апеллируют к таким принципам, которые вообще никогда не были связаны с каким-либо существующим судебным обычаем, что подтверждается приведенными мной примерами из решения по делу Геннингсена. В этом ре-

¹ Raz. P. 852. Кэррио (*Carrio*. P. 25) использует то же понятие и термин.

² *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889).

шении встречаются принципы, которые никогда ранее не формулировались, как, например, тот принцип, что производители автомобилей несут особую ответственность перед обществом.

Поэтому понятие судебного обычая Рэза не позволило бы выделить многие принципы, которые, как считают судьи, они должны принимать во внимание. Следовательно, нам нужно более внимательно проанализировать его утверждение о том, что судьи фактически не обязаны проводить в жизнь принципы, не связанные с подобным судебным обычаем. Однако сначала я хочу рассмотреть иную и более сложную идею: каким образом можно изменить понятие социальной нормы признания, чтобы оно охватывало как нормы, так и принципы?

Профессор Сарториус, как и я, отвергает ту идею, что когда в сложных случаях судьи апеллируют к принципам, они принимают решение по собственному усмотрению¹. Следовательно, если он принимает первый из перечисленных мной тезисов, он должен описать вид социальной нормы, которая, по сути, охватывает все эти принципы или, по крайней мере, предусматривает их. Именно это он и пытается сделать, предлагая использовать против меня мой же собственный аргумент. Он признает, что разработка фундаментального критерия права потребовала бы чрезвычайно много усилий, однако считает это в принципе возможным. Он полагает, далее, что стержнем любого такого окончательного критерия должно стать понятие «институционального подтверждения», которое я разработал в главе 2. В подкрепление своей позиции он цитирует следующий отрывок из этой главы:

«Если бы у нас потребовали подкрепить наше утверждение о том, что какой-то принцип является правовым принципом, мы сослались бы на какие-либо предыдущие судебные дела, когда этот принцип был упомянут или использован в обосновании судебного решения. Мы также указали бы какой-либо законодательный акт, который, видимо, служит иллюстрацией этого принципа (еще лучше, если бы этот принцип был упомянут в преамбуле к законодательному акту, в докладе парламентской комиссии или в каких-то других законодательных документах). Если бы мы не смогли найти такого институционального подтверждения, нам, вероятно, не удалось бы обосновать свое решение, а чем больше мы обнаружим таких подтверждений, тем больший вес мы сможем приписать данному принципу»².

Конечно, профессор Сарториус хотел бы более подробно развить это учение об институциональном подтверждении. Сам

¹ *Sartorius*. P. 155.

² *Ibid*. P. 156, моя глава 2, с. 67.

я сделал бы это следующим образом¹, и, как показывает статья профессора Сарториуса, он мог бы принять это мое уточнение. Допустим, к примеру, что мы собрали воедино все нормы, которые несомненно являются действительными правовыми нормами в каком-то американском штате, и добавили к ним все сформулированные в явном виде нормы, которые касаются правомочности судов данного штата и на основе которых мы утверждаем, что нормы первого множества имеют силу в данной юрисдикции. Тогда мы получили бы внушительную совокупность юридических материалов. Затем мы могли бы спросить, какое множество взятых вместе принципов было бы необходимо для того, чтобы *оправдать* принятие перечисленных явных правовых и институциональных норм. Допустим, что каждый судья и законовед этого штата разработал бы «теорию права», которая описывала бы это множество принципов и каждому из них приписывала бы его относительный вес. (Я отвлекаюсь от того факта, что даже для начала такой работы не хватило бы всей жизни.) Каждый из них мог бы тогда утверждать, что именно его множество принципов следует считать принципами данной правовой системы.

Критерий права, к которому подводит этот рассказ, можно было бы сформулировать следующим образом: некоторый принцип является правовым, если он фигурирует в самой разумной теории права, которая предложена в качестве оправдания сформулированных в явном виде материальных и институциональных норм, действующих в рассматриваемой юрисдикции. Вероятно, Сарториус подразумевает именно такого рода критерий, когда говорит, что «хотя это, возможно, далеко уводит от позитивизма Харта, но вместе с тем согласуется с фундаментальным позитивистским принципом, сформулированным Дворкиным, а именно с тем принципом, что «право, принятое в обществе, можно выделить посредством особых критериев, относящихся не к содержанию, а к... *происхождению...*»².

Здесь необходимы некоторые пояснения. Сарториус не может иметь в виду, что теория права любого отдельного законоведа обеспечивает *социальную* норму признания. Если бы я разработал какую-то теорию права для определенной юрисдикции, я вполне мог бы считать ее нормативной теорией судебного долга в духе *второго* из выделенных мной тезисов. Если бы почти каждый судья, работающий в суде определенной юрисдикции, имел подобную теорию, то применительно к этой юрисдикции

² Sartorius. P. 156, цитата взята из моей главы 2, с. 37.

был бы верен *третий* тезис. Но теория любого из этих судей в той или иной степени отличалась бы от теорий других судей. Это различие касалось бы как некоторых выдвигаемых им принципов, так и приписываемого веса одним и тем же принципам. Все эти различия означают, что теорию отдельного законоведа саму по себе нельзя считать той сложной социальной нормой, которая предполагается *первым* тезисом.

Поэтому Сарториус должен признать, что отнюдь не любая теория отдельных законоведов обеспечивает социальную норму признания, а скорее *сам* критерий институционального подтверждения является такой социальной нормой. Иными словами, он мог бы сказать, что социальная норма признания как раз и есть та норма, которая предписывает применять принцип как правовой, если он входит в самую разумную теорию права, и применять его с учетом того веса, который ему приписывает данная теория. С этой точки зрения, разные теории права, предлагаемые разными законоведами, являются просто разными ответами на вопрос, каким образом следует применять эту социальную норму в конкретных случаях.

Однако я не представляю, как можно излагать вопрос подобным образом и одновременно сохранять ту идею, что институциональное подтверждение обеспечивает «особый критерий» «происхождения», а не «содержания». Понятие правовой теории, как я его охарактеризовал, не предполагает, что принципы и стратегии позволяют объяснить установленные нормы так, как их может объяснить историк права — устанавливая мотивы тех, кто принимал эти нормы, или привлекая внимание к тем группам давления, которые оказали влияние на их принятие. Если теория права призвана обеспечить основу для судебного долга, то провозглашаемые ею принципы должны *оправдывать* установленные нормы, указывая политические и морально-этические интересы и традиции общества, которые, по мнению создателя теории, действительно служат подтверждением этих норм. В процессе такого оправдания законовед должен очень глубоко вникнуть в теорию политики и морали, прежде чем он достигнет состояния, когда он сможет точно сказать, что для решения вопроса о том, какое из двух разных оправданий наших политических институтов лучше, существует какой-то «критерий» «происхождения».

Это иллюстрируется простым примером, приведенным мной выше. Если я расхожусь во мнениях с другим законоведом по поводу того, какой относительный вес следует приписывать более давним прецедентам, то я буду настаивать на такой теории права, которая в вопросе прецедентов будет подтверждать мои доводы. Я мог бы сказать, что доктрина о прецеденте обеспечивает равное по отношению к закону рас-

смотрение судебных дел и что простота рассмотрения становится менее важной и даже вносит искажения по мере того, как увеличивается промежуток времени между двумя случаями. Мой оппонент мог бы ответить, что смысл прецедента состоит в обеспечении не столько равенства, сколько предсказуемости решения, а это лучше всего достигается, когда мы игнорируем сроки давности прецедентов. Каждый из нас будет ссылаться на те статьи в судебных решениях, которые подтверждают его позицию. Если бы кому-то из нас не удалось обнаружить ни одной такой статьи, то, как я отметил в процитированном отрывке, его позиция была бы слабой. Однако выбор между нашими точками зрения будет зависеть не только от числа найденных подтверждающих материалов. Он будет также зависеть от моральных доводов, которые я смогу привести в пользу предполагаемого мной долга судей обеспечивать равное рассмотрение дел, поскольку тезис о том, что этот долг служит оправданием прецедента, предполагает существование такого долга.

Я вовсе не хочу сказать, что нельзя найти оснований для выбора в пользу той или иной теории права. Напротив, поскольку я отвергаю учение о судебном усмотрении, анализируемое в следующем разделе, я допускаю, что *можно* привести убедительные доводы, доказывающие превосходство одной теории перед другой. Однако эти доводы должны касаться вопросов нормативной политической теории, например, вопроса о природе долга общества обеспечивать равенство, а эти вопросы выходят далеко за рамки позитивистской концепции о том, какие соображения уместны и в каких пределах при определении, что такое право. Критерий институционального подтверждения не обеспечивает никакого автоматического, исторического или нейтрального, с моральной точки зрения, основания для выделения самой разумной теории права. По сути, он даже не позволяет отдельному законоведоу провести границу между правовыми и более общими моральными или политическими принципами, которых он придерживается. Его теория права, как правило, будет включать в себя почти всю совокупность его политических и моральных принципов. Трудно указать какой-либо принцип общественной или политической морали, признаваемый им лично и распространенный в его сообществе (если только этот принцип не исключается по конституционным соображениям), который не нашел бы места и которому не был бы приписан определенный вес в тщательно продуманной схеме оправдания свода законов. Поэтому позитивист может принять институциональное подтверждение в качестве основополагающего критерия права только ценой отказа от всех остальных своих убеждений.

Отсюда для теории права вытекают серьезные следствия. Юриспруденция ставит вопрос: что такое право? Большинство представителей философии права пытались ответить на этот вопрос, выделяя *стандарты*, которые надлежит использовать для обоснования юридических прав и обязанностей. Но если такого единственного перечня стандартов составить невозможно, то следует найти другой способ отличать юридические права и обязанности от прав и обязанностей иного рода.

4. Должны ли судьи решать по собственному усмотрению?

Теперь мне предстоит еще раз обратиться ко второй из двух стратегий позитивизма, указанных мной в начале предыдущего раздела. Ее выражает тот довод, что когда судьи расходятся по принципиальным вопросам, их расхождение относится не к тому, чего требует закон, а к тому, как им следует решать по собственному усмотрению. Иначе говоря, они спорят не о том, какого решения от них требует их долг, а о том, как им следует, учитывая все обстоятельства, выносить решение при условии, что их долг не требует от них какого-то определенного решения.

В своей первой статье я попытался показать, что в основе этой стратегии лежит некоторая двусмысленность, связанная с понятием решения по собственному усмотрению. Рассуждая о долге, мы употребляем понятие решения по собственному усмотрению в трех разных смыслах. Во-первых, мы говорим, что человек решает по собственному усмотрению в том случае, когда его долг определяется такими стандартами, которые разумный человек может интерпретировать по-разному. Например, сержант решает по собственному усмотрению, если ему приказано взять для патрулирования пять наиболее опытных солдат. Во-вторых, мы говорим, что человек решает по собственному усмотрению, если его решение является окончательным в том смысле, что никакая более высокая инстанция не может пересмотреть или отменить это решение. Например, решение о том, находится ли игрок в положении вне игры, оставляется на усмотрение судьи на линии. В-третьих, мы говорим, что человек решает по собственному усмотрению, когда множество стандартов, налагающих на него обязанности, фактически не имеют целью навязать ему какое-то определенное решение. Например, по условиям арендного договора арендатору предоставляется возможность самому решать вопрос о продлении договора.

Очевидно, что если никакая социальная норма не требует однозначным образом принятия какого-то определенного су-

дебного решения и если юристы расходятся во мнениях относительно того, какое решение необходимо принять, то судьи будут решать по собственному усмотрению в первом смысле, поскольку должны будут проявить инициативу и рассудительность, а не просто применить установленную норму. Ясно также, что если эти судьи входят в высший апелляционный суд, они будут решать по собственному усмотрению во втором смысле. Однако, если только мы не принимаем теорию социальных норм в ее наиболее сильном варианте, согласно которому обязанности и ответственность могут быть созданы только социальными нормами, то отсюда еще не следует, что эти судьи будут решать по своему усмотрению в третьем смысле. Судья может решать по собственному усмотрению и в первом, и во втором смыслах и, тем не менее, вполне оправданно будет рассматривать свое решение как сопряженное с вопросом о его обязанностях судьи, с вопросом, который он должен решить, размышляя над тем, что требуют от него различные относящиеся, по его мнению, к делу соображения. Если так, то этот судья не решает по собственному усмотрению в третьем смысле, хотя именно этот смысл нужно обосновать позитивисту, если он хочет показать, что долг судьи определяется исключительно окончательной социальной нормой или множеством социальных норм.

Рэза не убедили мои доводы¹. Он воспроизводит мое различие трех смыслов решения по собственному усмотрению, но, воспроизведя его, тем не менее игнорирует. По-видимому, он полагает, что я намеревался утверждать следующее, (i) Судьи не принимают решение по собственному усмотрению в каком-то конкретном случае, когда все они согласны, что определяющую роль в этом случае играет некоторое множество принципов. (ii) Иногда это согласие имеет место, даже если никакая правовая норма не решает дела. (iii) Следовательно, если никакая норма не решает дела, судьи ни в каких случаях не решают по собственному усмотрению.

Этот аргумент ошибочен и, к счастью, он не мой. Иногда судьи единодушны по поводу какого-то множества принципов. Но даже когда они расходятся во мнениях по вопросу о принципах, они иногда рассматривают этот вопрос как вопрос об ответственности судей, т. е. как вопрос о том, что они, как судьи, обязаны делать. В этом случае они решают по собственному усмотрению в первом смысле, хотя это здесь неважно. Тем не менее, они не считают, что решают по собственному усмотрению в третьем смысле, а именно это является существенным.

¹ Raz. P. 843 и далее. См.: *MacCallum*. Loc. cit.

Почему Рэз игнорирует проводимое мной различие? Он предполагает, что любой правовой системе присущи особенности, приводящие к такому следствию: если судьи решают по собственному усмотрению в первом смысле, поскольку никакая социальная норма прямо или косвенно не предписывает результата, к которому они должны прийти, то они должны также решать по собственному усмотрению в третьем смысле; стало быть, их решение не может быть предметом их судейского долга. Судьи могут заблуждаться относительно этого и ошибочно говорить в этом случае о своем долге. Однако мы не должны, говорит Рэз, увековечивать ошибки только потому, что они широко распространены. Все же необходимо показать, что это именно ошибки, а Рэз этого не делает. Какие аргументы он мог бы привести?

Склонность Рэза истолковывать решение по своему усмотрению в первом смысле как решение по своему усмотрению в третьем смысле чрезвычайно распространена среди философов права¹. Следует попытаться выяснить ее источник. Когда судья стоит перед трудным решением, прежде чем начать свое исследование, он должен предполагать, что в принципе существуют три возможности. Множество стандартов, которые он должен учесть, вместе взятые, требуют от него или вынести решение в пользу истца, или вынести решение в пользу ответчика, или не требуют никакого решения, но допускают одно из первых двух решений. Он должен также осознавать, что может не быть полностью уверенным в том, какая из этих трех возможностей действительно правильна. В этом случае он должен принимать решение, опираясь на доводы, которые представляются ему наиболее сильными. Однако эта неуверенность может относиться не только к первым двум, но и к третьей возможности. Закон мог бы предоставить ему право по своему усмотрению (в третьем смысле) принять первое или второе решение, но это зависит от того, в чем состоят, взятые вместе, материалы дела, и судья может быть неуверен, оправдывают ли материалы дела как *это* третье решение, так и первые два.

По-видимому, Рэз полагает, что если неясно, осуществляется ли первая или вторая возможности, отсюда следует, что осуществляется третья. Иначе говоря, по его мнению, если судья не уверен, должен ли он вынести решение в пользу истца или ответчика, то ему следует быть уверенным в том, что он может решать по своему усмотрению в пользу любой стороны. Я могу представить себе лишь два довода в поддержку этого необычного вывода.

Первый довод опирается на предположение из философии морали, упомянутое мной выше и гласящее, что обязанности в

¹ Она присуща авторам всех статей, указанных в прим. 2, с. 74.

принципе не могут быть спорными. Рэз принимает это предположение, поскольку из того факта, что судьи могут расходиться во мнениях по поводу принципов и, в частности, по поводу их весомости, он делает вывод о том, что судьи должны решать по своему усмотрению в том смысле, который я отрицаю. Если не принимать подобное предположение, то вывод содержит ошибку «поп sequitur» («не следует»). Но у нас нет оснований считать это предположение верным, если мы отвергаем сильный вариант теории социальных норм.

Второй довод опирается на иное предположение, а именно на предположение о том, что в каждой правовой системе имеется некая норма решения, которая четко устанавливает, что судьи в сложных случаях решают по собственному усмотрению. Некоторые правовые системы могут содержать такую норму. Однако в английской и американской системах ее нет. Ее нет в явном виде и, с чем согласен Рэз, поведение судей показывает, что и неявно они не признают такого рода нормы.

Напротив, для нас положение о том, что судьи по собственному усмотрению (в третьем смысле) выносят решение по тому или иному вопросу, должно быть обосновано взвешенными аргументами, а не просто принято без доказательств. Иногда судьи приходят к такому выводу, например, когда выносят приговор по статье уголовного кодекса, которая предусматривает максимальное и минимальное наказание, или когда на основе права справедливости освобождают от ответственности в рамках общей юрисдикции суда справедливости. В таких случаях судьи убеждены, что ни у кого нет права на какое-то конкретное решение, и они видят свою задачу в том, чтобы выбрать наилучшее решение с учетом всех обстоятельств. В этих случаях они говорят не о том, что они должны делать, а о том, что им следует делать. Однако в большей части сложных случаев судьи занимают иную позицию, как я указывал. Свои расхождения во мнениях они выражают как расхождения по поводу стандартов, которые они обязаны или не обязаны учитывать, или по поводу относительного веса, который они обязаны приписывать этим стандартам, опираясь на аргументы, подобные тем, что я указал в последнем разделе при рассмотрении теории институционального подтверждения. В таких случаях одни судьи выбирают первую из упомянутых выше возможностей, другие — вторую возможность, а третьи остаются в нерешительности. Однако все исключают третью возможность. Очевидно, что даже в зачатке не существует социальной нормы, которая решение по своему усмотрению, требующее оценки, превращает в решение по своему усмотрению, исключаящее долг.

5. Отличаются ли на самом деле нормы от принципов?

В главе 2 я провел различие между нормами и принципами, опираясь на различную силу, которой эти два вида стандартов обладают в судебной аргументации. При этом я преследовал двоякую цель: во-первых, я хотел привлечь внимание к различию, которое, как мне казалось, имеет важное значение для понимания того, как рассуждают юристы, и во-вторых, я хотел указать на тот факт, что некоторые стандарты, к которым обращаются судьи и юристы, ставят перед позитивизмом особые проблемы, поскольку эти стандарты нельзя подвести под фундаментальный критерий права вроде нормы признания Харта. Эти две цели были различны. Даже если бы конкретное логическое различие, которое я установил между нормами и принципами, оказалось неверным, все-таки могло бы оказаться, что стандарты, подобные упоминаемым мной, — независимо от того, классифицируются они как нормы или нет, — нельзя подвести под какой-либо такой критерий. И если мне действительно не удастся обосновать мое различие между нормами и принципами, то отсюда еще никоим образом не следует, что мой общий аргумент против правового позитивизма не состоятелен.

Тем не менее, я продолжаю считать мое различие между нормами и принципами и верным, и важным, и хочу защитить его. Я не думаю, конечно, что нельзя проводить других различий среди правовых стандартов или что употребление терминов «норма» и «принцип» для проведения этих иных различий было бы ошибочным или вносило бы путаницу.

Основное возражение Рэза против моего различения можно сформулировать следующим образом¹. Я утверждал, что принципы, подобные упомянутым мной, приходят в столкновение и взаимодействуют друг с другом таким образом, что каждый принцип, имеющий отношение к конкретной правовой проблеме, дает основание в пользу определенного решения, но не предписывает его. Следовательно, от человека, который должен решать эту проблему, требуется оценить все конкурирующие и несогласующиеся принципы, имеющие отношение к делу, и разрешить конфликт между ними, а не выделять какой-то из них в качестве «имеющего силу». Рэз же хочет доказать, что приходят в столкновение не только принципы, но также и нормы, а это, по его мнению, разрушает проводимое мной различие. Он приводит примеры из области как морально-этической, так и правовой аргументации. Я по очереди рассмотрю каждое множество примеров.

¹ Оно разрабатывается в: *Raz*. Р. 829 и далее.

Рэз полагает, что человек в качестве моральных норм, которыми он будет руководствоваться в своем поведении, может принять как ту норму, что никогда нельзя лгать, так и ту норму, что всегда следует выполнять свои обещания. Рэз указывает на то, что в каких-то частных случаях эти две нормы могут вступать в конфликт, и требует от признающего их человека выбрать одну из них, опираясь на соображения ее важности или весомости при данных обстоятельствах или на какие-то иные соображения. Он приходит к выводу о том, что моральные нормы подчиняются той же логике, которой, согласно моему описанию, подчиняются принципы, т. е. что они указывают, в каком направлении следует решать какой-то моральный вопрос, но не предписывают определенного решения.

Однако, начнем с того, что хотя какие-то люди и могут принимать моральные нормы в качестве руководства так, как предполагается в данном рассуждении, однако далеко не все из тех, кто серьезно относится к морали, поступают подобным образом. Для большинства людей моральный аргумент или решение связаны с поисками оснований «за» или «против» какой-то линии поведения, а не с обращением к множеству норм, заранее установленных общественным или индивидуальным выбором. Конечно, нравственный человек может оказаться в затруднении, когда ему нужно выбирать между ложью или невыполнением обещания, однако отсюда не следует, будто он принимает нормы, которые приходят в столкновение в данном вопросе. Он может просто осознавать, что и лгать, и нарушать обещание в принципе плохо.

Конечно, мы могли бы описать его затруднение, сказав, что он вынужден выбирать между двумя моральными стандартами, даже если бы он сам так его для себя не формулировал. Но если воспользоваться введенным мной различием, то в этом случае мы должны сказать, что он вынужден выбирать между конкурирующими принципами, а не нормами, поскольку это было бы более точным описанием его ситуации. Он понимает, что сами эти моральные соображения не склоняют его к окончательному решению, которое отменяет все остальные, и любой довод против некоторого поведения в иных обстоятельствах может уступить конкурирующим соображениям. Поэтому любой философ или социолог, описывающий нравственные поиски этого человека в терминах стандартов, должен будет сказать, что мораль для него — это вопрос принципа, а не нормы.

Возможно, однако, что какой-то человек руководствуется в своем поведении некоторой моральной нормой так, как предполагает Рэз. Он мог бы сказать, например, что взял на себя личное обязательство никогда не лгать. Но если он способен

столь категорически принять одну моральную норму, то точно так же он может принять и другие моральные нормы, а они могут вступать в конфликт, предполагаемый данным примером. Тогда, опираясь на мое различие, было бы неправильно утверждать, что этот человек просто принял некоторое множество принципов, которые способны вступать в конфликт, ибо это было бы неверным описанием его отношения к тем отдельным обязательствам, которые, по его мнению, он на себя взял. Он считает, что следует своим разным стандартам как нормам, т. е. как положениям, требующим определенного поведения при оговоренных в них обстоятельствах.

Однако в своей первоначальной статье я и не отрицал, что возможен конфликт между нормами. Я говорил, что в нашей правовой системе такой конфликт был бы чрезвычайным событием, требующим решения, которое резко изменило бы существующее множество стандартов. Фактически это описание подходит также и для данного примера, где речь идет не о праве. Если наш нравственный герой вообще понимает содержание употребляемых им понятий, то после разрешения своего затруднения он уже не может продолжать настаивать на том, что обоим своим стандартам он следует как явным нормам. Если же он все-таки стремится представить свою мораль в виде непротиворечивого кодекса, то он может исправить один или оба стандарта, порождающих конфликт, или может изменить свое отношение к ним и рассматривать их как принципы. Он может не делать ни того, ни другого, но при возникновении конфликта скорее всего признает, что стоит перед необходимостью морального выбора. Он может ничего не делать и доверить свой выбор подбрасыванию монеты или еще какому-нибудь иррациональному способу, чего правовая система не допускает. Во всяком случае, проведенное мной различие между нормами и принципами отнюдь не ставится под сомнение поведением этого странного человека; фактически оно необходимо для его объяснения.

Другие свои примеры Рэз берет из области права. Он обращает наше внимание на ту норму уголовного права, которая запрещает оскорбление действием; эта норма, утверждает он, не согласуется с другой нормой, разрешающей оскорбление действием в случае самозащиты. Таким образом, здесь, заключает он, мы имеем две правовые нормы, которые очевидно являются действительными, но, тем не менее, вступают в конфликт друг с другом. Он считает, что в конкретных случаях столкновения этих норм, например, когда кто-то прибегает к оскорблению действием в целях самозащиты, судья должен взвесить эти нормы и вынести решение в пользу применения более важной из них, которой всегда будет норма, допускаю-

щая оскорбление действием в случае самозащиты. Он приводит это в качестве примера двух норм, конфликт между которыми допустим и, вопреки моей точке зрения, в нем нет ничего чрезвычайного.

Однако этот пример основывается на странном представлении о том, что такое конфликт. Если уголовный кодекс содержит общую норму, гласящую, что никто не несет уголовной ответственности за действие, совершенное в целях самозащиты, то эта норма не вступает в конфликт с частными нормами, определяющими конкретные преступления, даже если эти частные нормы и не упоминают о самозащите. Общую норму о самозащите следует понимать так, что если действие совершено в целях самозащиты, оно не будет преступным, несмотря на частные нормы уголовного права. Действительно, нормы, обеспечивающие общую защиту, часто так и формулируются, но даже если нет, истолковываются они именно таким образом. Однако норма, оговаривающая исключение из другой нормы, не вступает с ней в конфликт: по крайней мере, если доказано, что человек, обвиняемый в оскорблении действием, действовал в целях самозащиты, судья, принимающий решение, не имеет дело с двумя противоположными нормами, которые он должен взвесить. Взятые вместе, эти две нормы обуславливают решение таким образом, что от судьи не требуется выбирать между ними или определять их относительную значимость.

Почему Рэз предполагает, что две нормы противоречат друг другу, даже когда одна из них явно имеет силу как исключение из другой? Я думаю, ответ скрыт в том, что он говорит об индивидуализации законов¹. Он предполагает, что по поводу его примера, в котором норма, запрещающая оскорбление действием, вступает в конфликт с нормой, разрешающей оскорбление действием в случае самозащиты, я сказал бы, что эти две нормы на самом деле являются частями одной и той же нормы. В таком случае, утверждает он, я должен был бы согласиться с неприемлемой теорией индивидуализации законов, и предвосхищая эту ошибку с моей стороны, он заявляет, что я уделяю недостаточное внимание общей проблеме индивидуализации законов. Здесь он слишком великодушен, точнее было бы сказать, что я вообще не уделяю внимания этой проблеме. В действительности я не опираюсь на тот довод, что норма и исключения из нее считаются одной нормой, но я не склонен был бы и утверждать, что это фактически две нормы.

У Рэза двойная позиция в отношении теории индивидуализации законов. Иногда эту теорию он трактует как стратегию изложения, т. е. как теорию наиболее ясного описания право-

¹ Raz. P. 825 и далее.

вой системы той или иной нации. Очевидно, например, что автору учебника по уголовному праву нужна какая-то стратегия изложения. Он должен провести различие между доктриной о *mens rea*¹ и доктриной о необходимости, а обе эти общие доктрины — отличить от более конкретных норм, которые они включают в себя как ограничения и исключения. Но хотя некоторые стратегии изложения могут быть ошибочными, ибо описание права дается в сложной или малодоступной форме, подавляющее большинство стратегий приблизительно в равной мере отвечают требованиям.

Однако иногда Рэз рассуждает так, как если бы проблема индивидуализации законов относилась не к стратегии объяснения права студентам или юристам, а к более философскому вопросу о том, что есть закон. Он утверждает, что эта проблема касается установления формальной структуры права, которая важна для философов права, но не для авторов учебников. Главную проблему он формулирует следующим образом: «Что считать одним полным законом?», и принимает уточнение этого вопроса, данное Бентамом. «Что такое закон? Что такое часть закона? Эти вопросы, следует отметить, относятся к логическому, идеальному, интеллектуальному, а не к физическому целому»².

Вопросы такого рода очень далеко уводят нас от способов изложения права — приближая к той точке, где, как утверждает д-р Рэз, могут создаваться или разрушаться теории права в зависимости от правильного ответа на вопрос: «Что считать одним полным законом?»³. Мне же представляется, что они уводят слишком далеко. Допустим, вы прочитали толстую книгу по геологии, и я прошу вас сказать, какие сведения она содержит. Вы сообщаете мне ряд фактических утверждений. Предположим, однако, что я прошу вас сначала сказать, сколько фактических утверждений содержит эта книга и какой теорией вы пользовались при их подсчете. Вы сочли бы меня ненормальным. Причем не просто потому, что вопрос невообразимо труден (как труден вопрос о том, сколько песчинок насчитывается на морском пляже) или потому что он требует сложных концептуальных различий (как, например, вопрос о числе людей в некоторой группе, которая включает в себя женщину на ранних сроках беременности). Вы сочли бы меня ненормальным по той причине, что вопрос мой совершенно неуместен в отношении рассматриваемого материала. Книга содержит большое количество информации; утверждения представ-

¹ Намерение обвиняемого, его умысел (лат.). — Прим. пер.

² Raz. P. 825.

³ Raz. P. 825, 827-828.

ляют собой способ выражения этой информации, однако количество используемых утверждений зависит от соображений, не связанных с содержанием информации, например, оно зависит от того, используется ли общий термин «горная порода» или только названия отдельных видов горных пород.

Точно так же юристы используют нормы и принципы для сообщения правовой информации, и ошибочно предполагать, что любая их конкретная формулировка является канонической. Это верно даже в отношении норм, которые мы называем законодательными актами, поскольку общеизвестно, что юристы часто неправильно излагают нормы, устанавливаемые каким-то законодательным актом, если просто повторяют выражения, используемые в этом акте. Два юриста могут суммировать смысл конкретного законодательного акта разными словами, и при этом один из них может перечислить больше норм, чем другой. Тем не менее, оба могут говорить одно и то же.

Я не утверждал, что «право» содержит фиксированное число стандартов, одни из которых являются нормами, а другие — принципами. На самом деле я хочу опровергнуть ту идею, что «право» есть фиксированное множество стандартов любого рода. Главным для меня было показать, что при их точном описании соображения, которые должны учитываться юристами в решении конкретных дел о юридических правах и обязанностях, включают в себя утверждения, имеющие вид и силу принципов, и что сами судьи и юристы при обосновании своих решений часто пользуются утверждениями, которые следует понимать именно таким образом. Я полагаю, ничто из этого не обязывает меня принять правовую онтологию, навязываемую любой конкретной теорией индивидуализации.

Я действительно говорил о том, что «полная» формулировка правовой нормы включала бы в себя все исключения из нее и что формулировка, в которой не учитываются исключения, является «неполной». Я не стал бы излагать это таким образом, если бы мог знать о возражении Рэза. Я ясно указал бы, что исключение можно выразить в виде отдельной нормы, например, нормы относительно самозащиты, или в виде исправленной формулировки первоначальной нормы. Однако при этом я добавил бы, что эта разница в значительной мере относится к способу изложения. Различие между нормами и принципами при этом не затрагивается. Я могу кратко выразить основное содержание закона, сформулировав некоторую норму, скажем ту, что оскорбление действием есть преступление, и представив перечень установленных исключений. Если это мое краткое выражение закона является полным, то каждый, кто совершает оскорбление действием, виновен в преступлении, если только к нему не применимо одно из перечисленных исключений.

Если же он невиновен, то либо я дал ошибочную формулировку, либо закон был изменен. Иначе обстоит дело с принципами. Допустим, я утверждаю, что в принципе никто не может получать выгоду из совершенного им правонарушения, однако кому-то это удастся. Мою формулировку не нужно исправлять или даже обновлять, поскольку кто-то вполне может получать выгоду из совершенного им правонарушения (при надлежащем истолковании этих терминов) не только в случаях, предусмотренных исключениями, но и когда особенности конкретного дела требуют учесть какой-то другой, недавно принятый, принцип или стратегию, что и объясняет различие.

Именно вторая онтологическая позиция Рэза в отношении индивидуализации законов обуславливает его странное понимание конфликтов. Если всерьез отнестись к идее о том, что нормы права в определенных формах являются «целыми» и «полными», то можно склониться и к выводу о том, что целые и полные законы также не зависят друг от друга, так что норма, определяющая оскорбление действием, должна рассматриваться как прямое предписание наказывать людей, совершивших определенные действия. Если же мы рассматриваем формулировку правовой нормы лишь как попытку описать юридические следствия из решений каких-то институтов, то нас ничто не заставляет предполагать конфликты такого рода. В этом случае мы просто скажем, что норма об оскорблении действием, как и многие другие нормы, относящиеся к уголовным преступлениям, имеет исключение в случаях самозащиты. И тогда нас не будет беспокоить вопрос о том, одну норму мы описали или две.

Против предложенного мной различия у Рэза есть еще один аргумент, который, правда, я не вполне понял. Он утверждает, что данное различие опровергается тем фактом, что нормы могут вступать в конфликт с принципами, например, нормы об *adverse possession* могут противоречить тому принципу, что никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения. Я не думаю, что описание взаимоотношения между этими нормами и данным принципом как конфликта что-то проясняет. Существование таких норм, как я говорил, свидетельствует о том, что принцип, запрещающий извлекать выгоду из совершенного правонарушения, действительно является принципом, а не нормой. Если в нормы об *adverse possession* однажды будут внесены поправки — в результате ли прямого постановления законодательного органа или в результате их новой судебной интерпретации, — то одной из причин для этого может стать то, что данный принцип будет признан более важным, чем он признавался в момент принятия этих норм. Тем не менее, даже сейчас можно утверждать, что нор-

мы, регулирующие *adverse possession*, скорее *отражают* этот принцип, нежели *противоречат* ему, поскольку область их применения была бы другой, если бы этот принцип не имел никакого веса при принятии судебных решений. Например, длительный отрезок времени, необходимый для признания правового титула в случае *adverse possession*, мог бы быть сокращен, если бы это не считалось противоречащим данному принципу. Одной из причин, побудивших меня провести различие между нормами и принципами, было стремление показать, что нормы часто представляют собой некий компромисс между конкурирующими принципами и что этого можно не заметить или не придать этому большого значения, если слишком вольно говорить о конфликте между нормами и принципами.

Во всяком случае, я не вижу, каким образом это явление порождает сомнение относительно моего различия между нормами и принципами. По мнению Рэза, оно показывает, что нормы, как и принципы, обладают некоторым весом, ибо Рэз считает, что когда нормы и принципы вступают в конфликт и нужно решить, что из них предпочесть, при принятии такого решения судьи должны приписать норме какой-то вес, который затем сопоставляется с весом принципа. Однако в таком описании безусловно искажается взаимоотношение между нормами и принципами. Предположим, суд решает отменить имеющуюся норму общего права, согласно которой не может существовать правовой ответственности за дачу ложных показаний по невнимательности, и в оправдание своего решения апеллирует к ряду принципов, включая и тот принцип, что несправедливо, когда один человек страдает из-за невнимательности другого. Эту ситуацию следует понимать так: суд решает, что множество принципов, выдвинутых в пользу отмены этой установленной нормы, включая и упомянутый принцип справедливости, в своей совокупности при данных обстоятельствах обладают большим весом, нежели множество принципов, включая принцип *stare decisis* выдвинутых в пользу сохранения этой нормы. Решая, сохранить ли эту норму, суд взвешивает два множества принципов, поэтому ошибочно утверждать, будто суд оценивает весомость самой нормы по отношению к тому или другому множеству принципов. По сути, когда Рэз говорит об определении весомости правовой или моральной нормы, он на самом деле говорит об определении весомости принципов и стратегий, которым служит данная норма. Именно это он должен иметь в виду, когда говорит о «цели» нормы.

¹ Держись прежних решений (*лат.*), имеется в виду доктрина судебного прецедента. — *Прим. пер.*

Я не могу ответить на все другие частные замечания, высказанные Рэзом в его статье, но некоторые из них я хотел бы кратко прокомментировать.

(1) Рэз придерживается иного способа отличения норм от принципов, нежели тот, который предложил я¹. Он предпочитает различие, согласно которому нормы предписывают относительно конкретные, а принципы — относительно неконкретные действия². «Действие является в высшей степени неконкретным, — говорит он, — если в разных случаях оно может быть совершено посредством множества внешне отличных, но однородных действий»³. Однако это неудовлетворительное определение, ибо Рэз не уточняет, если не считать примеров, критериев «однородности действий», а его примеры скорее запутывают, нежели проясняют суть дела. По его словам, положение о том, что человек должен выполнять свои обещания, является нормой, и он использует этот пример для иллюстрации своего тезиса о том, что нормы могут вступать в конфликт друг с другом. Однако самые разнообразные действия при разных обстоятельствах могут означать выполнение обещаний, ибо все, что человек может сделать, он может также и пообещать сделать. С другой стороны, Рэз утверждает, что «закон, предписывающий судам и всем государственным учреждениям защищать свободу слова», был бы принципом. Но этот принцип потребовал бы от государственных чиновников совершения действий, которые исключительно состояли бы в том, чтобы отдавать распоряжения или подсчитывать голоса, а эти действия, видимо, были бы более и уж никак не менее однородными, чем действия по выполнению обещаний. Конечно, все действия по выполнению обещаний похожи друг на друга именно как действия по выполнению обещаний. Но точно так же похожи все действия по защите свободы слова или даже по обеспечению равенства. Является ли однородным некоторое множество действий, зависит от описания, которое мы для них используем, и пока Рэз не представит теорию канонических описаний, его различие нельзя использовать.

(2) Рэз прав в том, что некоторые формулировки, начинающиеся со слов «Принцип нашего права состоит в том, что», следует понимать только как суммарное выражение других стандартов⁴. Однако он ошибается, предполагая, что когда суд ссылается на принцип свободы заключения договора, как, например, в деле Геннингсена, этот принцип следует истолковы-

¹ Raz. P. 838 и далее.

² Ibid. P. 838.

³ Ibid.

⁴ Ibid. P. 828-829.

вать именно таким образом. Напротив, подобные ссылки означают признание силы принципа в определении конкретных юридических прав и обязанностей, а также попытку оценить эту силу и порой ограничить ее.

(3) Рэз неправильно истолковывает мое замечание относительно использования в нормах таких слов, как «разумный»¹. Я не имел в виду, что назначение подобных слов состоит в «ограждении закона» от общих соображений, воплощенных в определенных принципах². Скорее я подразумевал, что эти слова позволяют учитывать в нормах действие определенных принципов, но только определенных принципов. Норма о том, что неразумные ограничения торговли не имеют силы, остается нормой, если любое неразумное ограничение не имеет силы и даже если для соблюдения этой нормы можно найти другие основания, никак не связанные с неразумностью этих ограничений. Рэз формулирует принцип, который, по его мнению, точно совпадает с этой нормой и согласно которому суды, как правило, отказываются признавать законными несправедливые сделки, однако этот принцип по его же собственным критериям является другим в этом отношении. Этот принцип предполагает, что при необычных обстоятельствах несправедливые сделки могут признаваться законными, например, когда нельзя найти иного способа защитить невиновную третью сторону. Такого не могло бы быть, если бы законодательный орган установил ту норму, что несправедливые сделки недействительны и не могут быть признаны законными.

(4) Рэз прав, предполагая, что очень немногие большие сообщества имеют общий непротиворечивый кодекс моральных убеждений, однако он ошибается, обвиняя в пропаганде вредных иллюзий тех судей, которые апеллируют к общественной морали³. Он не замечает различия между двумя понятиями моральных стандартов общества. Это выражение может означать единство мнения по конкретному вопросу, что выявляется опросом института Гэллапа. Или же может обозначать моральные принципы, лежащие в основе установлений и законов общества. Именно эти принципы должны войти в ту разумную теорию права, о которой говорилось в этой главе. Является ли какой-то принцип моральным принципом в этом смысле, — это не вопрос о том, как мы его назовем, а вопрос, требующий обоснования, хотя обычно предметом разногласий бывает весомость принципа, а не его статус. Критикуемые Рэзом судьи употребляют данное понятие в этом втором смысле, хотя иногда

¹ Raz. P. 837-838.

² См.: Ibid. P. 837.

³ Ibid. P. 850-851.

их высказывания согласуются и с первым смыслом. Их неспособность заметить это тонкое различие Рэз ошибочно принимает за лицемерие. Не будет ли естественным предположить, что его собственная неспособность заметить это различие объясняется его приверженностью теории социальных норм? Если бы был верен сильный вариант этой теории, то нельзя было бы утверждать, что традиции и установления обязывают общество следовать каким-либо моральным принципам долга помимо тех, которые признаются в единообразных формах социальной практики и которые, вообще говоря, имеют гораздо меньшее значение. Именно в этом, как мне представляется, заключается наиболее важное следствие из теории социальных норм для юриспруденции и наиболее существенная причина, побуждающая нас настаивать на ошибочности этой теории.

Глава 4

Сложные судебные дела

1. Введение

Правовой позитивизм предусматривает теорию сложных судебных дел. Когда некоторое конкретное судебное дело не удастся подвести под какую-либо ясную и четкую норму права, установленную заранее тем или иным правовым органом, то судья, согласно этой теории, «уполномочен» вынести любое решение по своему усмотрению. Его мнение записывается в таких выражениях, что создается впечатление, будто одна из сторон еще до суда имела право выиграть процесс, но такое представление на самом деле — фикция. В действительности судья создал новые юридические права, а затем применил их задним числом к рассматриваемому делу. В предыдущих двух главах я попытался доказать абсолютную неадекватность такой теории судебного разбирательства; в этой главе я опишу и постараюсь обосновать другую, лучшую теорию.

Я собираюсь показать, что, даже когда никакой из существующих законов не решает дела, одна из сторон может все-таки обладать правом выиграть процесс. Обязанностью судьи остается, даже в сложных случаях, выявить, в чем состоят права обеих сторон, а не изобретать задним числом новые права. Впрочем, я должен сразу же оговориться: эта теория не утверждает, что существует некая механическая процедура, позволяющая показать, в чем состоят права сторон в сложных случаях. Напротив, моя аргументация предполагает, что у здравомыслящих юристов и судей часто будут возникать разногласия по поводу юридических прав, так же как у граждан и государственных деятелей возникают разногласия по поводу прав политических. В этой главе формулируются вопросы, которые должны задать себе судьи и юристы, но не гарантируется, что все они дадут на эти вопросы одни и те же ответы.

Кто-то из читателей может возразить, что, если не существует процедуры, позволяющей, хотя бы в принципе, продемонстрировать, в чем состоят юридические права сторон в сложных случаях, отсюда вытекает, что они не имеют никаких прав. Это возражение исходит из спорного общеправового тезиса, согласно которому никакое суждение не может быть истинным, если невозможно, хотя бы в принципе, доказать его истинность. Нет никаких причин принимать

этот тезис в качестве общей теории истины, и есть вполне веская причина отвергнуть его применение, в частности, к суждениям о юридических правах¹.

2. Тезис о правах

А. Принципы и стратегии

В последнее время теории судебного разбирательства стали более сложными, но наиболее популярные из них по-прежнему отводят суду второстепенную роль по сравнению с законодательной властью. В общих чертах это знакомая история. Судьи должны применять закон, созданный другими органами; они не должны заниматься законотворчеством. Это идеал, но по различным причинам он не может в полной мере осуществиться на практике. Законодательные акты и нормы общего права часто бывают неясными и требуют интерпретации, прежде чем их можно будет применить к совершенно новым судебным делам. К тому же в некоторых судебных делах возникают настолько новые, нестандартные вопросы, что их невозможно решить, даже применяя с натяжкой или по-новому интерпретируя существующие законы. Поэтому судьям иногда приходится, явно или завуалированно, создавать новые законы. Но, делая это, они должны выступать в роли полномочных представителей соответствующего органа законодательной власти, принимая законы, которые, по их мнению, приняла бы законодательная власть, если бы ей пришлось решать данную проблему.

Все это нам вполне знакомо, но в этой обыденной истории скрыт более глубокий уровень подчинения, который не всегда замечают. Когда судьи занимаются законотворчеством, ожидается, что они выступают не просто в роли полномочных представителей законодательной власти, но и как заместители законодательной власти. Они создают законы, руководствуясь данными и аргументами того же характера, какими руководствовалась бы более высокая инстанция, принимая она решение сама. Это более глубокий уровень подчинения, поскольку представление о том, что делают судьи в сложных случаях, ставится в зависимость от ранее сложившегося представления о том, что законодатели делают постоянно. Таким образом, это более глубокое подчинение носит не только политический, но и концептуальный характер.

На самом же деле судьи не должны выступать и не выступают в роли заместителей законодателей, и известное предпо-

¹ См. главу 13.

ложение о том, что, когда судьи выходят за рамки принятых кем-то прежде политических решений, они занимаются законодательной деятельностью, далеко от истины. В этом предположении упускается из виду важность фундаментального различия, признаваемого в политической теории, которое я сейчас приведу в самых общих чертах. Это различие между принципиальными аргументами, с одной стороны, и стратегическими аргументами, с другой¹.

Стратегические аргументы оправдывают некоторое политическое решение, показывая, что это решение поддерживает или защищает какую-то коллективную цель общества в целом. Аргумент в пользу субсидии для производителей самолетов, состоящий в том, что такая субсидия будет способствовать развитию обороноспособности страны, — это стратегический аргумент. Принципиальные аргументы оправдывают политическое решение тем, что это решение соблюдает или обеспечивает какие-то индивидуальные или групповые права. Аргумент в пользу антидискриминационного закона, согласно которому меньшинство имеет право на равное уважение и заботу, — это принципиальный аргумент. Политическая аргументация не исчерпывается этими двумя видами аргументов. Иногда, например, политическое решение, такое как решение о предоставлении слепым дополнительных налоговых льгот, можно обосновывать скорее как акт общественного милосердия или великодушия, нежели соображениями стратегии или принципа. Но принцип и стратегия — это основные соображения, на которые опирается политическое обоснование.

Обоснование законодательной программы любой степени сложности, как правило, требует использования аргументов обоих видов. Даже программа, представляющая в основном политический интерес, такая как программа субсидирования крупнейших отраслей промышленности, может потребовать отдельных принципиальных соображений при обосновании ее конкретных расчетов. Например, может так оказаться, что программа предоставляет равные субсидии производителям с разным уровнем производительности на основе предположения, что более слабый самолетостроитель имеет право не быть вытесненным из бизнеса в результате правительственных мер, хотя данная отрасль промышленности в целом без него стала бы работать более эффективно. С другой стороны,

¹ Различие между принципами и стратегиями я рассматривал в главе 2. В этой главе дается несколько усложненная формулировка, но она лучше; среди прочих ее достоинств — то, что она не позволяет задавить это различие под грузом (искусственных) предположений, приведенных в более ранней статье.

в программе, основывающейся главным образом на принципах, такой как антидискриминационная программа, могут найти отражение соображения о том, что права не абсолютны и не соблюдаются, если политические последствия оказываются очень серьезными. Программа может, например, предусматривать, что нормы справедливого найма на работу неприменимы в тех случаях, когда их соблюдение может иметь опасные или пагубные последствия. В случае субсидий мы могли бы сказать, что предоставленные права порождаются стратегией и ограничиваются принципом; в случае антидискриминационных законов они порождаются принципом и ограничиваются стратегией.

Очевидно, что законодательной власти разрешается руководствоваться стратегическими соображениями и принимать программы, обусловленные такими соображениями. Если суды замещают законодательную власть, то им также должно быть разрешено это делать. Разумеется, несамостоятельные судебные решения, которые всего лишь обеспечивают исполнение ясно и четко сформулированных требований действующего закона, всегда обосновываются принципиальными аргументами, даже если сам закон был создан с учетом стратегических соображений. Предположим, какой-то самолетостроитель подает в суд иск о предоставлении субсидии, которая полагается ему по закону. Он заявляет о своем праве на эту субсидию; его аргументация опирается на принципиальные доводы. Он не утверждает, что получение им субсидии будет способствовать повышению обороноспособности страны; он может даже признать, что закон во время его принятия был ошибочен в стратегическом плане, или что его давным-давно следовало отменить, опять-таки по стратегическим соображениям. Его право на субсидию уже не зависит ни от каких стратегических аргументов, потому что закон перевел этот вопрос в область принципа.

Но если рассматриваемое дело представляет собой сложный случай, когда никакие установленные правовые нормы не диктуют решения в пользу той или иной стороны, то может показаться, что надлежащее решение может быть получено как на основе принципиальных, так и стратегических соображений. Рассмотрим, например, проблему, поставленную недавним делом «Спартан Стал»¹. Служащие компании-ответчика повредили электрический кабель, принадлежащий энергетической компании, снабжавшей электроэнергией истца, и фабрика истца вынуждена была простаивать, пока чинили кабель. Суду предстояло решить, предоставить ли истцу возмещение

¹ Spartan Steel & Alloys Ltd v. Martin & Co., [1973] 1 Q.B. P. 27.

экономических убытков, понесенных в результате небрежности, причинившей ущерб чужой собственности. Суд мог прийти к решению, поставив либо вопрос о том, имела ли фирма-истец право на возмещение убытков, а это вопрос принципиальный, либо вопрос о том, будет ли экономически целесообразно распределять ответственность за аварии таким образом, как предлагал истец, а это уже вопрос стратегический.

Если судьи замещают собой законодателей, то они должны быть готовы руководствоваться аргументацией как первого, так и второго рода, и принять решение в пользу истца, если аргументы склоняют их к этому. В этом, полагаю, и состоит распространенное представление о том, что суд должен быть волен решать нестандартные дела, такие как дело «Спартан Стил», на основании стратегических соображений; и действительно, лорд Деннинг именно в таком духе высказался об этом деле¹. Я не предполагаю, что он хотел провести формальное различие между принципиальными и стратегическими аргументами, как это сделал я, но он, во всяком случае, не исключает стратегических аргументов в этом формальном смысле.

Тем не менее я считаю, что для судебных решений по гражданским делам, даже в таких сложных случаях, как дело «Спартан Стил», наиболее типичной должна быть опора не на стратегию, а на принцип. Этот тезис, очевидно, нуждается в более детальной разработке, но можно отметить, что некоторые аргументы политической теории и правоведения говорят в пользу этого тезиса даже в его абстрактной форме. Эти аргументы не являются решающими, но они достаточно сильны, чтобы дать представление о важности этого тезиса и оправдать то внимание, которое потребуется для более тщательной его формулировки.

В. Принципы и демократия

Знакомая история о том, что судебные решения должны занимать подчиненное место по отношению к постановлениям законодательной власти, подкрепляется двумя возражениями против самостоятельности подобных решений. Согласно первому возражению обществом должны управлять мужчины и женщины, избранные большинством населения и ответственные перед ним. Поскольку судьи, по большей части, не избираются и поскольку они практически не несут ответственности перед электоратом, как это обстоит с законодательными органами, представляется, что случаи судейского законотворчества

¹ Spartian Steel & Alloys Ltd v. Martin & Co., [1973] I Q. B. 36

ставят под угрозу это положение. Согласно второму возражению, если судья создает новый закон и применяет его задним числом к делу, находящемуся на его рассмотрении, получается, что проигравшая сторона наказана за нарушение не какой-то имевшейся прежде обязанности, а некой новой обязанности, созданной уже после совершения ею поступка.

Вместе взятые, эти два возражения подкрепляют традиционный идеал, состоящий в том, что в судебных решениях должно быть как можно меньше новизны. Но содержащаяся в них аргументация намного весомее в отношении судебных решений, основанных на стратегических соображениях, нежели на соображениях принципиальных. Первое возражение — о том, что создавать законы надлежит избранным и ответственным перед избирателями официальным лицам, — представляется безусловным, когда мы думаем о законе как о политике, т. е. как о компромиссе, заключаемом в отношении задач и целей отдельных людей ради благополучия всего общества в целом. Далеко не очевидно, что сравнение предпочтений разных людей и того, что будет для них полезным (хотя именно так можно было бы достичь объективного компромисса), имело бы смысл даже в теории; но, во всяком случае, на практике подобный анализ осуществить невозможно. Следовательно, политические решения должны приниматься в ходе некоего политического процесса, призванного дать точное выражение различным интересам, которые необходимо принимать во внимание. Возможно, политическая система представительной демократии работает довольно посредственно в этом отношении, но все же она работает лучше, чем система, позволяющая судьям, которые не избираются, не получают писем от избирателей, не имеют лоббистов или групп давления, заниматься согласованием конкурирующих интересов в своих кабинетах.

Второе возражение против решений, вызванных стратегическими соображениями, также является убедительным. Мы все согласны с тем, что было бы несправедливо приносить в жертву права невиновного во имя какой-то новой обязанности, созданной *post factum*; поэтому представляется неправильным отнимать собственность у одного индивида и передавать ее другому лишь в целях повышения общей экономической эффективности. Но именно такой вид стратегической аргументации потребовался бы для обоснования решения по делу «Спартан Стил». Если истец не имел права на возмещение убытков, а ответчик не был обязан предоставить такое возмещение, суд мог обосновать передачу собственности ответчика истцу лишь интересами разумной экономической политики.

Но предположим, с другой стороны, что судье удастся обосновать свое решение в сложном случае, таком как дело «Спартан Стил», исходя не из стратегических, а из принципиальных соображений. То есть предположим, что он сумел доказать право истца на возмещение убытков. В этом случае приведенные выше два возражения уже не содержат веских доводов против данного решения. Первое возражение не столь уместно, когда судья судит на основании принципа, потому что принципиальные аргументы редко опираются на предположения о характере и интенсивности тех или иных потребностей и нужд, распространенных в обществе. Напротив, принципиальные аргументы учитывают некоторый интерес, представленный тем человеком, чье право в нем выражено, — интерес, который в силу своего характера лишает смысла тонкие дифференциации, проводимые в любом стратегическом аргументе, выдвигаемом в противовес ему. Судья, огражденный от требований политического большинства, чьи интересы это право перевесило бы, находится, следовательно, в лучшем положении, чтобы оценить подобную аргументацию.

Второе возражение против самостоятельности судебных решений вообще не имеет силы в случае принципиальных аргументов. Если истец имеет право в отношении ответчика, то на ответчике лежит соответствующая обязанность, и именно эта обязанность, а не какая-то новая обязанность, созданная судом, служит основанием для решения дела не в пользу ответчика. Даже если эта обязанность не возлагается на него каким-либо четко сформулированным существующим законом, принуждение его к выполнению этой обязанности не более несправедливо, чем если бы данная обязанность возлагалась на него таким законом, хотя здесь есть некоторое отличие.

Отличие это, разумеется, состоит в том, что если бы эта обязанность определялась существующим законом, ответчик был бы в более явной форме уведомлен об этой ответственности, и можно было бы с большим основанием ожидать, что он устроит свои дела так, чтобы предотвратить возможные последствия. Но принципиальная аргументация заставляет нас по-новому взглянуть на доводы ответчика о том, что несправедливо захватывать его врасплох. Если у истца действительно есть право на судебное решение в свою пользу, то он имеет все основания полагаться на это свое право. Если он явно и неоспоримо обладает таким правом, ответчик не может заявлять о том, что несправедливо его захватывать врасплох, только лишь на том основании, что это право не было опубликовано в законе, а возникло каким-то иным образом. Если, с другой стороны, притязания истца вызывают сомнения, то суду придется принять в той или иной мере неожиданное решение для

одной из сторон; и если суд, взвесив все обстоятельства, сочтет аргументацию истца более убедительной, это решение будет также означать, что ожидания истца в общем и целом были более оправданными. Суд может, конечно, ошибаться в своих выводах; но такая возможность не является следствием самостоятельного характера его обоснования, поскольку нет никаких причин полагать, будто суд, от которого требуют принятия несамостоятельных решений, будет совершать меньше принципиальных ошибок, нежели суд, не ограниченный подобными требованиями.

С. Правоведение

Итак, эти политические соображения настоятельно требуют от нас задуматься над тем, нельзя ли трактовать судебскую аргументацию, даже в сложных случаях, как опирающуюся на соображения принципа. Еще одна причина кроется в известной проблеме правоведения. Юристы считают, что, когда судьи создают новый закон, их решения не выходят за рамки правовых традиций, но, тем не менее, носят личный и самостоятельный характер. Говорят, что новаторские решения судьи отражают как его личную политическую мораль, так и мораль, заключенную в традициях общего права, которая вполне может отличаться от первой. Это, конечно, всего лишь риторика правоведческой школы, но она ставит задачу: объяснить, каким образом можно определить и согласовать вклад этих разных составляющих в решение сложных судебных дел.

Одно из распространенных решений этой проблемы опирается на пространственный образ; согласно этому решению, традиции общего права сужают область, в пределах которой судья волен опираться на свою личную мораль, но не устраняют ее полностью. Однако такой ответ неудовлетворителен по двум причинам. Во-первых, метафора о том, что в массе конкретных решений, вынесенных в прошлом другими судьями, заключена определенная мораль, в лучшем случае побуждает к размышлениям, но мало что проясняет. Во-вторых, этот ответ предполагает явно неадекватное феноменологическое истолкование судебного решения. Судьи не решают сложные дела в два этапа, вначале устанавливая, где заканчивается действие ограничений, налагаемых правовыми традициями, а затем откладывая книги в сторону, дабы дальше действовать самостоятельно. Они чувствуют, что эти ограничения пронизывают весь процесс принятия ими судебного решения. Следовательно, нужно иное описание взаимодействия личной морали и морали, заключенной в правовых традициях, которое было бы не столь метафорично

и позволяло бы лучше объяснить всепроникающий характер этого взаимодействия.

Тезис о правах, согласно которому судебные решения проводят в жизнь существующие политические права, позволяет найти объяснение, более удачное в обоих отношениях. Если этот тезис правилен, то история суда выступает не как ограничение по отношению к политическому решению судей, а как составная часть этого решения, потому что эта история входит в число предпосылок, которые должны согласовываться во всяком правдоподобном решении о правах индивида. Политические права — это продукт как истории, так и морали: на что отдельный человек имеет право в гражданском обществе, зависит и от существующих обычаев, и от справедливости политических институтов этого общества. Так что предполагаемый конфликт между самостоятельностью судей и историей суда рассеивается: судьи должны выносить новые решения о правах представших перед ними сторон, но эти политические права, скорее отражают политические решения прошлого, нежели приходят с ними в конфликт. Когда судья выбирает между правовой нормой, установленной прецедентом, и какой-то новой нормой, которую считает более справедливой, он не делает выбор между историей и справедливостью. Скорее, он выносит решение, требующее некоторого компромисса в отношении соображений, которые обычно согласуются друг с другом при оценке тех или иных политических прав, но в данном случае приходят в столкновение.

Таким образом, тезис о правах дает более удовлетворительное объяснение тому, как судьи используют прецедент в сложных случаях, чем любая теория, отводящая главенствующую роль стратегии. На судей, как и на всех официальных лиц, имеющих отношение к политике, распространяется доктрина о политической ответственности. Эта доктрина в своей наиболее общей формулировке гласит, что официальные лица должны выносить лишь такие решения, которые они могут обосновать в рамках политической теории, оправдывающей также и другие предлагаемые ими решения. В такой общей формулировке эта доктрина кажется довольно безобидной; но даже в этом виде она осуждает тот стиль политического управления, который можно, следуя Ролзу, назвать интуитивистским¹. Она осуждает такую практику принятия решений, когда, взятые по отдельности, эти решения кажутся правильными, но когда невозможно включить их в какую-либо всеобъемлющую теорию об общих принципах и стратегиях, не противоречащую другим решениям, также считающимся правильными. Предположим, некий кон-

¹ См. главу 10.

грессмен голосует за запрещение абортс на том основании, что человеческая жизнь в любой ее форме священна, а затем голосует за то, чтобы разрешить родителям детей с врожденными уродствами отказываться от проведения лечения, которое позволило бы продлить жизнь таким детям. Он может сказать, что чувствует здесь разницу, но принцип ответственности при его строгом применении не позволяет конгрессмену голосовать указанным образом, если только он не сумеет объяснить эту разницу в рамках какой-то общей политической теории, которой он чистосердечно придерживается.

Иными словами, доктрина требует четкой согласованности. Но это требование становится относительно слабым, когда в игру вступают стратегические соображения, которые оказывают совокупное воздействие на политические решения, и заслуживающая доверия стратегия, направленная на достижение некоторой коллективной цели, необязательно должна предполагать, что с индивидами следует обращаться одинаково. Поэтому из доктрины об ответственности не следует, что если законодательная власть предоставляет какому-то самолетостроителю субсидию в этом месяце, то в следующем месяце она должна дать субсидию другому самолетостроителю. Но когда речь идет о принципах, доктрина требует, чтобы их действие последовательно распространялось на все случаи, поскольку здесь недопустима идея стратегии, для которой лучшую службу может сослужить неравное распределение рассматриваемого блага. Если, например, какой-то чиновник считает определенную сексуальную свободу индивидуальным правом, то он должен защищать эту свободу таким образом, чтобы данное благо распределялось более или менее равномерно между всеми представителями того класса людей, который, по его мнению, обладает этим правом. Если он позволяет одной паре пользоваться противозачаточными средствами на том основании, что в противном случае ущемлялось бы данное право, то он должен, если только не откажется публично от своего предыдущего решения, предоставить и другой паре такую же свободу. Он не может сказать, что первое решение давало обществу ровно столько сексуальной свободы, сколько нужно, поэтому к моменту второго решения ее уже не требуется.

Судебные решения — это политические решения, во всяком случае в том широком смысле, который предполагает доктрину о политической ответственности. Если верен тезис о правах, только что проведенное различие позволило бы объяснить, по крайней мере в самом общем плане, тот факт, что судьи уделяют особое внимание прецедентам и гипотетическим примерам. Согласно доктрине об ответственности, принципиальная аргументация может служить обоснованием неко-

торого конкретного решения, только если можно доказать, что принцип, на который эта аргументация ссылается, согласуется с более ранними (неотмененными) решениями и с решениями, которые данная судебная инстанция готова принять при гипотетических обстоятельствах. В этом вряд ли есть что-то удивительное, но это рассуждение стало бы неверным, если бы судьи принимали свои решения на основе стратегических аргументов. Они были бы вольны заявить, что некоторой стратегии вполне удовлетворительно может служить определенное судебное решение, предусматривающее, например, совершенно справедливое предоставление субсидии некоторой неблагополучной отрасли, причем ни ранее принятые решения, ни гипотетические будущие решения необязательно следует понимать как служащие той же самой стратегии.

Под согласованностью здесь, конечно, подразумевается согласованность в применении принципа, на который мы опираемся, а не просто конкретной нормы права, провозглашенной во имя данного принципа. Если, например, мы обосновываем решение в пользу ответчика в деле «Спартан Стил», ссылаясь на принцип, согласно которому никто не обязан возмещать косвенный или непредвиденный ущерб, вызванный его небрежностью, то мы должны доказать, что с этим принципом согласуется и та норма права, на которой основывались решения по другим делам, признавшим справедливым возмещение ущерба, вызванного неумышленным введением в заблуждение, ибо здесь недостаточно показать, что решение по делу «Спартан Стил» основывалось на другой правовой норме, отличной от той, что использовалась в случае неумышленного введения в заблуждение.

D. Три проблемы

Итак, мы находим в этих аргументах из политической теории и правоведения некоторое подтверждение тезису о правах в его абстрактной форме. Но с дальнейшим его обоснованием придется подождать, пока мы не дадим ему более точную формулировку. Данный тезис требуется развить в трех направлениях. Он опирается, во-первых, на общее различие между правами личности и социальными целями, и это различие необходимо сформулировать более четко, а не просто сослаться на примеры. Более того, это различие должно быть сформулировано таким образом, чтобы учитывалась следующая проблема. Когда политики ссылаются на права личности, они имеют в виду возвышенные заявления об очень абстрактных и фундаментальных интересах, таких как право на свободу, равенство или уважение. Эти высокие права, видимо, не-

приложимы к сложным судебным делам, за исключением, может быть, тех случаев, когда речь идет о конституционном праве; но даже когда бывает уместно их применить, они представляются излишне абстрактными, чтобы служить весомой аргументацией. Если мы хотим обосновать тезис о правах, необходимо показать, как можно применить общее различие между принципиальными и стратегическими аргументами к используемым юристами доводам, касающимся характера судебного дела и его подробностей. В разделе 3 этой главы я попытаюсь показать, что для этой цели достаточно соответствующим образом уточнить различие между абстрактными и конкретными правами.

Во-вторых, наш тезис предусматривает определенную теорию о роли прецедента и истории суда в решении сложных судебных дел. В предыдущем разделе я вкратце сформулировал эту теорию, но ее необходимо подробно изложить и проиллюстрировать, прежде чем сопоставлять с опытом принятия реальных судебных решений. Более того, при ее изложении нужно учитывать следующую проблему. Никто не считает право в его нынешнем виде абсолютно справедливым. Предположим, что некоторая совокупность прецедентов в действительности несправедлива, потому что некоторое политическое право не получает в ней своего юридического признания. Даже если судья, разбирающий какое-то сложное судебное дело, по этой причине с неодобрением относится к данным прецедентам, доктрина о четкой согласованности, тем не менее, требует, чтобы он учитывал их в своей аргументации. Может показаться, что его аргументация не может быть принципиальной, то есть, нацеленной на определение политических прав сторон, поскольку, учитывая прецеденты, она искажается ложным представлением о сущности этих прав. Если мы хотим обосновать наш тезис, необходимо показать, почему это первое впечатление неверно. Здесь недостаточно сказать, что эта аргументация может основываться на принципе, поскольку она устанавливает юридические, а не политические права участников процесса. Тезис о правах предполагает, что право на выигрыш в судебном процессе есть подлинное политическое право, и, хотя это право явно отличается от других политических прав, таких как право всех граждан на обращение с ними как с равными, простая констатация этого различия не позволяет объяснить, почему первое право могут изменить более ранние неправильные решения. Чтобы понять эту особенность правовой аргументации, необходимо принять во внимание особенности институциональных прав вообще, которые я рассматриваю в разделе 4, и особенности юридических прав

как разновидности институциональных прав, которые я рассматриваю в разделе 5.

Но предложенное мною объяснение институциональных и юридических прав ставит в связи с тезисом о правах третью, отличную от рассмотренных, проблему. Из этого объяснения следует, что судьи должны иногда давать оценку политической морали, дабы решить, в чем состоят юридические права участников процесса. Поэтому можно подумать, что по этой причине наш тезис о правах не исключает первое возражение против самостоятельности судей, которое я упоминал ранее. Могут сказать, что наш тезис невозможно обосновать, поскольку он обманчив и, по сути, отрицает право большинства самому решать вопросы политической морали. Это возражение я рассмотрю в разделе 6.

Итак, вот те три проблемы, которые встают в связи с любой полной формулировкой тезиса о правах. Если благодаря полной формулировке выявится неверность этих возражений, это докажет, что данный тезис не столь радикален, как могло бы показаться на первый взгляд. Тезис представляет не какие-то совершенно новые данные о деятельности судей, а некий новый способ описания их хорошо известной деятельности; и достоинства этого нового описания носят не эмпирический, а политический и философский характер.

3. Права и цели

А. Типы прав

Принципиальная аргументация — это аргументация, призванная установить некоторое индивидуальное право; стратегическая аргументация — это аргументация, призванная установить некую коллективную цель. Принципы — это суждения о правах; стратегические соображения — это суждения о целях. Но что такое права и цели, и в чем между ними разница? Очень трудно дать определение, которое не содержало бы логического круга. Кажется естественным, например, сказать, что свобода речи — это право, а не цель, поскольку с точки зрения политической морали граждане имеют основания требовать такую свободу, тогда как рост военной промышленности — это цель, а не право, потому что вносит вклад в коллективное благосостояние, но ни один конкретный производитель не имеет оснований требовать госзаказ. Но это не способствует лучшему пониманию проблемы, потому что понятие «иметь основания требовать» не столько объясняет, сколько предполагает понятие права.

пределительного¹ характера требований в отношении прав и силы этих требований по сравнению с требованиями иного распределительного характера, которые противопоставляются им в процессе политической аргументации. То есть, я буду проводить формальное различие, не пытаясь показать, какими правами реально обладают мужчины и женщины, и обладают ли вообще какими-то правами. Скорее, это различие позволяет установить, какие права мужчин и женщин предполагает та или иная политическая теория. Это формальное различие, конечно, указывает подход к решению более фундаментального вопроса; оно предполагает, что в поисках аргументов, которые оправдывали бы требования соответствующего распределительного характера, мы устанавливаем, какими правами реально обладают люди. Но само по себе это различие не предоставляет в наше распоряжение подобных аргументов.

Я начну с идеи политического ориентира как общего политического обоснования. Политическая теория принимает определенное положение дел в качестве политического ориентира, если в рамках этой теории в пользу некоторого политического решения говорит тот факт, что оно, по всей вероятности, будет способствовать достижению или сохранению этого положения дел, а против некоторого решения говорит тот факт, что оно будет отдалять или ставить под угрозу данное положение дел. Политическое право — это соотнесенный с отдельным индивидом политический ориентир. Индивид имеет право на какие-то возможности, ресурсы или свободы, если в пользу того или иного политического решения говорит тот факт, что это решение, по всей вероятности, будет способствовать достижению или сохранению такого положения дел, при котором индивид пользуется данным правом, даже если это решение не служит никакому другому политическому ориентиру или вообще препятствует осуществлению какого-то политического ориентира. Против же некоторого решения говорит тот факт, что оно будет отдалять или ставить под угрозу указанное положение дел, даже если оно будет способствовать осуществлению какого-то другого политического ориентира². Цель — это не

¹ Точнее было бы сказать «связанного с распределением», ибо здесь имеется в виду, что требования в отношении прав возникают при распределении определенных ресурсов или благ (таких как гражданские свободы, возможности, материальные ценности и т. п.). — *Прим. ред.*

² Я отношу юридические лица к индивидам, так что корпорации могут обладать правами; если же в политической теории за особыми группами, например расовыми, признается некоторый корпоративный статус, то тогда можно говорить о групповых правах.

соотнесенный с отдельным индивидом политический ориентир, то есть такое положение дел, точное определение которого не предусматривает в указанном смысле какие-либо возможности, ресурсы или свободы для отдельных индивидов.

Коллективные цели служат компромиссному распределению выгод и затрат в обществе ради достижения какого-либо общего блага для всех граждан в целом. Экономическая эффективность — это коллективная цель: она требует такого распределения возможностей и обязательств, которое создаст наибольшее совокупное экономическое благо, определяемое тем или иным образом. В качестве коллективной цели можно также рассматривать и некоторую концепцию равенства; общество может стремиться к такому распределению, чтобы максимальное богатство не более чем в два раза превосходило минимальное или, согласно другой концепции, чтобы никакая расовая или этническая группа не оказывалась в значительно худшем положении по сравнению с другими группами. Конечно, любая коллективная цель будет требовать некоторого конкретного распределения с учетом имеющейся ситуации. Экономическая эффективность в качестве цели может предполагать субсидирование определенной отрасли при одних обстоятельствах и наложение на нее налоговых штрафов — при других. Равенство в качестве цели предполагает при каких-то обстоятельствах немедленное и полное перераспределение, а при других — частичное и дифференцированное. В каждом случае принципы распределения подчинены некоторой концепции совокупного коллективного блага, так что, если какому-то человеку предоставляется меньшее количество некоторого блага, это можно оправдать, просто показав, что такое распределение приведет к увеличению общего блага в целом.

Коллективные цели могут быть абсолютными, хотя это не обязательно. Обществу ничто не мешает одновременно преследовать разные цели или рисковать одной целью ради достижения другой. Можно, например, добиваться экономической эффективности и в то же время наращивать военную мощь. Тогда предлагаемое распределение будет определяться суммой этих двух политических стратегий, и в результате возрастет число разнообразных возможных компромиссов. Во всяком случае, с учетом этих компромиссов будет предлагаться несколько конкурирующих стратегий для достижения данных целей, как по отдельности, так и вместе. Возможно, хорошей мерой для повышения экономической эффективности будет предоставление субсидий всем фермерам и отказ в предоставлении субсидий промышленникам, а еще лучше — предоставление одним фермерам субсидий в двойном размере за счет непредоставления их другим. Для достижения любого множества коллективных

целей найдутся альтернативные стратегии, а если к тому же количество целей возрастает, то станет невозможно, рассматривая их по отдельности, установить, какое распределение будет лучше всего служить тому или иному множеству целей. Будет ли хорошим решением предоставление одним фермерам двойной субсидии и непредоставление никаких субсидий другим, зависит от огромного количества других политических решений, которые были или будут приняты для осуществления наиболее общих стратегий, и с этими стратегиями должно согласовываться данное конкретное решение.

Права также могут быть абсолютными: согласно политической теории, признающей абсолютное право на свободу слова, не существует никаких причин (кроме невозможности), чтобы не предоставлять требуемую этим правом свободу всем индивидам. Права могут быть и неабсолютными; применительно к конкретной ситуации один принцип может вступать в конфликт с другим принципом или даже с какой-то жизненно важной политической стратегией, которым он, возможно, должен будет уступить. Если предположить, что право не является абсолютным, мы можем определить его вес как способность выдерживать подобное сопротивление. Из определения права следует, что его не могут перевешивать все общественные цели. Мы можем, например, для простоты принять, что не будем называть политический ориентир правом, если только его вес не достигает некоторой величины, которая в общем является пороговой для коллективных целей; например, право не может быть преодолено ссылкой на любую из обычных рутинных целей политического управления, а только лишь на цель особой важности. Предположим, какой-то человек утверждает, что признает право на свободу слова, но при этом добавляет, что от свободы слова следует отказываться всякий раз, когда ее осуществление может причинить неудобства обществу. Я понимаю это так: он признает определяющей целью коллективное благосостояние и согласен только на такое распределение свободы слова, которое допускается этой коллективной целью в каждом конкретном случае. Его политическая позиция исчерпывается коллективной целью; предполагаемое право ничего к ней не добавляет, и нет никакого смысла вообще признавать его в качестве права.

Эти определения и различия ясно показывают, что характер политического ориентира — является ли он правом или целью — зависит от его места и функции в рамках отдельной политической теории. Та же самая фраза может в одной теории выражать право, а в другой — цель; или право может быть абсолютным или очень сильным в рамках одной теории, но относительно слабым — в другой. Если государственный чинов-

ник располагает чем-то вроде внутренне согласованной политической теории, которую он использует, хотя бы интуитивно, для обоснования принимаемых им конкретных решений, то эта теория должна будет признавать широкий спектр прав самых разных типов, упорядоченных таким образом, что каждому из них придается приблизительный относительный вес.

В любой адекватной теории должно, например, проводиться различие между основополагающими правами, которые обеспечивают абстрактное обоснование политических решений общества, и институциональными правами, обеспечивающими обоснование решений, принимаемых некоторым конкретным политическим институтом. Предположим, что согласно моей политической теории каждый человек имеет право на собственность другого человека, если он в ней больше нуждается. Я мог бы при этом признавать, в качестве уступки, что человек не обладает соответствующим законодательным правом; то есть он не имеет институционального права на то, чтобы существующая законодательная власть ввела в действие законы, которые нарушали бы Конституцию, а предлагаемый этим человеком закон, скорее всего, нарушал бы ее. Я мог бы также допускать, что человек не обладает институциональным правом на судебное решение, оправдывающее воровство. Даже если бы я сделал эти уступки, я мог бы сохранить свое первоначальное заявление об основополагающем праве, подразумевая, что народ в целом вправе внести в Конституцию поправки об отмене собственности или, возможно, вправе поднять восстание и свергнуть существующее правительство. Я заявил бы, что каждый человек в итоге обладает основополагающим правом, которое оправдывает или требует таких действий, хотя я и признавал бы, что он не имеет права на конкретные институциональные решения при нынешней организации соответствующих институтов власти.

Всякая адекватная теория должна также проводить различие между абстрактными и конкретными правами и, следовательно, между абстрактными и конкретными принципами. Это различие по степени, но я буду рассматривать относительно ясные примеры, расположенные на противоположных концах шкалы, которую это различие предполагает, и, следовательно, буду трактовать его как различие по виду. Абстрактное право — это общий политический ориентир, при формулировке которого не указывается, какой он должен иметь вес и в какой мере допустим компромисс в отношении его и других политических ориентиров. В этом смысле высокие права, фигурирующие в политической риторике, являются абстрактными. Политики говорят о праве на свободу слова, на достоинство или равенство, не предполагая, что эти права абсолютны, но и не

пытаясь определить, как они влияют на конкретные и сложные социальные ситуации.

С другой стороны, конкретные права — это политические ориентиры, которые определяются более точно и для которых указывается, какой они имеют вес относительно других политических ориентиров в частных случаях. Предположим, я не просто утверждаю, что граждане имеют право на свободу слова, но и заявляю, что какая-то газета имеет право публиковать секретные оборонные планы, если эта публикация не создаст непосредственной физической опасности для войск. Мой принцип предусматривает определенное решение конфликта между абстрактным правом на свободу слова, с одной стороны, и конкурирующими правами солдат на безопасность или особо важными нуждами обороны, с другой. Таким образом, абстрактные права служат доводами в пользу конкретных прав, но требования конкретных прав более определены, чем требования абстрактных прав, на которые эти конкретные права опираются¹.

В. Принципы и польза

Различие между правами и целями не противоречит тезису, который входит в состав популярной моральной антропологии.

¹ Полная политическая теория должна также признавать два других различия, которые неявно используются в этой главе. Первое из них — это различие между правами по отношению к государству и правами по отношению к другим гражданам. Первые используются для обоснования политических решений, требующих каких-либо действий со стороны некоторого государственного учреждения; вторые используются для обоснования решений о принуждении отдельных граждан к определенным действиям. Право на минимальное жилье, если оно вообще признается, то как право по отношению к государству. Право на возмещение убытков, связанных с нарушением контракта, или право на спасение от серьезной опасности при минимальном риске для спасателя — это права по отношению к другим гражданам. Право на свободу слова, как правило, является и тем, и другим. Кажется странным определять права граждан по отношению друг к другу как политические права; но в настоящий момент такие права интересуют нас лишь постольку, поскольку они используются для обоснования различного рода политических решений. Данное различие по своей направленности противоположно различию между основополагающими и институциональными правами; последнее проводится в отношении людей или институтов, которые должны принимать политические решения, первое же — в отношении людей или институтов, которым эти решения предписывают действовать определенным образом или воздерживаться от действий. Обычно гражданские судебные дела, которые составляют основную тему этой работы, связаны с правами по отношению к другим гражданам; но я рассматриваю также некоторые вопросы конституционного и уголовного права и, таким образом, касаюсь и прав по отношению к государству.

Быть может, вполне оправданно признать, гласит этот тезис, что принципы, которые члены некоторого конкретного общества находят убедительными, причинно обусловлены коллективными целями этого общества. Если в обществе многие убеждены, что каждый индивид имеет право на некоторую минимальную заботу со стороны других, то этому можно найти объяснение в истории культуры данного общества, в том факте, что такие убеждения способствуют повышению коллективного благосостояния членов этого общества. Если бы какая-то новая система прав лучше обеспечивала их коллективное благосостояние, то следовало бы ожидать, что со временем их моральные убеждения изменились бы в соответствии с этой новой системой прав.

Я не знаю, насколько эта антропологическая теория верна в отношении нашего общества или любого другого общества. Ее, безусловно, невозможно проверить в той простой формулировке, в какой я ее изложил, и я не вижу, почему положение о том, что права в психологическом или культурном плане определяются целями, априорно больше похоже на правду, нежели противоположное ему утверждение. Возможно, мужчины и женщины выбирают коллективные цели, стремясь согласовать их со своим ранее сложившимся представлением об индивидуальных правах, а не определяют права в соответствии с коллективными целями. Но и в том, и в другом случае права и цели должен разделять определенный промежуток времени, чтобы в каждый конкретный момент большинство людей признавали наличие конфликта между этими правами и целями, по крайней мере в частных случаях, ибо этот конфликт предполагается общим различием между этими двумя видами политических ориентиров.

Таким образом, необходимо провести еще одно различие: между силой, приписываемой некоторому праву в рамках политической теории, и причинно-следственным объяснением, почему данная теория предусматривает это право. Это формальный подход, и он уместен только тогда, когда можно указать, о какой конкретно политической теории идет речь; это позволит отличить аналитический вопрос о том, какие права она предусматривает, от исторического вопроса о том, как получилось, что она их предусматривает. Поэтому данное различие затушевывается, когда мы говорим о морали некоторого общества, не уточняя, какую из различных концепций общественной морали мы имеем в виду. Не уточнив этого, мы не можем построить даже самую неопределенную или абстрактную политическую теорию в качестве теории данного общества для некоторого конкретного периода времени, а потому не можем провести аналитически необходимое различие между причина-

ми и силой, без которого нельзя понять смысл понятий принципа и стратегии. Следовательно, мы становимся жертвами довода о том, что антропологический тезис снимает различие между принципом и стратегией. Мы рассуждаем так, словно имеем в виду некоторую внутренне согласованную теорию, например, мораль данного общества, но отрицаем, что в этой теории различаются принципы и стратегии, выдвигая довод, который кажется правдоподобным только лишь потому, что на самом деле мы не имеем в виду никакой конкретной теории. Стоит нам только разъяснить, что мы подразумеваем мораль некоторого общества, а затем указать, хотя бы приблизительно, какими мы представляем себе принципы этой морали, как антропологический аргумент сразу теряет свою силу.

Существуют, однако, политические теории, которые соединяют права и цели не причинно-следственной связью, а тем, что ставят силу прав в зависимость от их способности, в качестве прав, содействовать достижению некоторой коллективной цели. Я имею в виду различные формы этической теории под названием утилитаризма норм. Например, согласно одному из вариантов этой теории, пользующемуся широкой популярностью, некоторый поступок является правильным, если признание всеми нормы, предписывающей совершение этого поступка, будет способствовать повышению среднего уровня благосостояния членов данного общества¹. Политическая теория может, например, предусматривать право на свободу слова на том основании, что всеобщее признание этого права судами и другими политическими институтами в конечном счете будет способствовать обеспечению наивысшей средней пользы для общества.

Однако и в рамках этой теории мы, по крайней мере, можем провести различие между институциональными правами и коллективными целями. Если, согласно теории, у чиновника некоторого учреждения есть основания принять некоторое политическое решение и нет оснований не принимать его всякий раз, когда это решение необходимо для защиты свободы слова любого индивида, независимо от того, как это решение скажется на осуществлении коллективных целей, то эта теория предусматривает свободу слова как право. Не важно, что в данной теории это право основывается на том предположении, что, если все политические институты будут проводить его в жизнь, тем самым они будут способствовать достижению какой-либо важной коллективной цели. Существенно лишь то, что это выражает приверженность такой системе управления,

при которой ссылка на данное право становится решающей в конкретных случаях.

Таким образом, ни антропологический тезис, ни утилитаризм норм не позволяют отрицать различие между принципиальной и стратегической аргументацией. Следует упомянуть, предусмотрительности ради, еще одно возможное возражение против такого различия. Очень часто можно привести разные принципиальные и стратегические доводы в поддержку одного и того же политического решения. Предположим, некий чиновник стремится обосновать необходимость расовой сегрегации в общественных местах. Он может привести тот стратегический довод, что смешение разных рас вызывает в целом больше неудобств, чем дает поводов для удовлетворения. Или же он может привести принципиальный аргумент, сославшись на права тех, кого могут убить или покалечить в результате беспорядков, вызванных десегрегацией. Кто-то сочтет, что взаимозаменяемость этих доводов устраняет различие между принципиальной и стратегической аргументацией или, во всяком случае, делает это различие менее полезным по следующей причине. Предположим, что право на расовое равенство признается достаточно сильным, и поэтому оно имеет приоритет перед всеми стратегическими соображениями, кроме вызванных самыми насущными нуждами, и допускает компромисс лишь в том случае, когда этого требуют конкурирующие принципиальные доводы. Это было бы пустой уступкой, если бы мы всегда могли взамен стратегических доводов подыскать соответствующие принципиальные доводы.

Но было бы неверно предполагать, что, если вместо стратегических доводов всегда можно найти некоторые принципиальные доводы, то они обязательно окажутся столь же неотразимыми и убедительными, как и уместные в данном случае стратегические доводы. Если бы требование некоторого меньшинства принять антидискриминационный закон само основывалось на стратегических соображениях и, следовательно, могло бы быть преодолено ссылкой на общую пользу или благосостояние всего общества, тогда довод, указывающий на неудобство или недовольство большинства, вполне мог бы оказаться достаточно сильным. Но если данное требование обосновывается правом на равенство, которое должно иметь приоритет (за исключением случаев, когда ему противостоит другое принципиальное соображение), то указанный довод о неудобстве (единственно доступный нам в данном случае) может просто оказаться слишком слабым. За исключением чрезвычайных ситуаций десегрегация при адекватных действиях полиции будет представлять очень небольшую опасность для жизни людей. Поэтому мы можем признать, что право на

жизнь служит в данном случае некоторым противовесом праву на равенство, но в то же время вес этого довода ничтожно мал; возможно, его достаточно, чтобы замедлить процесс десегрегации, но только совсем незначительно.

С. Экономика и принципы

Тезис о правах, если взять его дескриптивный аспект, утверждает, что наиболее типичным основанием для судебных решений в сложных случаях служат соображения принципа, а не стратегии. На первый взгляд, недавние исследования взаимосвязи между экономической теорией и общим правом говорят в пользу обратного, а именно что судьи почти всегда в своих решениях опираются на стратегические, а не на принципиальные соображения. Но тут необходимо тщательно различать два положения, которые, как считается, были установлены в ходе этого исследования. Во-первых, положение о том, что почти все правовые нормы, разработанные судьями в столь несхожих областях, как гражданские правонарушения, договорное или имущественное право, служат коллективной цели — добиться более эффективного распределения ресурсов¹. Во-вторых, положение о том, что в некоторых случаях судьи в явном виде обосновывают свои решения соображениями экономической политики². Ни одно из этих положений не отрицает тезиса о правах.

Первое положение ничего не говорит о намерениях судей, выносящих решение по делу путем установления правовых норм, способствующих повышению экономической эффективности. Оно не предполагает, что судьи были осведомлены об экономическом значении своих постановлений, или даже что они признали бы это экономическое значение в качестве довода в пользу своих решений. Имеющиеся у нас данные, по большей части, предполагают как раз обратное. Например, суды, взрастившие злополучную доктрину о «fellow-servant»³, полагали, что такого решения требуют не соображения пользы, а соображения справедливости, и когда это решение было отменено, это было сделано потому, что другое поколение юристов нашло недостаточными именно эти соображения справедливости, а не соображения пользы⁴.

¹ См., например: *Posner R. Economic Analysis of Law*. 1972. P. 10—104.

² См., например: *Coase R. The Problem of Social Cost* // 3 *J. Law & Econ.* I. P. 19—28.

³ Принцип, освобождающий нанимателя от ответственности за ущерб, причиняемый друг другу лицами, работающими у него по найму. — *Прим. пер.*

⁴ См.: *Posner R. A Theory of Negligence* // 1 *J. Legal Stud.* 1972. P. 29, 71.

Если это первое положение имеет под собой основания, кому-то оно может показаться важным подтверждением антропологического тезиса, приведенного в предыдущем разделе. Из него сделают вывод, что судьи и юристы, выражая общие нравственные установки своего времени, признают за корпорациями и индивидами ровно те права, которые убежденный сторонник утилитаризма норм был бы готов принять в законодательном порядке ради достижения общего благосостояния. Но это первое положение может с таким же успехом подводить и к упомянутому мною противоположному выводу: что наши нынешние представления об общем благосостоянии отражают наши представления об индивидуальных правах. Профессор Познер, например, обосновывает указанное положение, выдвигая в качестве предположения определенную концепцию эффективного распределения ресурсов. По его словам, ценность того или иного дефицитного ресурса для конкретного индивида измеряется тем, сколько денег он готов за него заплатить, так что благосостояние общества максимизируется, когда каждый ресурс оказывается в руках тех, кто согласен заплатить за обладание им больше любого другого¹. Но такая концепция ценности едва ли является самоочевидной или нейтральной. Она близка по духу политической теории, приветствующей конкуренцию, но далеко не так созвучна более эгалитарной теории, поскольку отодвигает на задний план требования бедных, которые не готовы тратить больше, поскольку у них меньше средств. Познеровская концепция ценности представляется поэтому в той же мере следствием, сколь и причиной теории индивидуальных прав. В любом случае антропологический тезис, вытекающий из первого положения, не несет в себе угрозы для тезиса о правах. Даже если мы допустим, что теория какого-то судьи о правах определяется его интуитивным пониманием экономических ценностей, а не наоборот, мы все же можем утверждать, что при обосновании своих решений в сложных случаях он опирается на эту теорию, а не на экономический анализ.

А вот второе выделенное нами положение может показаться более серьезным возражением. Если судьи при рассмотрении некоторых дел в явной форме ссылаются на экономическую политику, то эти дела нельзя понимать просто как свидетельство в пользу антропологического тезиса. «Теория небрежности» Лернеда Хэнда — самый известный пример такой явной ссылки на экономику. В общих чертах он утверждает следующее: критерий для установления, были ли действия ответчика неразумными и, следовательно, дающими основания для судебного иска, является экономическим и требует ответа на вопрос, мог ли ответчик

¹ *Posner R. Economic Analysis. P. 4.*

себя, нежели убытки, которые должен был бы понести истец, если бы этот несчастный случай состоялся, с учетом поправки на малую вероятность данного несчастного случая¹? Можно сказать, что этот экономический критерий служит скорее стратегической, нежели принципиальной аргументацией, поскольку ставит решение судьи в зависимость от того, что более способствовало бы коллективному благосостоянию: допущение несчастного случая или осуществление необходимых затрат для его предотвращения. Если так, то судебные дела, в которых в явном виде используется критерий, подобный критерию Хенда, сколь бы малочисленными они ни были, могут служить контрпримерами для тезиса о правах.

Но в предположении о том, что в качестве стратегических доводов должны выступать экономические расчеты любого рода, упускается из виду различие между абстрактными и конкретными правами. Абстрактные права, такие как право высказываться по политическим вопросам, не учитывают конкурирующих прав; конкретные же права отражают влияние такой конкуренции. В определенных случаях можно выводить какое-то конкретное право из конкурирующих абстрактных принципов, используя для этого язык экономики. Рассмотрим принцип, согласно которому каждый член общества имеет право на то, чтобы любой другой член общества относился к нему с минимальным уважением, которого заслуживает каждый человек². Это очень абстрактный принцип: он требует устанавливать в конкретных случаях баланс между интересами тех, кого он защищает, и свободой тех, от кого данный принцип требует проявлять заботу и уважение, хотя и не указывает, в каком объеме. Вполне естественно, учитывая моду на экономический лексикон, попытаться определить надлежащий баланс путем сравнения суммарной пользы этих двух сторон при различных условиях. Если человек действует таким образом, что, как он предвидит, может причинить вред другому, и поэтому их коллективная польза в результате его действий резко сократится,

¹ United States v. Carroll Towing Co., 129, F. 2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Коус (Coase. Р. 22—23) приводит другие примеры, главным образом дела о нарушении общественного порядка, в качестве истолкования доктрины о том, что «разумное» вмешательство в то, как истец использует свою собственность, не считается нарушением общественного порядка.

² Более детальная принципиальная аргументация, возможно, даст лучшее обоснование критерию Хэнда, чем этот простой принцип. Я привел более детальную аргументацию в своих Розенталевских лекциях, прочитанных в Школе права Северо-западного университета в марте 1975 г. Но и этот простой принцип дает достаточно хорошее обоснование для целей настоящей работы.

то он не проявляет необходимой заботы и внимания. Если, например, он может принять меры предосторожности или может не допустить этот ущерб намного более дешевым или эффективным способом, чем это способен сделать другой, — значит, он не проявляет заботы и внимания, не принимая этих мер предосторожности или допуская этот ущерб.

Такого рода аргументация далеко не нова, хотя, возможно, новым является ее экономическое облачение. Философы уже давно обсуждают гипотетические случаи, пытаясь установить, сколько заботы один член сообщества обязан проявлять по отношению к другим. Если, например, один человек тонет, а другой может его спасти ценой минимального риска для себя, то первый имеет моральное право на то, чтобы второй его спас. Это высказывание легко облечь в экономическую форму: если коллективная польза двух людей очень резко возрастет в результате спасения, то утопающий имеет право быть спасенным, а спасающий обязан его спасти. Соответствующая норма права может, конечно, быть значительно более сложной. Она может содержать указание на особые обстоятельства, при которых решающим становится вопрос не о резком повышении коллективной пользы, а только лишь о предельном повышении. Этот последний вопрос может, например, ставиться в случае, когда позитивное действие одного человека, в отличие от бездействия, создает риск прямого и предвиденного физического ущерба для личности или имущества второго. Конечно, в случае верности тезиса о правах никакой судья не может сослаться на эту правовую норму, если только не считает, что принцип минимального уважения формулирует абстрактное юридическое право; но если он так считает, то может облечь свою аргументацию в экономическую форму, не превращая ее при этом из принципиальной в стратегическую.

Поскольку критерий Хэнда и соответствующее рассуждение о спасении утопающего представляют собой методы достижения компромисса в отношении конкурирующих прав, они учитывают лишь благосостояние тех, чьи абстрактные права при этом оказываются затронутыми. Затраты или выгоды общества в целом учитываются лишь в той мере, в какой они отражаются на благосостоянии тех, о чьих правах идет речь. Легко представить себе аргументацию, не признающую подобных ограничений. Предположим, кто-то утверждает, что принцип, требующий спасения при минимальном риске, нужно исправить таким образом, чтобы решение зависело не от коллективной пользы жертвы и спасителя, а от предельной пользы для общества в целом, так что спаситель должен учитывать не только относительный риск для себя и для жертвы, но и относительную социальную значимость каждого из них. Отсюда мо-

жет следовать, что незначительный человек должен рискнуть своей жизнью ради спасения президента банка, а вот президент банка не обязан даже утруждать себя тем, чтобы спасти какого-нибудь «маленького человека». Это уже не принципиальная аргументация, поскольку здесь предполагается, что жертва не имеет права ни на что, кроме своих ожиданий в рамках общей пользы. Формула Хэнда и ее более сложные варианты не относятся к аргументации такого рода; они не подчиняют индивидуальное право некоторой коллективной цели, а обеспечивают механизм достижения компромисса в отношении конкурирующих требований абстрактных прав.

Дела о небрежности — это не единственные дела, в которых судьи определяют конкретные права путем достижения компромисса в отношении абстрактных прав. Если, например, судья ссылается на общественную безопасность или дефицитность какого-то жизненно важного ресурса как на основание для ограничения некоторого абстрактного права, то это можно понять как указание на конкурирующие права тех, чья безопасность будет принесена в жертву или чья справедливая доля данного ресурса окажется под угрозой, если это абстрактное право станет конкретным. Его аргументация является принципиальной, если она считается с требованиями в отношении распределения, представленными в такого рода доводах, и соблюдает ограничение, упомянутое в предыдущем разделе, а именно что вес конкурирующего принципа может быть меньше веса соответствующей стратегии. Пример совершенно иного рода мы находим в известном доводе о том, что некоторые виды судебных исков не должны допускаться, потому что иначе суды окажутся «завалены» делами. Здесь предполагается, что, если бы суду пришлось разбирать иски такого рода, то он не успевал бы своевременно рассматривать другие иски, связанные с защитой прав, которые, вместе взятые, более важны, чем права, рассмотрение которых он по этой причине предлагает запретить.

Здесь будет уместно отметить определенную ограниченность тезиса о правах. Он верен для стандартных гражданских дел, когда соблюдается предположение о том, что одна из сторон имеет право выиграть дело; а когда такого предположения сделать нельзя, тезис о правах выполняется лишь в одну сторону. Обвиняемый по уголовному делу имеет право на решение в свою пользу, если он невиновен, но государство не имеет аналогичного права осудить его, если он виновен. Поэтому суд может принять решение в пользу обвиняемого в некотором сложном случае, связанном, например, с оценкой норм в отношении сбора доказательств, на основании стратегических доводов, не предполагающих, что обвиняемый имеет право на

оправдательное решение суда. Верховный Суд в деле «Линклеттер против Уокера»¹ заявил, что именно таким решением было его более раннее решение по делу «Мэпп против Огайо»². Суд отметил, что изменил нормы, разрешающие представление в суде доказательств, полученных незаконным путем, не потому, что мисс Мэпп имела право на то, чтобы такие доказательства не использовались (хотя в иных случаях это было бы допустимо), а для того, чтобы помешать полицейским заниматься сбором подобных доказательств в будущем. Я не хочу сказать, что конституционное решение надлежит принимать на подобных основаниях, или что более поздняя характеристика Судом своего предыдущего решения была точной. Я хочу только отметить, насколько «геометрия» уголовного судебного преследования, не предполагающая сопоставления противоположных прав, отличается от стандартного гражданского дела, где тезис о правах выполняется в обе стороны.

4. Институциональные права

Тезис о правах предполагает, что судьи решают сложные судебные дела путем подтверждения или отрицания конкретных прав. Но конкретные права, на которые опираются судьи, должны обладать еще двумя свойствами. Они должны быть не основополагающими, а институциональными правами, а также они должны быть юридическими, а не какими-то иными институциональными правами. Следовательно, мы не можем оценивать или подвергать проверке данный тезис, не разобравшись подробнее в этих различиях.

Институциональные права можно найти в институтах самого разного рода. Шахматист имеет «шахматное» право получить очко в турнире, если он поставит мат своему противнику. Гражданин демократического государства имеет право на принятие законодательных актов, необходимых для защиты его свободы слова. В случае шахмат институциональные права закреплены конститутивными³ и регулятивными правилами, относящимися исключительно к данной игре или к конкретному турниру. В этом смысле шахматы представляют собой автономный институт; я имею в виду, что между его участниками

¹ Linkletter v. Walker: 381, U. S. 618 (1965).

² Mapp v. Ohio: 367, U. S. 643 (1961).

³ От английского «constitutive». Имеются в виду правила, выражающие основные соглашения относительно игры в шахматы (как располагаются фигуры на доске, как они ходят и т. д.) и, соответственно, оформляющие ее как таковую. — *Прим. ред.*

существует понимание того, что никто из них не может претендовать на какое-то институциональное право, апеллируя непосредственно к общей морали. Никто, например, не может заявить, что заслужил право быть объявленным победителем благодаря своим общим достоинствам. Но законодательные органы обладают в этом смысле лишь частичной автономностью. Существуют особые конститутивные и регулятивные нормы, которые определяют, что такое законодательный орган, кто в него входит, как проводится в нем голосование, и что он не может устанавливать государственную религию. Но этих норм, касающихся исключительно законодательного органа, редко бывает достаточно, чтобы определить, имеет ли гражданин институциональное право на принятие того или иного законодательного акта. Они не позволяют решить, например, имеет ли он право на принятие закона о минимальной заработной плате. При обосновании подобных прав ожидается, что граждане прибегают к общим соображениям политической морали.

Из того факта, что одни институты являются полностью автономными, а другие — частично, вытекает упомянутое ранее следствие, что институциональные права, признаваемые в политической теории, могут расходиться с предусматриваемыми ею основополагающими правами. И тем не менее институциональные права — это подлинные права. Даже если предположить, что бедные имеют абстрактное основополагающее право на деньги, отнятые у богатых, было бы не только неожиданно, но и неправильно, если бы арбитры шахматного турнира присудили призовые деньги беднейшему из участников, а не тому, который набрал наибольшее количество очков. Тут не могло бы послужить извинением заявление о том, что, поскольку турнирные правила всего лишь описывают условия, необходимые для признания данного соревнования шахматным турниром, то действия арбитра оправданы, поскольку он при вручении призов не произносит слова «шахматы». Участники пришли на турнир с четким представлением о том, что здесь будут применяться шахматные правила; они имеют подлинное право на то, чтобы выполнялись именно эти правила, и не какие-то другие.

Автономность некоторого института изолирует обязанности должностного лица от влияния большей части основополагающей политической морали. Но как далеко простирается действие этой изоляции? Даже в случае полностью изолированного института, такого как шахматы, при определенных обстоятельствах некоторые правила потребуют интерпретации или уточнения, прежде чем должностное лицо сможет их выполнить. Предположим, одно из правил шахматного турнира утверждает,

что судья объявляет результат игры недействительным, если один из игроков по ходу партии «неоправданно» досаждал другому. Формулировка правила не указывает, что считать «неоправданным» досаждением, и не позволяет решить, например, досаждают ли «неоправданно» игрок, который постоянно улыбается своему противнику, чтобы вывести его из себя, как улыбался однажды Фишеру русский гроссмейстер Таль.

При решении такого сложного случая арбитр не имеет права руководствоваться своими общими убеждениями. Он может придерживаться такой политической точки зрения, что индивиды имеют право на равное благосостояние независимо от их интеллектуальных способностей. Но было бы неправильно, если бы он стал исходить из этого убеждения при применении вышеназванного правила в сложных случаях. Он не мог бы, например, сказать, что раздражающее поведение является оправданным, поскольку приводит к снижению значения интеллектуальных способностей при определении победителя в шахматной партии. Участники турнира и вся заинтересованная общественность скажут, что его долг состоит как раз в обратном. Поскольку шахматы — игра интеллектуальная, он должен применять вышеназванное правило таким образом, чтобы защищать, а не подвергать риску роль интеллекта в соревновании.

Итак, в случае шахматного арбитра мы имеем пример должностного лица, чьи решения по поводу институциональных прав должны, по общему убеждению, подчиняться существующим в рамках данного института ограничениям, даже когда сила этих ограничений не ясна. Мы не считаем, что он волен устанавливать дополнительные нормы, если правило неточно и допускает разные толкования¹. Если одна интерпретация правила об отмене результатов шахматной партии сохраняет особый характер игры, а другая — нет, то игроки имеют право на первую интерпретацию. Надеюсь, что на этом относительно простом примере мы сможем установить некоторые общие черты институциональных прав, проявляющиеся в сложных случаях, которые будут иметь определенное отношение и к судебному решению по сложному делу.

Я сказал, что игра в шахматы обладает своим особым характером, который арбитр обязан уважать в своих решениях. Что это значит? Откуда арбитр знает, что шахматы — это интеллектуальная, а не азартная игра и не «танец» пальцев? Он вполне может начать с общеизвестного. Всякий институт его участники относят к некоторой очень приблизительной категории; шахматы понимают как игру, а не как религиозную церемонию, некоторого рода упражнение или политичес-

¹ См. в общем плане: *Hart H. L. A. The Concept of Law*. P. 121 — 132.

кий процесс. Поэтому шахматы определяют как игру, а не как упражнение в искусстве двигать пальцами. Эти соглашения, проявляющиеся в отношении к игре, в принятой манере поведения и в истории игры, являются определяющими. Если участники принимают шахматы за азартную игру и при потере фигуры проклинаят свое невезение и более ничего, тогда шахматы — азартная игра, хотя и весьма скверная.

Но количество этих соглашений имеет свой предел, и они могут иссякнуть прежде, чем арбитр наберет достаточно материала, чтобы принять решение по делу об улыбке Таля. Однако здесь важно понимать, в каком отношении эти соглашения имеют предел. Они не являются неполными, как книга, из которой вырвана последняя страница. Они абстрактны, так что в полной мере их может выразить понятие, допускающее различные толкования, то есть спорное¹. Арбитр должен выбрать то или иное из этих толкований не как дополнение к данному соглашению, а для обеспечения его выполнения. Он должен *истолковать* характер игры, задавая себе разного рода вопросы. Если шахматы — интеллектуальная игра, является ли она, подобно покеру, интеллектуальной в том смысле, который предполагает способность оказывать психологическое давление? Или же она, как математика, интеллектуальна в том смысле, который не предполагает этой способности? Этот первый комплекс вопросов побуждает арбитра внимательнее присмотреться к игре в шахматы, чтобы определить, подтверждают ли ее характерные черты то или другое из этих представлений об интеллекте. Но он должен также задать себе и другой комплекс вопросов. Если шахматы — интеллектуальная игра определенного рода, то что можно отсюда заключить относительно разумного поведения в ходе шахматной партии? Являются ли способность оказывать психологическое воздействие или способность сопротивляться такому воздействию действительно интеллектуальными качествами? Эти вопросы побуждают присмотреться повнимательнее к самому понятию интеллекта.

В своих осознанных рассуждениях арбитр будет попеременно обращаться к этим двум совокупностям вопросов, и на каждом следующем этапе рассуждений круг рассматриваемых им вопросов будет постепенно сужаться. Вначале он может вычленил различные представления об интеллекте. На первом этапе он может, например, предположить, что физическое изящество, достигаемое в балете, представляет собой одно из проявлений умственных способностей. Но затем он должен соотнести эти разные представления с правилами и практикой шахмат-

¹ См.: *Gallie W. Essentially Contested Concepts // 56 Proceedings of the Aristotelian Society. 1965. P. 167—168. См. также главу 10.*

ной игры. Такой критерий позволит ему исключить из рассмотрения какие бы то ни было физические проявления интеллекта. Но он может не позволить ему провести различие между трактовкой интеллекта, предполагающей или не допускающей психологическое воздействие, поскольку ни та, ни другая не дает явно лучшего, если судить по общепринятым канонам, описания правил и практики шахматной игры. Тогда арбитр должен спросить себя, какая из этих трактовок включает более глубокое или более удачное описание интеллекта. Таким образом, его рассуждения будут колебаться между философией сознания и данными об институте шахматной игры, характер которой он должен прояснить.

Конечно, это всего лишь воображаемый ход рассуждений, который никогда не будет иметь места в действительности, ибо у любого арбитра за годы его работы успеет развиться чувство игры, и в своих суждениях он будет опираться на это чувство, не пытаясь его выразить в словах. Но этот пример позволяет увидеть, как понятие о характере шахматной игры «подгоняется» под конкретную институциональную проблему. Как только установлен некий автономный институт, такой что его участники имеют институциональные права, обеспечиваемые особыми правилами данного института, то могут возникать сложные случаи, для которых, в силу характера доказательства, следует предположить существование ответа. Если Таль не имеет права на продолжение игры, причиной этому должно быть то, что правило о признании результатов игры недействительными, надлежащим образом истолкованное, оправдывает вмешательство судьи; если это так, то Фишер имеет право на то, чтобы его немедленно признали победителем. В подобном случае бесполезно говорить, что судья принимает решение по своему «усмотрению». Если здесь имеется в виду «усмотрение» в слабом смысле, то это ничего не меняет; если же имеется в виду более сильный смысл, и в соответствии с ним Таль уже не имеет права на выигрыш, причиной этому, опять-таки, должно быть то, что данное правило, понятое надлежащим образом, уничтожает его право на выигрыш, которым он обладал бы в иных случаях¹. Предположим, мы говорим, что в таком случае каждая из сторон имеет право рассчитывать лишь на то, что арбитр будет решать по своему собственному разумению. В каком-то смысле это совершенно верно, потому что игроки не могут рассчитывать на что-то большее, чем решение арбитра по его собственному разумению. Впрочем, они вправе ожидать, что таким же образом арбитр будет решать и вопрос о том, какое поведение в условиях игры является неразумным, и вопрос о том, в чем состоят их права. Утверждение, что сущест-

¹ См. главу 2.

вует некий «правильный» ответ на эти вопросы, еще не означает, что правила шахматной игры являются исчерпывающими и недвусмысленными; это, скорее, сложная формулировка обязанностей должностных лиц и участников игры.

Но если решение в сложном случае должно быть решением о правах сторон, то должностное лицо в своем суждении должно опираться на те основания, которыми оправдывается признание или отрицание некоторого права. В своем решении он должен учесть общую теорию о том, почему правила института, к которому он принадлежит, вообще создают или уничтожают какие-то права, а также он должен показать, какого решения требует эта общая теория в рассматриваемом сложном случае. В шахматах общим основанием институциональных прав должно быть молчаливое согласие или договоренность сторон. Становясь участниками шахматного турнира, они дают согласие на соблюдение определенных правил, и только этих правил, и трудно придумать иное общее основание для предположения о наличии у них каких-либо институциональных прав. Но если это так, и если решение в сложном случае касается того, какими правами они в действительности обладают, то, аргументируя в пользу такого решения, необходимо применить это общее основание и к данному сложному случаю.

Сложный случай, можно сказать, ставит вопрос политической теории, а именно: что, как справедливо было бы предположить, означает согласие игроков на правило о признании результатов игры недействительными? Понятие о характере игры является концептуальным средством для постановки данного вопроса. Оно представляет собой спорное понятие, позволяющее перевести во внутренний план общее обоснование института с тем, чтобы использовать это обоснование для проведения различий внутри самого этого института. Оно предполагает, что игрок соглашается не просто на набор правил, но на целое предприятие, о котором можно сказать, что оно имеет свой особый характер; так что, когда ставится вопрос: на что он согласился, дав согласие? — в ответ можно анализировать все предприятие в целом, а не просто правила.

5. Юридические права

А. Законодательство

Правовая аргументация в сложных случаях опирается на спорные понятия, которые по своему характеру и назначению очень близки к понятию характера игры. Среди них есть несколько основополагающих понятий, посредством которых формулируется закон, таких как понятия договора и собственности. Но

есть среди них и два понятия, имеющие большее значение для нашего обоснования. Первое — это идея «намерения» или «замысла», выраженного в конкретном законодательном акте или статье закона. Этим понятием перебрасывается мостик между политическим обоснованием общей идеи о создании прав посредством законодательных актов и теми сложными судебными делами, в которых встает вопрос о том, какие права созданы некоторым конкретным законодательным актом. Второе — это понятие принципов, «лежащих в основе» или «воплощенных в» позитивных правовых нормах. Этим понятием перебрасывается мостик между политическим обоснованием доктрины о том, что сходные судебные дела должны решаться сходным образом, и теми сложными случаями, в которых неясны следствия из этой общей доктрины. Вместе эти понятия определяют юридические права как функцию, хотя и очень своеобразную, политических прав. Если судья принимает сложившиеся в его правовой системе обычаи, то есть, если он принимает автономность этой системы, обеспечиваемую ее конститутивными и регулятивными нормами, то он должен, в соответствии с доктриной о политической ответственности, принять некоторую общую политическую теорию, оправдывающую эти обычаи. Понятия законодательного замысла и принципов общего права предоставляют возможность применить эту общую политическую теорию к спорным вопросам о юридических правах.

Поэтому будет полезно рассмотреть, как судья-философ мог бы в соответствующих случаях разрабатывать теории о том, чего требуют законодательный замысел и принципы права. Как окажется, он создавал бы свои теории точно так же, как арбитр-философ создавал бы теории о характере игры. Для этой цели я придумал некоего юриста, обладающего сверхчеловеческой квалификацией, ученостью, терпением и проницательностью, которого назову Геркулесом. Я предполагаю, что Геркулес является судьей в каком-то типичном американском суде. Он признает основные, не вызывающие разногласий конститутивные и регулятивные нормы права, действующие в судах данной юрисдикции. То есть, он признает, что в общем и целом можно законодательными актами создавать и уничтожать юридические права, и что на судей возложена общая обязанность следовать более ранним решениям своего суда или судов высшей инстанции, ибо основание (*rationale*, как говорят юристы), на котором они были приняты, простирается и на рассматриваемое судебное дело.

1. *Конституция.* Предположим, в юрисдикции суда Геркулеса существует письменная конституция, согласно которой закон, предусматривающий установление государственной религии, не может иметь юридической силы. Законодательный

орган принимает закон о бесплатной доставке детей на автобусах в приходские школы. Будет ли таким законом устанавливаться религия¹? Соответствующая статья в конституции сформулирована так, что она может поддерживать как ту, так и другую точки зрения. Тем не менее, Геркулес обязан решить, имеет ли девочка, представшая перед судом, право ездить бесплатно на автобусе в приходскую школу.

Он может начать с вопроса: почему конституция вообще наделена силой создавать и уничтожать права? Если граждане обладают основополагающим правом на спасение души через государственную церковь, во что многие из них верят, то это, должно быть, очень важное право. Почему тот факт, что какая-то группа людей несколько сотен лет назад проголосовала иначе, не позволяет сделать это основополагающее право также и юридическим? Ответ Геркулеса должен иметь приблизительно такую форму. Конституция описывает общую политическую структуру, достаточно справедливую, чтобы считать, что она была принята по соображениям справедливости. Граждане пользуются преимуществом жить в обществе, институты которого устроены и управляются в соответствии с этой структурой, и должны также нести предусмотренное ею бремя, во всяком случае, до тех пор, пока не будет введена в действие новая структура в результате либо внесения отдельных поправок, либо всеобщей революции. Но тогда Геркулес должен поставить вопрос: какая же именно структура принципов была установлена? То есть, он должен построить конституционную теорию; поскольку он является Геркулесом, можно предположить, что в его силах построить полную политическую теорию, оправдывающую конституцию в целом. Это, разумеется, должна быть такая структура, которая соответствует конкретным нормам данной конституции. Она не может включать сильное основополагающее право на государственную церковь. Но достаточно хорошо соответствовать сформулированному в конституции положению о религии могут и несколько в полной мере разработанных теорий. Одна теория может, например, утверждать, что для правительства несправедливо принимать законы, которые вызовут большие беспорядки или напряженность в обществе; а поскольку введение государственной церкви будет иметь именно такие последствия, несправедливо позволять законодательному органу принимать эти законы. Другая теория может предусматривать основополагающее право на свободу вероисповедания и, следовательно, утверждать, что государственная церковь — это несправедливо, но не потому, что ведет к нарушению общественного порядка, а потому, что ущемляет данное основополагающее право. В этом случае Геркулес должен

¹ См.: *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1947).

обратиться к остальным конституционным нормам и к сложившейся в ходе их соблюдения практике, чтобы установить, какая из двух теорий лучше согласуется с конституционной структурой в целом.

Но теория, одержавшая верх при таком анализе, все же будет недостаточно конкретной, чтобы определять решение в некоторых случаях. Предположим, Геркулес решил, что положение об установлении религии оправдывается правом на свободу вероисповедания, а не какими-либо целями сохранения общественного порядка. Остается ответить, что же конкретно означает свобода вероисповедания? Будет ли право на свободу вероисповедания включать в себя право на то, чтобы налоги, собранные с граждан, не использовались для поддержки той или иной религии? Или же налоги нельзя использовать только для содействия одной религии за счет другой? Если верно первое, то закон о бесплатной перевозке учащихся приходских школ нарушает это право, если верно второе, то не нарушает. Структура норм и практики в рассматриваемом институте может оказаться недостаточно детализированной, чтобы позволить исключить одно из этих двух представлений о религиозной свободе, или чтобы счесть одно из них явно лучшим обоснованием для этой структуры. Следовательно, на каком-то этапе своей деятельности Геркулесу придется рассмотреть указанный вопрос не просто как проблему соответствия между теорией и нормами данного института, но и как проблему политической философии. Он должен будет решить, какое из представлений является более удовлетворительным уточнением общей идеи религиозной свободы. Он должен решить этот вопрос, потому что иначе он не сможет довести до конца начатое им дело. Он не сможет достаточно подробно ответить на вопрос, какую политическую структуру устанавливает данная конституция.

Итак, в ходе решения стоящей перед ним задачи Геркулес рассуждает примерно в том же духе, в каком рассуждает склонный к рефлексии шахматный арбитр. Он должен разработать теорию конституции в виде сложного набора принципов и стратегий, оправдывающих данную структуру правления, так же как шахматному арбитру приходится разработать теорию о характере своей игры. Он должен создавать эту теорию, обращаясь попеременно то к политической философии, то к конкретным особенностям его института. Он должен формулировать возможные теории для оправдания различных аспектов данной структуры, и проверять эти теории, сопоставляя их с институтом в целом. Когда в ходе этого анализа возможность проводить различия будет исчерпана, Геркулес должен будет детально разработать те спорные понятия, которые используются в одержавшей верх теории.

2. *Законодательные акты.* Согласно одному из законодательных актов, действующих в юрисдикции суда Геркулеса, к преступлениям федерального уровня относится сознательная транспортировка из одного штата в другой «любого лица, которое незаконно захватили, держали в заточении, обманным путем заманили, соблазнили, захватили силой или с целью выкупа, или увезли любыми иными средствами...» Геркулесу предстоит решить, считать ли в соответствии с этим законом преступником федерального уровня человека, который в нарушение судебного постановления убедил несовершеннолетнюю девочку в том, что ее религиозный долг повелевает ей бежать с ним с целью осуществить то, что он называет «небесным браком»¹. Данный закон был принят после знаменитого дела о похищении, чтобы дать возможность федеральным властям участвовать в поимке похитителей. Но формулировка закона достаточно широка, чтобы охватить и описанный здесь случай, а в протоколах заседаний законодателей и в отчетах соответствующих комиссий ничего не говорится в пользу обратного.

Применим ли закон в этом случае? Сам Геркулес может презирать небесные браки, или резко осуждать совращение малолетних, или ратовать за послушание детей родителям. Тем не менее жених имеет право на свободу, если только данный закон, истолкованный надлежащим образом, не лишает его этого права. Ни с какой правдоподобной теорией конституции несовместимо, чтобы судья имел полномочие задним числом объявлять тот или иной поступок преступлением. Так лишает ли жениха данный закон этого права на свободу? Для начала Геркулес должен ответить, почему законодательный акт имеет силу изменять юридические права. Ответ он найдет в своей конституционной теории: она может, например, предусматривать, что демократически избранные законодатели есть тот орган, которому надлежит принимать коллективные решения о том, какие поступки считать преступлениями. Но та же самая конституционная теория накладывает на законодателей и определенные обязанности: она накладывает не только ограничения, отражающие индивидуальные права, но и общую обязанность следовать коллективным целям, обеспечивающим общественное благосостояние. Этот факт представляет Геркулесу полезный критерий для данного сложного случая. Он может спросить, какая из интерпретаций лучше увязывает формулировку закона, данную законодателями, с их конституционными обязанностями. Такого же рода вопрос ставил арбитр по поводу характера его игры. Для ответа на этот вопрос потребуется построение не гипотезы об умона-

¹ См.: *Chatwin v. United States*, 326 U.S. 455 (1946).

строении конкретных законодателей, а специальной политической теории, которая лучше любой альтернативной теории оправдывает данный закон в свете наиболее общих обязанностей законодателей¹.

Какие принципиальные и стратегические доводы могли бы должным образом убедить законодателей принять именно этот закон? Законодателям не следует придерживаться стратегии, рассчитанной на то, чтобы всякий раз, когда позволяет конституция, подменять уголовную правоохранительную деятельность штата федеральной. Это создавало бы ненужные помехи для соблюдения принципа федерализма, который должен входить в состав конституционной теории Геркулеса. Однако законодатели могли бы ответственно следовать стратегии отбора для федеральных органов правопорядка всех тех преступлений, которые выходят за пределы одного штата и преследование которых в рамках одного штата было бы поэтому затруднено. Или они могли бы отбирать только особо опасные или широко распространенные преступления такого рода. Какая из этих двух стратегий дает лучшее обоснование для рассматриваемого закона? Если предусмотренное этим законом наказание велико и, следовательно, уместно при второй, но не при первой стратегии, следует предпочесть вторую стратегию. Какая из различных интерпретаций закона, допускаемых его формулировкой, лучше служит этой стратегии? Очевидно, решение о том, что заманивание обманным путем, представленное в рассматрива-

¹ Эта форма конституции иллюстрируется одним более ранним примером использования стратегических соображений при интерпретации законодательных актов. В деле «Мост через Чарльз-Ривер против Уорреновского моста» (Charles River Bridge v. Warren Bridge, 24 Mass. (7 Pick.) 344 (1830), *affd*, 36 U.S. (II I*et.) 420 (1837)) суд должен был решить, считать ли разрешение на создание корпорации для строительства моста через реку Чарльз-Ривер эксклюзивным, исключив тем самым выдачу подобных разрешений в дальнейшем. Судья Высшего апелляционного суда Мортон придерживался мнения, что это разрешение нельзя было считать эксклюзивным, и в поддержку своей интерпретации он привел следующие доводы: «Если либеральное и расширенное толкование постановлений о разрешении на создание корпораций приводит к последствиям, столь несовместимым с совершенствованием и процветанием государства, мы должны, если позволят условия этих постановлений, лучше принять их более узкое и ограниченное толкование, нежели приписывать законодателям подобную непредусмотрительность... [Толкование этого разрешения как эксклюзивного] свелось бы, по существу, к соглашению о том, что в течение действия разрешения, полученного истцами, значительная часть транспортных и грузоперевозочных средств нашего штата должна оставаться в состоянии *status quo*. В целом я непреодолимо склоняюсь к выводу, что такое толкование не согласуется ни со здравым смыслом, ни с судебными прецедентами, ни с общим направлением законодательной деятельности, ни с принципами наших свободных институтов»

емом деле, согласно этому закону, не относится к преступлениям федерального уровня.

Я изложил простую и, возможно, непоказательную проблему интерпретации законов, но я не могу здесь развивать в деталях теорию интерпретации законов. Я хочу только предложить возможный способ обоснования общего положения о том, что, рассуждая о целях законодательных актов, судьи рассуждают о политических правах. Но есть два момента, которые необходимо отметить, даже в связи с этим простым примером. Во-первых, было бы неточно говорить, что решение Геркулеса дополняет сделанное законодателями при принятии данного закона или что Геркулес попытался определить, что сделали бы законодатели, если бы им было известно о проблеме, представленной в рассматриваемом им судебном деле. Совершенное законодателями не является, как предполагают эти формулировки, мерой, действие которой мы можем каким-то образом измерить, чтобы указать, где оно прекращается; скорее, содержание этой меры оспаривается таким же образом, как оспаривается содержание соглашения об игре. Геркулес строит свою политическую теорию как аргументацию по поводу сделанного законодателями в данном случае. Противоположный аргумент, согласно которому законодатели в действительности сделали не это, выражает собой не реалистичный здравый смысл, а конкурирующее представление об истинном содержании оспариваемой меры.

Во-вторых, важно отметить, насколько большую роль играет каноническая формулировка действительного закона в описанном процессе. Она ставит пределы тому, что иначе, по самой своей природе, было бы неограниченным. Политическая теория, разработанная Геркулесом для интерпретации рассматриваемого закона на основе стратегии отнесения к федеральной компетенции только опасных преступлений, оправдывала бы очень многие решения, которых в действительности законодатели не принимали, какой бы ни была интерпретация формулировки данного закона. Она оправдывала бы, например, закон, объявляющий преступлением федерального уровня выезд убийцы за пределы штата, в котором он совершил свое преступление. Законодатели в общем не обязаны следовать только одной конкретной стратегии, и Геркулес, очевидно, был бы неправ, если бы предположил, что законодатели в каком-то смысле приняли и этот дополнительный закон. Формулировка закона, который они действительно приняли, не позволяет при его интерпретации впасть в абсурд; она позволяет Геркулесу утверждать, что законодатели в своей стратегии максимально использовали возможности этой формулировки, но было бы неправильно предполагать, что они пошли дальше этого.

В. Общее право

1. Прецедент. Когда-нибудь на рассмотрении Геркулеса окажется сложное судебное дело, не подпадающее под действие какого-либо законодательного акта; юристы будут спорить о том, дают ли право на выигрыш одной из сторон предыдущие решения Геркулесова суда по делам общего права, при их надлежащем толковании. Таким было дело «Спартан Стил». Истец не утверждал, что какой-либо закон дает ему право получить возмещение убытков; вместо этого он указывал на более ранние судебные решения, по которым было признано справедливым возмещение убытков за ущерб иного рода, и заявлял, что принцип, стоящий за этими решениями, требует принять сходное решение и в его случае.

Прежде всего Геркулес должен выяснить, почему доводы такого рода вообще могут быть здравыми, хотя бы в принципе. На этот вопрос он не найдет скорого или очевидного ответа. Когда он задавал себе аналогичный вопрос о законодателях, то нашел готовый ответ в общей демократической теории. Но особенности практики прецедента, которую он сейчас должен обосновать, не допускают столь же простой теории.

Впрочем, ему может показаться привлекательным следующий ответ. Когда судьи выносят решения по конкретным делам в рамках общего права, они устанавливают общие правовые нормы, предназначенные приносить каким-то образом пользу обществу. Так что в дальнейшем другие судьи, вынося решения по другим делам, должны соблюдать данные нормы в целях обеспечения этой же пользы. Если бы такое изложение дела являлось достаточным обоснованием для практики прецедента, то Геркулес мог бы решать эти сложные дела общего права так, как будто предыдущие судебные решения представляют собой законодательные акты, используя технику, разработанную им для интерпретации законов. Но если он зайдет достаточно далеко в следовании этой теории, то его будут подстерегать непреодолимые трудности. Причину этого стоит рассмотреть подробно, потому что ошибки этой теории укажут нам путь к более удачной теории.

Интерпретация закона, как мы только что отметили, зависит от наличия его канонической формулировки, сколь бы неопределенной или неконкретной она ни была, ибо она ставит пределы политическим решениям, которые, видимо, позволяет принять этот закон. Геркулес обнаружит, что многие судебные решения, на которые тяжущиеся стороны ссылаются как на прецедент, не содержат каких-то особых предложений, выражающих каноническую формулировку устанавливаемой данными судебными решениями правовой нормы. В конце XIX и

начале XX века среди англо-американских судей были модны попытки создания таких канонических формулировок, позволивших бы впоследствии ссылаться, например, на норму, установленную в деле «Райлэндс против Флетчера»¹. Но даже в этот период между юристами и авторами учебников не было согласия по поводу того, какие части известных судебных решений следует считать имеющими канонический вид. В наши дни даже очень важные судебные решения редко формулируются в такой «законодательной» манере. В них приводятся основания, в виде прецедентов и принципов, для оправдания принимаемого решения, но эти прецеденты и принципы считаются основанием именно для данного решения, а не для какой-то новой, ранее не формулировавшейся нормы права. Иногда судья открыто признает, что лишь в последующих судебных делах полностью определятся все последствия его решения.

Конечно, Геркулес вполне мог бы решить, что, найди он в одном из более ранних судебных дел каноническую формулировку, он воспользовался бы своей техникой интерпретации законов, чтобы определить, подпадает ли новый случай под действие нормы права, представленной этой формулировкой². Он вполне мог бы признать, что прецедент имеет, так сказать, «законотворческую» силу. Но он обнаружит, что, когда прецедент действительно обладает законотворческой силой, его влияние на последующие судебные дела не сводится, по общему мнению, только к этому. Судьи и юристы не считают, что силу прецедента ограничивают, как это было бы в случае законодательного акта, словесные особенности какой-то конкретной формулировки. Если бы дело «Спартан Стил» рассматривалось в Нью-Йорке, адвокат истца выдвинул бы предположение, что предыдущее решение судьи Кардозо по делу «Макферсон против фирмы "Бьюик"»³, в соответствии с которым женщина по-

¹ Rylands v. Fletcher [1866] L. R. I Ex. 265, aff'd, (1868) L.R. 3 H.L. 330.

² Но поскольку Геркулесу придется принять тезис о правах, его «интерпретация» законотворческих постановлений суда будет отличаться от интерпретации законов в одном очень важном отношении. При интерпретации законов он, как мы видели, снабжает формулировку законодателей принципиальными или стратегическими доводами, которые лучше всего оправдывают эту формулировку в свете обязанностей законодателей. Его аргументация остается принципиальной; стратегические соображения он использует для того, чтобы определить, какие права уже созданы законодателями. Но когда он будет «интерпретировать» законотворческие постановления судов, он снабдит соответствующие формулировки только принципиальными доводами, так как, согласно тезису о правах, только такие доводы оправдывают ответственность «законотворческого» суда.

³ MacPherson v. Buick Motor Co, 217 N. Y. 382, 11 N. E. 1050 (1916).

лучила возмещение убытков за увечья, явившиеся результатом небрежности при изготовлении автомобиля, говорит в пользу права его клиента на возмещение убытков, несмотря на то, что это более раннее решение не содержит формулировок, которые оправданно было бы интерпретировать как установление такого права. Он убеждал бы суд, что более раннее решение обладает силой притяжения для последующих решений, даже если эти последующие решения не находятся непосредственно в области его действия.

Эта сила притяжения является составной частью той практики, которую должен учесть Геркулес в своей общей теории прецедента. В этом важном отношении деятельность судей отличается от деятельности должностных лиц других институтов. В шахматах должностные лица подчиняются установленным правилам в такой мере, что это позволяет предположить полную автономию их института. Они могут проявлять самостоятельность лишь тогда, когда этого требует применение какого-либо правила, как, например, правила о признании результатов игры недействительными. Поэтому можно сказать, что каждое решение шахматного арбитра непосредственно определяется и оправдывается установленными шахматными правилами, даже если некоторые из этих решений должны основываться на интерпретации, а не на простом и недвусмысленном значении соответствующего правила.

Некоторые философы права пишут о вынесении судебных решений так, как если бы они были похожи на решения, принимаемые в шахматах, за тем лишь исключением, что нормы права с большей вероятностью, чем шахматные правила, требуют интерпретации. В таком духе рассуждает, например, профессор Харт, по мнению которого сложные случаи возникают лишь потому, что нормы права имеют, как он выражается, «открытую текстуру»¹. На самом деле судьи часто расходятся во мнениях не просто о том, как следует интерпретировать ту или иную норму права или принцип, а о том, следует ли вообще признать нормой права или принципом ту норму или принцип, на которую ссылается кто-то из судей. В некоторых случаях все судьи считают относящимися к делу одни и те же более ранние судебные решения, но расходятся во мнениях о том, какую правовую норму или принцип устанавливает данный прецедент. В отличие от шахмат, при вынесении судебного решения довод в пользу конкретной нормы права может оказаться более важным, чем довод о применимости этой нормы права к конкретному случаю. Если шахматный арбитр в своем решении ссылается на правило, о котором никто раньше никогда не слышал, он скорее всего будет уволен

¹ *Hart H. L. A. The Concept of Law. P. 121—132.*

или признан сумасшедшим, в то время как судья, поступающий точно так же, будет, скорее всего, с почтением упомянут в лекциях юридических школ.

Тем не менее, судьи, видимо, согласны с тем, что более ранние решения вносят свой вклад в формулировку новых и спорных норм права иначе, чем посредством их интерпретации; они согласны, что более ранние решения обладают силой притяжения, даже если у них нет единого мнения о том, что это за сила. Очень часто, решая, как ему проголосовать по тому или иному вопросу, законодатель интересуется лишь вопросами основополагающей морали или политики. Он не обязан доказывать, что своим голосованием он не противоречит коллегам-законодателям или законодателям прошлого. Но судья очень редко бывает настолько независимым. Для обоснования своего самостоятельного решения он всегда старается увязать его с решениями, которые другие судьи или чиновники принимали до него.

В самом деле, когда хорошие судьи пытаются объяснить в общих чертах, как они работают, подбираемые ими выражения обрисовывают те ограничения, которые они постоянно ощущают, даже если считают, что создают новый закон, — ограничения, которые были бы неуместны, будь судьи законодателями. Они говорят, например, что находят новые правовые нормы имманентно присущими праву в целом, или что они следуют внутренней логике закона, применяя некий метод, относящийся больше к философии, нежели к политике, или что они лишь силы, посредством которых право постепенно очищает себя, или что право живет своей собственной жизнью, хотя это уже имеет отношение скорее к опыту, нежели к логике. Геркулес не должен довольствоваться этими общеизвестными метафорами и персонификациями, но он не должен довольствоваться и описанием судебного процесса, в котором игнорируется тот факт, что хорошие юристы находят эти метафоры и персонификации привлекательными.

Сила притяжения прецедента не найдет объяснения в теории, согласно которой сила прецедента в полной мере исчерпывается его законотворческой силой как элемента законодательной системы. Но неадекватность такого подхода подсказывает нам лучшую теорию. Силу притяжения прецедента можно объяснить, обращаясь не к мудрости законотворческих постановлений, а к справедливости сходного решения сходных судебных дел. Прецедент — это отчет о более раннем политическом решении; сам факт этого решения, будучи частью политической истории, дает основание в будущем решать другие судебные дела подобным же образом. Это общее истолкование силы притяжения прецедента позволяет объяснить одну особенность, с которой не справляется «законотворческая» теория, а именно: что сила прецедента не

всегда определяется тем, как формулируется соответствующее судебное решение. Если правительство в каком-то обществе заставило производителя недоброкачественных автомобилей возместить убытки женщине, пострадавшей из-за неисправности ее автомобиля, то этот исторический факт должен представлять собой хоть какое-то основание для того, чтобы то же самое правительство и от строительной фирмы, причинившей экономический ущерб из-за недоброкачественной работы своих сотрудников, требовало возмещения убытков. Мы можем проверить весомость этого основания, ставя вопрос не о том, требует ли формулировка предыдущего решения в ее соответствующей интерпретации, чтобы строительная фирма возместила убытки, а задав совсем другой вопрос: будет ли справедливо, если правительство, вмешавшись в первом случае, во втором откажет в своей помощи.

В результате Геркулес придет к выводу, что эта доктрина справедливости предлагает единственное адекватное объяснение всей практике прецедента. Он сделает определенные выводы и в отношении своих собственных обязанностей при решении сложных судебных дел. Самый важный — это вывод о том, что он должен ограничивать действие силы притяжения более ранних решений областью, на которую распространяются принципиальные доводы, необходимые для обоснования этих решений. Если более раннее решение полностью обуславливалось стратегическими доводами, то оно не будет иметь никакой силы притяжения. Его ценность как прецедента будет ограничена его законотворческой силой, то есть дальнейшими судебными делами, подпадающими под его конкретную формулировку. Какого распределения потребует коллективная цель, как мы отмечали раньше, — это вопрос случайных фактов и общей законодательной стратегии. Если правительство вмешалось в случае миссис Макферсон не потому, что она имела какое-то право на его вмешательство, а только потому, что мудрая стратегия указала именно это средство для достижения некоторой коллективной цели, например экономической эффективности, то уже нельзя соображениями справедливости убедительно доказать, что правительство должно поэтому заступиться и за истца в деле «Спартан Стил».

Чтобы понять, почему это так, мы должны напомнить себе, сколь незначительные требования согласованности мы предъявляем к решениям законодательных органов, когда эти решения определяются стратегическими соображениями¹. Предположим,

¹ В деле «Уильямсон против Оптической компании Ли» (Williamson v. Lee Optical Co., 348 U.S. 483 (1955)) судья Дуглас высказал предположение, что законодательные решения, обусловленные стратегическими соображениями, необязательно должны быть единообразными или согласованными:

могли бы этого достичь, примерно с равной эффективностью, либо субсидируя жилищное строительство, либо повышая прямые государственные расходы на прокладку новых дорог. Дорожные фирмы не имеют права на то, чтобы законодатели выбрали дороги; а если они все-таки выберут их, то никакой принцип согласованности решений не дает фирмам, занимающимся строительством жилых домов, права на то, чтобы законодатели субсидировали еще и жилищное строительство. Законодатели могут решить, что программа дорожного строительства является вполне достаточным стимулом для развития экономики, и дальнейших программ не требуется. Они могут решить так, даже признав в итоге, что эффективнее было бы с самого начала провести субсидирование жилищного строительства. Или они могли бы даже признать, что нужно и дальше стимулировать развитие экономики, но желательно сначала подождать дополнительных подтверждений, возможно, в виде данных об успешной реализации дорожной программы, чтобы решить, являются ли субсидии эффективным средством стимулирования. Законодатели могут даже заявить, что больше не желают посвящать свое время и силы экономической политике. Возможно, существует предел тем произвольным различиям, которые могут проводить законодатели, следуя коллективным целям. Даже если окажется эффективным строить все судостроительные верфи в Южной Калифорнии, это могут счесть несправедливым и политически неразумным. Но эти слабые ограничения, запрещающие слишком несправедливые варианты распределения, очевидно, не исключают предоставление какой-то одной группе населения значительных дополнительных благ, в которых отказано другим группам.

Следовательно, в целом нельзя обосновать соображениями справедливости, что правительство, использовавшее в каком-то случае некоторое средство для достижения определенной коллективной цели, обязательно должно использовать то же средство, или даже следовать той же самой цели всякий раз, как возникает аналогичная ситуация. Я имею в виду не просто то, что правительство может передумать и пожалеть о цели или

«Проблема упорядочения законодательных решений является вечной и не допускает дефиниции в рамках какой-то доктрины. Зло в одной и той же области может иметь разные масштабы и пропорции и требовать различных средств для своего устранения. Или так могут считать законодатели. Или реформы могут проходить поэтапно, обеспечивая на каждом этапе решение того аспекта проблемы, который кажется законодателям наиболее острым. Законодатели могут выбрать один какой-то аспект в данной конкретной области и применить там какое-то одно средство, пренебрегая остальными. Запрет, налагаемый статьей о равной защите законом, касается лишь несправедливой дискриминации» (Ibid. P. 489. Цитаты опущены).

средствах, выбранных им в предыдущем решении. Я имею в виду, что ответственное правительство может следовать разным целям несогласованным и непредвиденным образом, так что если даже оно не сожалеет, а продолжает проводить в жизнь некоторую норму права, предназначенную служить определенной цели, оно может при этом отвергать другие нормы, которые ничуть не хуже служили бы этой же самой цели. Правительство может, например, принять правовую норму, согласно которой производители ответственны за ущерб, причиненный из-за неисправности выпускаемых ими автомобилей, и в то же время (с полным основанием) отказаться принять такую же норму в отношении производителей стиральных машин, не говоря уже о подрядчиках, причиняющих экономический ущерб, подобный тому, что имел место в случае «Спартан Стил». Правительство должно, конечно, быть рациональным и справедливым; оно должно принимать решения, в целом служащие оправданной совокупности коллективных целей, и притом соблюдать те права, какие имеются у граждан. Но это общее требование не может быть основанием для силы притяжения, которую, как считается, имеет судебное решение в пользу миссис Макферсон.

Таким образом, Геркулес, определяя силу притяжения конкретного прецедента, должен учитывать только принципиальные доводы, оправдывающие данный прецедент. Если решение в пользу миссис Макферсон предполагает, что она имеет право на возмещение убытков, а не просто это решение служит достижению какой-то коллективной цели, тогда вступают в силу соображения справедливости, на которые опирается практика прецедента. Отсюда, конечно, не следует, что любой человек, каким-либо образом пострадавший от небрежности другого, должен иметь то же конкретное право на возмещение убытков, каким обладает миссис Макферсон. Может случиться, что в более позднем судебном деле конкурирующие права потребуют некоторого компромисса, который не требовался в ее случае. Но отсюда вполне может следовать, что истец в более позднем деле обладает тем же абстрактным правом, а если это так, то потребуются специальная аргументация со ссылкой на конкурирующие права, чтобы показать, что в более позднем случае справедливым будет противоположное решение.

2. *Бесшовное сплетение.* Первый вывод Геркулеса о том, что сила притяжения прецедента определяется принципиальными доводами, на которые опирается данный прецедент, подсказывает нам и второй вывод. Поскольку судебная практика в его обществе предполагает, что более ранние судебные решения обладают общей силой притяжения, то он может оправдать эту судебную практику, только предположив, что в его обществе

имеет силу тезис о правах. Никто не считает удовлетворительным доводом против силы притяжения некоторого прецедента ссылку на то, что для осуществления цели, которой служил этот прецедент, уже сделано достаточно, или что судам теперь лучше заняться какой-нибудь другой целью, прежде находившейся в относительном пренебрежении, а к цели, которой служил данный прецедент, возможно, стоит вернуться в каком-то другом деле. Практика прецедента не предполагает, что *основания* (rationale) в пользу определенных судебных решений можно применять несогласованно. Если признается, что оправданием для какого-то прецедента служит некоторое конкретное основание; если это основание подсказывает также определенное решение в рассматриваемом судебном деле; если более раннее решение, составившее прецедент, не было отменено или каким-то иным образом не стало предметом сожалений среди судей; тогда это решение должно быть принято и в более позднем случае.

Геркулес должен предположить, что в его обществе понимают, хотя, быть может, и не признают открыто необходимость обоснования судебных решений скорее принципиальными, нежели стратегическими соображениями. Теперь он видит, что известное понятие, используемое судьями при объяснении своих рассуждений на основании прецедента, — понятие определенных принципов, лежащих в основе или воплощенных в положениях общего права, — само представляет собой лишь метафорическую формулировку тезиса о правах. Он может в дальнейшем использовать это понятие в своих решениях по сложным судебным делам общего права. Оно обеспечивает общий критерий для решения таких дел, подобно понятию о характере игры у шахматного арбитра и его (Геркулеса) собственному понятию законодательного замысла. Отсюда возникает вопрос: какое множество принципов служит наилучшим обоснованием для прецедентов? Ставя этот вопрос, мы перебрасываем мостик от общего обоснования практики прецедента, то есть от соображений справедливости, к собственному решению Геркулеса о том, чего требует это общее обоснование в определенном сложном деле.

Теперь Геркулес должен разработать свое понятие принципов, лежащих в основе общего права, приписав каждому из соответствующих прецедентов некую структуру принципов, которая оправдывает решение согласно этому прецеденту. И тут он обнаружит еще одно важное различие между понятием принципов и понятием законодательного замысла, которое он применял при интерпретации законов. В случае законодательных актов ему пришлось выбирать теорию о замысле рассматриваемого конкретного закона, обращаясь к другим законодательным актам лишь в той мере, в какой это могло помочь при вы-

боре среди теорий, примерно одинаково согласующихся с рассматриваемым законом. Но если сила притяжения прецедента опирается на идею о том, что справедливость требует последовательного соблюдения прав, то Геркулес должен отыскать принципы, согласующиеся не только с конкретным прецедентом, к которому привлек его внимание один из участников процесса, но и со всеми другими решениями судов данной юрисдикции, а также согласующиеся с законодательными актами в той мере, в какой их принятие было обусловлено принципами, а не стратегическими соображениями. Доказав лишь, что его решение не противоречит установленным принципам и, следовательно, является справедливым, он не исполнит свой долг до конца, если принципы, которые он назовет установленными, не согласуются с другими решениями, которые его суд также намерен поддерживать.

Предположим, например, что он может обосновать решение Кардозо в пользу миссис Макферсон, сославшись на некий абстрактный принцип равенства, гласящий, что в случае аварии возмещение убытков ложится на самого богатого из людей, чьи действия в той или иной мере привели к ней. При этом он не может доказать, что этот принцип соблюдался в других делах об авариях, а если бы и смог, то ему не удалось бы доказать, что этому принципу следуют в других областях права, например, в договорном праве, где он также имел бы огромное влияние, будь он там признан. Если когда-нибудь в будущем Геркулес решит дело об аварии не в пользу истца, который является богаче ответчика, ссылаясь на это якобы существующее право равенства, то истец сможет с полным основанием пожаловаться, что такое решение противоречит действиям правительства в других судебных делах, как если бы само дело Макферсон не бралось в расчет. Может быть, право и не бесшовное сплетение, но истец вправе ожидать от Геркулеса, чтобы тот обращался с правом, как если бы оно было таким.

Теперь вы поймете, почему я назвал нашего судью Геркулесом. Он должен построить структуру абстрактных и конкретных принципов, обеспечивающую согласованное обоснование всех прецедентов в рамках общего права, а также тех конституционных и законодательных постановлений, которые основываются на соображениях принципа. Мы сможем осознать всю масштабность этого предприятия, если выделим в гигантском объеме правовых решений, которые должен обосновать Геркулес, вертикальный и горизонтальный срез их упорядочения. Вертикальное упорядочение обеспечивается выделением разных уровней полномочий: то есть, на более высоких уровнях принимаются официальные решения, которые могут, так сказать, контролировать решения, принимаемые на более низких

уровнях. В Соединенных Штатах приблизительный характер вертикального упорядочения очевиден. Самый верхний уровень занимает конституционная структура, следующий — решения Верховного Суда и, может быть, других судов, занимающихся интерпретацией этой структуры, далее идут постановления различных законодательных органов, а на еще более низких уровнях располагаются решения различных судов, вносящих свой вклад в развитие общего права. Геркулес должен так провести принципиальное обоснование на каждом из этих уровней, чтобы это обоснование согласовывалось с принципами, которые обеспечивают обоснование на более высоких уровнях. Горизонтальное упорядочение требует просто, чтобы принципы, оправдывающие одно решение на каком-то уровне, обязательно согласовывались с обоснованием других решений на этом же уровне.

Предположим, Геркулес, воспользовавшись своими необычайными дарованиями, решил выстроить всю эту структуру заранее, чтобы встретить тяжущиеся стороны в суде во всеоружии полной теории права, — на случай, если она понадобится для обоснования какого-либо конкретного решения. Вначале, сосредоточив внимание на вертикальном упорядочении, он подробно формулирует и уточняет конституционную теорию, которую он уже использовал. Эта конституционная теория будет в той или иной мере отличаться от теории, разработанной любым другим судьей, потому что конституционная теория предполагает определенное решение сложных вопросов институционального устройства, а также вопросов философии политики и морали, и решение Геркулесом этих вопросов неизбежно будет отличаться от тех, к которым могли бы прийти другие судьи. Эти различия на более высоком вертикальном уровне будут оказывать значительное влияние на структуры, которые каждый из судей предложил бы на более низких уровнях. Геркулес, например, может считать, что некоторые важные конституционные ограничения законодательной власти можно лучше всего обосновать, постулируя абстрактное право на неприкосновенность частной жизни, защищающее от вмешательства государства, поскольку он убежден, что такое право является следствием еще более абстрактного права на свободу, гарантируемого конституцией. В этом случае он будет усматривать несогласованность в том, что в законах о гражданских правонарушениях не признается конкретный вариант аналогичного абстрактного права на неприкосновенность частной жизни, защищающего от вмешательства сограждан. Если другой судья не разделяет его мнения о взаимосвязи между частной жизнью и свободой и, таким образом, не считает убедительной его интерпретацию

конституции, то этот судья не согласится и с тем, как следует развивать законы о гражданских правонарушениях.

Итак, собственные решения Геркулеса будут иметь глубокие, хотя иногда и оспариваемые последствия. Но эти решения не входят в его построения таким образом, что можно какие-то части создаваемой им теории отнести к его личным убеждениям, а не к той совокупности правовых норм, которые он должен обосновать. Он не придерживается упомянутых ранее классических теорий, согласно которым судья следует законам или прецеденту до тех пор, пока не исчерпают силу их ясные требования, после чего он волен действовать по своему усмотрению. Теория Геркулеса, скорее, говорит о том, чего требует сам закон или прецедент, и хотя в ней, разумеется, будут отражены собственные рациональные и философские убеждения Геркулеса, это вовсе не означает, что эти убеждения обладают некоей независимой силой в его рассуждениях просто потому, что они — *его* убеждения¹.

3. *Ошибки.* Я не буду сейчас пытаться более подробно развить правовую теорию Геркулеса. Но я упомяну о двух проблемах, с которыми ему придется столкнуться. Он должен решить, во-первых, какой вес нужно придать — определяя структуру обоснования некоторого множества прецедентов — аргументам, которыми судьи подкрепляют свои решения. Он не всегда найдет в этих судебных решениях достаточно точные формулировки, чтобы считать их законом, который он мог бы истолковать. Но в судебных решениях почти всегда будут в явном виде содержаться аргументы, которые, по мнению судей, говорят в пользу их решений. В структуре обоснования Геркулеса эти аргументы играют роль лишь исходных или принимаемых *prima facie*². В этой структуре получает оправдание требование, согласно которому правительство должно распространять на всех граждан права, которые оно признает за некоторыми. Если государственный чиновник предлагает определенный принцип в качестве обоснования своего решения, этот факт можно считать доказательством *prima facie* в пользу того, что правительство опирается на этот принцип.

Но лежащие в основе решений правительства соображения справедливости главным образом имеют силу и значение для будущего, а не для прошлого. Сила притяжения судебного решения в деле миссис Макферсон определяется не просто тем фактом, что она получила компенсацию за свой «Бьюик», но также и тем, что правительство намерено и в будущем обеспе-

¹ См. ниже, с. 172—182.

² Здесь: при отсутствии доказательств в пользу обратного (*лат.*). - Прим. ред.

чивать возмещение убытков людям, оказавшимся в точно таком же положении. Если бы суды пожелали отменить это решение, то в пользу истца в деле «Спартан Стил» не осталось бы никаких доводов по существу дела, основывающихся на действительном судебном решении. Следовательно, если вместо принципа, на который ссылался Кардозо, удастся найти другой принцип для обоснования решения по делу Макферсон, и если этот другой принцип, в отличие от принципа Кардозо, будет оправдывать больше прецедентов или если он будет лучше согласовываться с аргументами, оправдывающими решения на более высоком вертикальном уровне, то этот новый принцип будет более удовлетворительной основой для последующих решений. Конечно, приведенный довод окажется излишним, если новый принцип будет более абстрактным и если принцип Кардозо можно будет рассматривать как всего лишь конкретное выражение этого более абстрактного принципа. В этом случае геркулес не отвергнет, а включит обоснование Кардозо в свою структуру. Фактически, Кардозо именно таким образом использовал решение по более раннему делу «Томас против фирмы "Винчестер"»¹. Возможно, впрочем, что новый принцип окажется нестандартным и для оправдания прецедента или серии прецедентов представит совсем не те основания, которые предлагаются в судебных решениях по этим делам. Ярким примером может служить известный аргумент Брандейса и Уоррена по поводу права на неприкосновенность частной жизни²: они утверждали, что это право не было обойдено законом, а напротив, было представлено в широком спектре судебных решений, несмотря на то, что судьи, выносившие эти решения, о нем не упоминали. Возможно, предложенная ими аргументация была неудачной, и Геркулес на их месте добился бы иного результата. Тем не менее, теория Геркулеса показывает, почему их доводы, которые иногда воспринимают как своего рода эффектное жульничество, на самом деле были здравыми, по крайней мере по своему замыслу.

Геркулесу придется также столкнуться с другой, более сложной проблемой. Если история его суда хоть сколько-нибудь сложна, он обнаружит, что принятое им требование полной согласованности оказывается слишком сильным, и его следует уточнить, включив пункт, разрешающий пренебрегать тем, что является ошибочным в этой истории. Ибо даже Геркулес, с его непревзойденным воображением, не сумеет найти такое множество принципов, которые согласовывали бы между

¹ Thomas v. Winchester, 6 N. Y. 397 (1852).

² Warren & Brandeis, «The Right of Privacy» // 4 Harv. L. Rev. (1890). P. 193.

собой все существующие законы и прецеденты. Едва ли это может нас удивлять: законодатели и судьи прошлого отнюдь не обладали способностями и интуицией геркулеса, и к тому же эти мужчины и женщины вовсе не придерживались одних и тех же мнений и не обладали одним и тем же складом ума. Разумеется, всякое множество законов и судебных решений можно объяснить исторически, психологически или социологически, но согласованность требует обоснования, а не объяснения, и это обоснование должно быть не мнимым, а правдоподобным. Если Геркулес в своем обосновании использует произвольные различия и применяет малопривлекательные принципы, то он вообще не может претендовать на обоснование.

Представим себе, что в юрисдикции суда Геркулеса действует закон о небрежности и несчастных случаях, имеющий следующую упрощенную историю создания. Все начинается с конкретных судебных решений, в которых признается право на возмещение убытков при получении телесных повреждений, вызванных использованием опасных инструментов, имеющих производственные дефекты. Затем в каком-то заметном судебном решении, каким было, например, решение по делу Макферсон, эти случаи получают новую интерпретацию, согласно которой оправданием им служит очень абстрактное право каждого человека на разумное внимание со стороны других людей, чьи действия могут нанести вред ему самому или его имуществу. В последующем область действия этого принципа в чем-то расширяют, а в чем-то — сужают. Суды, например, принимают решение, что никакое конкретное право не было нарушено бухгалтером, проявившим небрежность при подготовке финансовых документов. Они объявляют также, что в определенных случаях этим правом нельзя пренебрегать, например, в случае стандартного договора о покупке автомобиля. Законодатели вдобавок принимают закон, предусматривающий, что при некоторых несчастных случаях на производстве признается справедливым возмещение ущерба, если только ответчик не сможет доказать, что вина за случившееся целиком лежит на истце. Но этот же закон предусматривает, что в других случаях, например, в случае авиационной катастрофы, возмещение убытков будет ограничиваться заранее оговоренной суммой, которая может быть значительно меньше реального ущерба, а позднее в него добавляется еще один пункт: пассажир автомобиля не может подать в суд на водителя, даже если водитель вел машину небрежно и пассажир получил травмы. А теперь предположим, учитывая всю эту предысторию, что Геркулесу поручают вынести решение по делу «Спартан Стал».

Может ли он найти непротиворечивое множество принципов, оправдывающих перечисленные решения в соответствии с

требованиями справедливости? Он мог бы начать с заявления, что индивиды имеют право требовать возмещения убытков, только если убытки были причинены им намеренно. Он мог бы сказать, что возмещение за убытки, причиненные по небрежности, полагается только по стратегическим соображениям, а не в силу некоего абстрактного права, и при этом сослался бы на законы, ограничивающие ответственность авиакомпаний и страховых компаний, и на судебные дела, отрицающие ответственность бухгалтеров, усматривая в них подтверждение тому, что в возмещении убытков следует отказывать, когда этого требуют стратегические соображения. Но он должен признать, что этот его анализ не согласуется с другими судебными решениями и особенно с тем заметным решением, когда было признано общее право на возмещение ущерба, причиненного по небрежности. Он не может, не противореча остальной своей теории, утверждать, что эти решения можно оправдать стратегическими соображениями, раз он признает, в соответствии с тезисом о правах, что суды могут расширить ответственность только на основе принципиальных, а не стратегических доводов. Поэтому он должен отбросить эти решения как ошибочные.

Геркулес может выбрать другую стратегию, предложив принцип, согласно которому индивиды имеют право на возмещение убытков при тех же самых обстоятельствах, при которых были возмещены убытки в соответствии с принятыми судебными решениями, но они не обладают общим правом на такое возмещение убытков. Он может, например, признать правовой принцип, предусматривающий право на возмещение убытков, связанных с автомобилем истца, но при этом отрицать распространение этого принципа на другие виды убытков. Но хотя он мог бы таким образом абсолютно точно подогнать свое обоснование рассмотренной истории суда к самой этой истории, он должен будет признать, что это обоснование опирается на совершенно произвольные различия. В своей политической теории он не сможет оправдать различие между признанием абстрактного права в случае, когда человек получает травмы, находясь за рулем собственного автомобиля, и отказом в таком праве человеку, который получил травмы, будучи пассажиром в чужом автомобиле или в самолете. Он сформулировал множество аргументов, которыми вообще нельзя ничего последовательно обосновать.

Поэтому он мог бы признать, что он не способен истолковать изложенную историю суда, иначе как допустив общее абстрактное право на возмещение ущерба, причиненного по небрежности; но он мог бы заявить, что это относительно слабое право и поэтому его перевешивают относительно слабые стратегические соображения. В подтверждение этой своей точ-

ки зрения он мог бы сослаться на законы и судебные дела, связанные с ограничением ответственности. Но тут он столкнулся бы со следующей трудностью: хотя закон об ограниченной ответственности при авиакатастрофах никогда не отменялся, авиационные рейсы стали настолько надежными, а механизм страхования, используемый авиакомпаниями, настолько недорогим и эффективным, что отказ отменить этот закон можно обосновать, только признав данное абстрактное право столь слабым, что его могут преодолеть не очень весомые стратегические доводы. Если Геркулес считает это право настолько слабым, он не сможет обосновать различные судебные решения, в которых данное право было поддержано как конкретное в противовес стратегическим доводам, намного более сильным, чем те, что в состоянии представить авиакомпания. Итак, он вынужден выбирать, что признать ошибкой: либо сохранение закона об ограниченной ответственности в случае авиакатастрофы, либо судебные решения, которые придают данному праву гораздо большее значение.

Следовательно, в любом случае Геркулес должен расширить свою теорию, включив в нее идею о том, что при обосновании истории его суда может выявиться ошибочность части этой истории. Но он не может злоупотреблять этим приемом, потому что, если бы он был волен принимать за ошибку любой несогласующийся фрагмент этой истории, не заботясь о том, как это скажется на его общей теории, то требование согласованности вообще утратило бы всякий смысл. Ему необходимо разработать теорию ошибок в истории суда, которая должна состоять из двух частей. Она должна продемонстрировать, какие последствия для дальнейших обоснований судебных решений будет иметь признание ошибочности того или иного события в истории суда; а также она должна установить ограничение на количество и характер тех событий, которые можно признать ошибочными.

Первую часть этой теории ошибок Геркулес построит при помощи двух видов различий. Прежде всего, он будет различать точно фиксируемое влияние любого события в истории суда, то есть способность этого события в качестве определенного акта в рамках данного института вызывать именно те последствия, которые оно предполагает, и силу притяжения этого события. Если он квалифицирует некоторое событие как ошибку, то он не отрицает его точно фиксируемого влияния, но отрицает его силу притяжения, и уже не может, не противореча себе, апеллировать к этой силе притяжения в других своих рассуждениях. Кроме того, он будет различать встроенные и поправимые ошибки: встроенные ошибки — это события с устойчивым точно фиксируемым влиянием, которое сохраняется после утраты событием своей силы притяжения; а попра-

вимые ошибки — это события, точно фиксируемое влияние которых в такой степени зависит от силы притяжения, что не может сохраниться после ее утраты.

Конституционная теория Геркулеса будет определять, какие ошибки являются встроенными. Например, его теория о верховенстве законодательной власти предусматривает, что те законы, которые он отнесет к ошибочным, утрачивают свою силу притяжения, но не точно фиксируемое влияние. Если он отрицает силу притяжения закона об ограниченной ответственности в случае авиационной катастрофы, это не отменяет самого закона; данная ошибка является встроенной, так что ее точно фиксируемое влияние сохраняется. Геркулес должен по-прежнему соблюдать ограничения, налагаемые этим законом в отношении ответственности, но он не будет использовать его при рассмотрении других судебных дел в качестве аргумента в пользу более слабого права. Если он принимает некоторую строгую доктрину прецедента и объявляет ошибкой какое-либо судебное решение, например, решение, отказывающее в праве на возмещение убытков, понесенных из-за небрежности бухгалтера, то согласно этой строгой доктрине может сохраняться точно фиксируемое влияние данного решения, которое, возможно, ограничится его законотворческой силой, но при этом решение утратит свою силу притяжения; оно станет, по выражению судьи Франкфуртера, обломком юридического кораблекрушения, — неважно, плавающим по волнам или выброшенным на берег.

Все это довольно просто, но вот над второй частью теории ошибок Геркулесу придется потрудиться. Из выбранного им способа обоснования общей практики прецедента вытекает необходимость более подробного обоснования — в виде структуры принципов — для всей совокупности законодательных актов и решений, принятых в рамках общего права. Но если при обосновании мы объявляем ошибочным часть того, что должны обосновать, на первый взгляд, наше обоснование кажется слабее, чем если бы мы этого не делали. Во второй части своей теории ошибок Геркулес должен доказать, что его обоснование все-таки сильнее, чем любое альтернативное обоснование, которое не признает никаких ошибок или же признает другое множество ошибок. Это доказательство не может свестись к дедукции из простых правил построения теории, но если Геркулес примет во внимание взаимосвязь, которую он ранее установил между прецедентом и справедливостью, то она подскажет ему две основные установки для его теории ошибок. Во-первых, с точки зрения справедливости история суда имеет значение не просто как история, а как политическая программа, которую правительство намерено продолжать в будущем; то

есть, вытекающие из прецедента следствия важны для будущего, а не для прошлого. Если окажется, что какое-то прошлое решение, будь то законодательный акт или судебное постановление, в настоящее время вызывает общее сожаление среди юристов соответствующей отрасли права, то сам этот факт уже говорит о возможной ошибочности данного решения. Во-вторых, Геркулес должен помнить о том, что требование согласованности — это не единственный аргумент на основании справедливости, к которому должно прислушиваться правительство вообще и судьи в частности. Если он считает, не опираясь ни на какие соображения согласованности, что данный конкретный законодательный акт или данное решение было неправильным и несправедливым с точки зрения существующего в обществе понимания справедливости, то этого достаточно, чтобы выделить данное решение и признать его уязвимость. Конечно, он должен соблюдать эти основные установки, не упуская из виду вертикальное построение своего общего обоснования, так что решения, принимаемые на более низком уровне, имеют больше шансов оказаться ошибочными, чем решения на более высоком уровне.

Итак, во второй части своей теории ошибок Геркулес будет применять по крайней мере две максимы. Если он сможет доказать — при помощи исторических доводов или апеллируя к чувству справедливости, — что хотя некоторый принцип в свое время казался достаточно убедительным и склонил законодателей или суд к определенному правовому решению, теперь же его сила очень мала и он едва ли способен обуславливать подобные решения в дальнейшем, то это будет означать, что аргументация на основании справедливости в пользу этого принципа утратила силу. Если он сможет доказать, основываясь на соображениях политической морали, что этот принцип, независимо от его популярности, является несправедливым, то это перевесит соображения справедливости, на которые он опирается. Геркулесу будет очень приятно узнать, что эти различия хорошо известны и по практике других судей. Значение его деятельности для правоведения заключается не в новизне, а как раз в «узнаваемости» созданной им теории сложных случаев.

6. Политические возражения

Тезис о правах имеет два аспекта. Дескриптивный аспект позволяет объяснить существующую структуру института судопроизводства. Нормативный аспект позволяет дать политическое обоснование этой структуры. История Геркулеса показывает, как хорошо знакомая нам судебная практика могла бы

развиться из общего признания тезиса о правах. Это одновременно разъясняет тезис о правах, довольно подробно раскрывая его следствия, и предоставляет нам весомый, хотя и своеобразный, аргумент в пользу его дескриптивного аспекта. Но рассмотренная история указывает также на дополнительные политические доводы в пользу нормативного аспекта тезиса о правах. Намерением Геркулеса было не просто делать то, что делают другие судьи, а обеспечить соблюдение подлинных институциональных прав тех, кто обратился в его суд. Если он способен выносить решения, отвечающие нашему чувству справедливости, то это доказывает политическую значимость тезиса о правах.

Можно, однако, возразить, что некоторые моменты в рассказе о Геркулесе говорят не в пользу нормативного аспекта тезиса о правах. В вводной части этой главы я упомянул известное возражение против самостоятельности судей, в котором соображениями демократии обосновывается большая пригодность избираемых законодателей для принятия политических решений. Я говорил о слабости этого довода в случае принципиальных решений, но в связи с историей Геркулеса могут возникнуть новые сомнения на этот счет. Наша история ясно показывает, что многие решения Геркулеса в отношении юридических прав опираются на политические оценки, которые могут быть разными у разных судей и у широкой общественности в целом. Для данного возражения несущественно, что эти решения являются скорее принципиальными, нежели стратегическими. Важно лишь, что они связаны с политическими убеждениями, по поводу которых разумные люди могут иметь разногласия. Если Геркулес выносит решения по судебным делам на основании таких политических оценок, значит, он руководствуется собственными убеждениями и предпочтениями, а это несправедливо, противоречит демократии и подрывает верховенство права.

Таково в общих чертах возражение, которое я буду рассматривать в этом заключительном разделе. Прежде всего, необходимо прояснить один важный момент. Это возражение содержит обвинение Геркулеса в том, что он полагается на собственные убеждения в вопросах политической морали. Данное обвинение неоднозначно, потому что должностное лицо может в двух разных смыслах опираться на собственные убеждения при принятии подобных решений. В одном из этих смыслов это недопустимо для судьи, а в другом — неизбежно.

Иногда должностное лицо в качестве обоснования своего решения приводит тот факт, что какой-то человек или группа людей придерживаются определенных убеждений или мнений. Законодатель может оправдывать свое голосование за принятие

закона, запрещающего аборт, тем, что его избиратели считают аборт злом. Это своего рода ссылка на авторитет: должностное лицо в этом случае само не отвечает за мнение, на которое ссылается, и не обосновывает свое решение правильностью этого мнения. Можно представить себе судью, который точно таким же образом ссылается на *свои собственные* политические пристрастия. Возможно, в вопросах политической морали он рассуждает как философ-скептик, полагая, что мнение одного человека в этих делах значит не больше, чем мнение другого, ибо ни тот, ни другой не занимают объективной позиции, но поскольку так уж получилось, что сам он относится к абортам благосклонно, то он выносит решение о признании законов, запрещающих аборт, неконституционными.

Этот судья принимает в качестве оправдания своего решения тот голый факт, что он придерживается определенных политических взглядов. Но судьи могут опираться на собственные убеждения и в другом смысле — полагаясь на истинность или здравость этих убеждений. Например, судья может быть убежден, что статья Конституции о надлежащей правовой процедуре лишает силы любое ограничение фундаментальных свобод и что законы, запрещающие аборт, ограничивают одну из этих свобод. Он может полагаться на правильность этого убеждения, а не на тот факт, что ему, в отличие от других, случилось придерживаться именно такого убеждения. Судья необязательно должен полагаться на правильность любых конкретных убеждений. Предположим, что большинство его коллег, или издатели ведущего журнала по вопросам права, или большинство населения, выразившее свое мнение в референдуме, придерживаются противоположных взглядов в отношении абортов. Он может решить, что его долг — подчиниться их мнению о требованиях Конституции несмотря на то, что сам он считает их точку зрения безосновательной. Но в этом случае он опирается на правильность другого убеждения, а именно: что его долг судьи — подчиняться в этом вопросе мнению других. То есть, он должен в чем-то опираться на собственное мнение, чтобы вообще быть способным вынести какое-либо решение.

Геркулес не опирается на собственные убеждения в первом из этих двух смыслов. Тот факт, например, что сам он отдает предпочтение определенной трактовке религиозной свободы, не воспринимается им как довод в пользу решения, согласующегося с этой трактовкой. Поэтому, если рассматриваемое возражение применимо к нему, то оно должно быть направлено против того, чтобы он опирался на свои убеждения во втором смысле. Но в таком случае оно не может быть безоговорочным требованием не опираться ни на какие собственные

убеждения, потому что на какие-то свои убеждения геркулес неизбежно опирается. Скорее, это возражение означает, что он не должен полагаться на здравость некоторых из своих убеждений, ибо в определенных вопросах он должен подчиняться мнению других, даже если считает это мнение ошибочным.

Однако очень трудно понять, в каких именно убеждениях он должен, согласно данному возражению, подчиниться мнению других. У нас не было бы таких проблем, если бы Геркулес принял, а не отверг, известную теорию судебного разбирательства. В классической юриспруденции предполагается, как я уже отмечал ранее, что судьи выносят решение в два этапа: сначала они выясняют, до какого предела распространяются требования закона, а затем самостоятельно, по собственному усмотрению выносят законодательное решение по вопросам, не охваченным существующим законом. При рассмотрении недавних судебных дел об абортах¹ судьи Верховного Суда, согласно этой теории, вначале установили, что в своей формулировке статья о надлежащей правовой процедуре и предыдущие решения Верховного Суда не диктуют решения в пользу той или другой стороны. Затем они отложили в сторону Конституцию и предыдущие судебные дела и попытались самостоятельно решить, будет ли фундаментальной несправедливостью со стороны государства запретить в законодательном порядке аборты в первые три месяца беременности.

Представим себе другого судью, по имени Герберт, который принимает эту теорию судебного разбирательства и намеревается следовать ей в своих решениях. Герберт может считать, что женщины обладают основополагающим правом избавиться от плода, который они носят, и в то же время признает, что большинство граждан думают иначе. Согласно рассматриваемому нами возражению, он должен разрешить этот конфликт в пользу демократии, то есть, принимая решение по собственному усмотрению, он должен вынести постановление в пользу законов, запрещающих аборты. Герберт может с этим согласиться, и в этом случае мы бы сказали, что он пренебрег своими моральными принципами ради морали народа. В действительности же, такое изложение дела в какой-то мере вводит в заблуждение. Именно благодаря моральным принципам Герберта тот факт, что народ придерживается определенных взглядов, приобрел решающее значение; сами эти взгляды на его решение не повлияли. С другой стороны, Герберт может и не согласиться. Возможно, он считает, что основополагающие права вообще или данное право в частности должны перевешивать мнение народа даже в законодательных вопросах, поэтому его долг —

¹ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).

объявить законы, запрещающие аборт, неконституционными. В этом случае, согласно рассматриваемому возражению, он ошибается, потому что придает недостаточный вес принципам демократии в своей политической теории.

Между тем, эти аргументы, словно по заказу рассчитанные на Герберта, несколько озадачивают, когда обращаешь их против Геркулеса. Геркулес не пытается сначала установить границы применения закона, а затем собственными политическими убеждениями дополнить закон. Он по своему разумению судит о том, какими юридическими правами обладают стороны в разбираемом им деле, но когда его суждение составлено, уже не остается ничего такого, что можно было бы подчинить его личным или же общественным убеждениям. Разница здесь не просто в способах описания: как мы видели в разделе 4, решение об институциональных правах, подобное тому, что выносит шахматный арбитр в отношении правила о признании результатов партии недействительными, очень сильно отличается от самостоятельных решений по поводу политической морали, которые приходится принимать из-за имеющихся «разрывов» в «открытой текстуре» правовых норм.

Герберт и не думал сверяться с общественной моралью, пока не определил юридические права сторон. А вот Геркулес определяет юридические права сторон уже после того, как учел неписанные моральные законы общества, во всяком случае, в той мере, в какой они отражены в своде законодательных и судебных материалов, интерпретация которых и составляет его обязанность. Предположим, что можно дать два внутренне согласованных обоснования для более ранних решений Верховного Суда, в которых проводится в жизнь статья о надлежащей правовой процедуре. Одно обоснование содержит крайне либеральный принцип, который невозможно примирить с уголовным законодательством большинства штатов, а другое не содержит такого принципа. Геркулес не может воспользоваться первым из этих двух обоснований как разрешением для принятия судебных решений в пользу абортов, даже если сам он придерживается крайне либеральных взглядов. Поддерживая более либеральное обоснование предыдущих судебных решений, он должен все же поступиться своими политическими убеждениями, потому что они противоречат общепринятым традициям, сформировавшим уголовное право, которое он также должен объяснить в своем обосновании.

Конечно, используемая Геркулесом техника обоснования иногда может потребовать принятия решения, которое в каком-то вопросе идет вразрез с общественной моралью. Предположим, что невозможно дать предыдущим судебным решениям о конституционности законов, запрещающих аборт, обоснова-

ние, не опирающееся на либеральный принцип, достаточно сильный, чтобы он требовал решения в пользу абортов. Тогда Геркулес должен принять именно такое решение, как бы сильно ни осуждала аборты общепринятая мораль. В этом случае он не следует своим убеждениям в ущерб убеждениям общества. Скорее, он считает общественную мораль непоследовательной в данном вопросе: ее принципы, которые, согласно их интерпретации судьями, должны служить обоснованием конституции, осуждают мнение этого общества по вопросу об абортах. Подобные конфликты в рамках индивидуальной морали хорошо известны; если мы хотим использовать в политической теории понятие общественной морали, нужно признать существование конфликтов и здесь. Разумеется, не может быть двух мнений о том, как следует разрешать подобные конфликты. Индивиды имеют право на последовательное проведение в жизнь принципов, на которых зиждутся их институты. Именно это институциональное право, как его определяют конституционные принципы общества, Геркулес и должен защищать против любых не согласующихся с ним мнений, как бы популярны они ни были.

Эти гипотетические случаи показывают, что возражение, предназначенное для Герберта, плохо оснащено, чтобы быть возражением против Геркулеса. Геркулесова теория судебного разбирательства не предполагает, что на каком-то этапе ему придется сделать выбор между его личными политическими убеждениями и политическими убеждениями, которых, как он полагает, придерживается общество в целом. Напротив, эта теория выделяет определенную концепцию общественной морали в качестве решающего фактора в юридических вопросах; согласно этой концепции, общественная мораль есть политическая мораль, предполагаемая законами и установлениями данного общества. Геркулес должен, конечно, опираться на собственное суждение о том, каковы принципы этой морали, но в этом случае он опирается на собственное мнение во втором из рассмотренных нами смыслах, и этого нельзя избежать.

Не может быть сомнений в том, что в некоторых случаях решение Геркулеса по поводу содержания общественной морали и, стало быть, его решение по поводу юридических прав будет оспариваться. Это будет происходить всякий раз, когда возникнет необходимость обосновать историю суда, апеллируя к какому-либо спорному политическому понятию, такому, например, как понятие справедливости, либерализма или равенства, и когда эта история не будет достаточно подробной, чтобы ее можно было обосновать с помощью одного из разнообразных толкований этого понятия. Ранее я уже приводил в качестве примера решение Геркулеса по делу о бесплатной доставке школьников на автобусах; теперь мы можем рассмот-

реть более злободневный пример. Допустим, что предыдущие судебные решения по вопросам надлежащий правовой процедуры можно обосновать, только признав существование некоторого важного права на человеческое достоинство, но сами по себе эти судебные решения не предписывают никакого определенного ответа на вопрос, предполагает ли достоинство полный контроль со стороны женщины над использованием собственной матки. Если Геркулес разбирает дела об абортах, он должен решить этот вопрос, положившись на свое собственное понимание человеческого достоинства.

Было бы глупо отрицать, что это решение является политическим или что у разных судей, из разных субкультур, оно будет разным. Пусть так, и тем не менее оно является совсем иным, нежели решение о том, имеют ли женщины, учитывая все обстоятельства, основополагающее право на аборт. Геркулес может считать человеческое достоинство несущественным понятием; если бы он участвовал в новом учредительном собрании, то, возможно, проголосовал бы за отмену статьи о надлежащей правовой процедуре или, по крайней мере, за внесение в нее поправок, позволяющих устранить саму идею человеческого достоинства из этой статьи. Тем не менее, он в состоянии решить, охватывает ли это понятие, должным образом истолкованное, случай абортов. Он оказывается в том же положении, что и шахматный арбитр, который ненавидит меритократию¹, но тем не менее способен рассматривать вопрос о том, включается ли психологическое давление в понятие интеллекта.

Конечно, необходимо, чтобы Геркулес имел какое-то представление о человеческом достоинстве, даже если он относится к этому понятию резко отрицательно; и это представление он составит, наблюдая за тем, как используют данное понятие те, кто придает ему большое значение. Если это понятие фигурирует в обосновании ряда конституционных решений, это означает, что оно должно играть заметную роль в политической риторике и дебатах нашего времени. Геркулес составит свое представление об этом понятии, основываясь на его использовании в этих контекстах. Он постарается как можно лучше понять и в меру своих возможностей объяснить, в чем состоит привлекательность этой идеи для тех, кто ее поддерживает.

Этот процесс полезно представить проходящим в два этапа. Вначале просто в целях лучшего понимания смысла этого понятия Геркулес отметит наиболее очевидные и общепризнанные случаи, к которым оно применимо. Он заметит, например, что

Меритократия — общественная система, при которой высшие должности занимают наиболее талантливые люди. — *Прим. пер.*

если один человек обращается с другим как со слугой, хотя на самом деле не является его работодателем, то считается, что первый ущемляет человеческое достоинство второго. Затем Геркулес попытается, насколько это возможно, представить себе более общую систему убеждений и воззрений тех, кто высоко оценивает данное понятие, и постарается взглянуть их глазами на эти очевидные случаи. Предположим, например, что эти люди придерживаются аристотелевского учения о необходимости самореализации или считают великой добродетелью уверенность в собственных силах. Геркулес должен построить общую теорию, которая объясняла бы, почему те, кто придерживается этого учения или признают эту добродетель, должны также высоко ценить человеческое достоинство. Если его теория объяснит к тому же, почему он, не придерживающийся этого учения и не признающий этой добродетели, не ценит человеческого достоинства, то она от этого только выиграет.

Затем Геркулес попытается с помощью своей теории человеческого достоинства ответить на вопросы, которые история суда оставляет открытыми. В его теории достоинство может увязываться с независимостью, так что достоинство человека ущемляется, когда его принуждают, против воли, посвятить большую часть своей жизни заботам о других. В этом случае Геркулес вполне может согласиться с тем, что для женщин существует конституционное право на аборт как один из аспектов их конституционного права на человеческое достоинство.

Вот так Геркулес может истолковать понятие, не представляющее для него ценности, и в результате прийти к решению, которое он, опираясь на основополагающую мораль, отверг бы. Впрочем, очень маловероятно, чтобы Геркулес часто оказывался в подобной ситуации; скорее всего, для него представляют ценность большинство понятий, фигурирующих в обосновании установлений его общества. В таком случае, его анализ этих понятий уже не будет стыдливо принимать вид социологического исследования. Геркулес будет исходить не из чужой, а из собственной системы ценностей, и сможет себе самому, а не какому-то гипотетическому «Я» задавать вопросы о принципах морали, на которых зиждется ценность человеческого достоинства. Резкое различие между основополагающей и судейской моралью сгладится, но не потому, что судейская мораль отступит перед личными убеждениями Геркулеса, а потому, что личные убеждения станут для него самым надежным руководством в вопросах судейской морали.

Отсюда, конечно, не следует, что Геркулес в этой ситуации придет к точно таким же выводам, какие сделал бы любой другой судья в спорных случаях, связанных с данным понятием. Напротив, теперь он, как и любой мыслящий человек в обществе,

будет готов обсуждать, чего требует справедливость, равенство или свобода в том или ином конкретном случае. Но было бы неправильно полагать, будто мыслящий человек в таких обсуждениях просто противопоставляет свои личные убеждения убеждениям других граждан. В столкновение приходят также различные толкования общего для них понятия; граждане спорят о том, какое из этих толкований лучше объясняет общепринятые или очевидные случаи, к которым применимо это понятие. Эта особенность их обсуждения затушевывается тем фактом, что они высоко ценят обсуждаемые понятия и потому рассуждают скорее интуитивно или интроспективно, чем в более социологическом ключе, как это мог бы делать посторонний; но поскольку выдвигаемые ими утверждения касаются общих для них понятий, эти утверждения будут иметь ту же структуру, что и утверждения постороннего. Мы можем подытожить эти важные моменты следующим образом: общественная мораль, по крайней мере в этих вопросах, не есть сумма, сочетание или функция от конкурирующих утверждений членов данного общества; она, скорее, есть то, на что претендует каждое из этих конкурирующих утверждений. Когда Геркулес опирается (во втором из выделенных нами смыслов) на собственное понятие человеческого достоинства, он вместе с тем опирается на свое собственное представление о требованиях общественной морали.

Поэтому ясно, что рассматриваемое возражение необходимо переформулировать, если мы хотим обратить его против геркулеса. Но его невозможно переформулировать так, чтобы оно лучше подходило к Геркулесу и в то же время не утратило своей привлекательности. Допустим, мы утверждаем, что геркулес должен следовать не собственному представлению о судейской морали в его обществе, а мнению большинства членов общества о том, в чем заключается эта мораль. Имеется два очевидных возражения против такой рекомендации. Во-первых, неясно, как он мог бы установить, в чем заключается общепринятое мнение. Если «человек с улицы» не одобряет абортов или поддерживает законы, объявляющие аборт преступлением, это еще не значит, что он размышлял над тем, подкрепляет ли его политическую позицию последовательно применяемое понятие человеческого достоинства, заложенное в Конституции. Это очень сложный и тонкий вопрос, и его обсуждение требует определенных навыков диалектики¹, и хотя эти навыки может проявлять и обычный человек, аргументированно защищающий свою позицию, совсем не обязательно, что он всегда подвергает по-

¹ Имеется в виду диалектика как искусство достижения истины путем ведения спора. — *Прим. ред.*

добному анализу свои политические предпочтения, выраженные мимоходом или в ходе голосования.

Но даже если Геркулес не сомневается в том, что по мнению обычного человека человеческое достоинство не предполагает права на аборты, остается вопрос: почему Геркулес должен в данном вопросе считать решающим мнение обычного человека? Предположим, согласно Геркулесу, обычный человек ошибается, то есть, ошибается в своих философских взглядах относительно следствий, вытекающих из существующих в обществе представлений. Если бы в такой ситуации оказался Герберт, у него были бы все основания подчиниться мнению обычного человека. Герберт считает, что, когда существующие нормы права неясны или неопределенны, тяжущиеся стороны не обладают вообще никакими институциональными правами, так что всякое принятое им решение окажется совершенно новым элементом законодательства. Поскольку никакое принятое им решение не отнимет у сторон ничего такого, на что они имеют право, есть основания, по крайней мере, утверждать, что, создавая новый элемент законодательства, он должен считать, что действует от имени большинства. Но Геркулес не может занять такой позиции. Он знает, что вопрос, который он должен решить, — это вопрос об институциональных правах сторон. Он знает, что если он примет неверное решение, как случилось бы, если бы он пошел на поводу у обычного человека, он лишит стороны того, на что они имеют право. Ни Геркулес, ни Герберт не поставили бы решение обычного правового вопроса в зависимость от общественного мнения; поскольку геркулес считает, что стороны имеют права как в простых, так и в сложных случаях, он не поставит и решение сложного случая в зависимость от общественного мнения.

Конечно, решение любого судьи о правах сторон в сложном судебном деле может оказаться ошибочным, и в рассматриваемом нами возражении этот факт может составить последний довод. Допустим, *arguendo*, что используемая Геркулесом техника принятия решений подходит только для него, ибо он обладает огромной интуицией в моральных вопросах. Эта же техника не годится для судей в целом, которые таким качеством не обладают. Но, оценивая это возражение, мы должны очень тщательно взвесить возможные альтернативы. Несправедливо, когда судьи допускают ошибки в отношении юридических прав — неважно, в пользу истца или ответчика. Данное возражение говорит о том, что судьи обязательно будут иногда делать такие ошибки, потому что они не являются непогрешимыми и, в любом случае, не всегда согласны между собой. Но, конечно, хотя мы, как социальные критики, знаем, что ошибки будут совершаться, мы не знаем, когда именно, потому что

мы сами не геркулесы. Мы должны предложить такую технику судебного разбирательства, которая сократила бы общее количество ошибок и учитывала бы относительные способности мужчин и женщин, выполняющих различные функции.

Техника обоснования Геркулеса поощряет судью выносить собственное суждение об институциональных правах. Аргумент о погрешимости судей, видимо, предлагает две альтернативы. Согласно первой, поскольку судьи погрешимы, они вообще не должны пытаться определить институциональные права представших перед ними сторон, а должны принимать решение в сложных случаях исключительно на основании политических соображений или вообще не принимать решений. Но это искажает существо дела. Если судьи, к сожалению, часто выносят несправедливые решения, это не означает, что им не следует и пытаться выносить справедливые решения. Согласно второй альтернативе, поскольку судьи погрешимы, они должны предоставить кому-то другому право решать возникающие в сложных случаях вопросы об институциональных правах. Но кому? Нет никаких оснований признавать за какой-то другой группой людей лучшие способности к моральной аргументации; а если такие основания есть, значит, нужно изменить процесс отбора судей, а не технику судебного разбирательства, которой им следует придерживаться. Так что эта форма скептицизма сама по себе не является аргументом против Геркулесовой техники судебного разбирательства, хотя, конечно, для любого судьи она служит полезным напоминанием о том, что он может ошибаться в своих политических суждениях и, следовательно, должен со смирением подходить к решению сложных судебных дел.

Глава 5

Конституционные вопросы в суде

Когда Ричард Никсон баллотировался на пост президента, он пообещал, что будет назначать в Верховный Суд приверженцев своей собственной философии права, то есть тех, кого он называл «строгими конструкционистами»¹. Однако не все те назначения, которые он впоследствии осуществлял и о которых говорил, иллюстрировали эту философию права; правоведение играло очень небольшую роль в оценке нацией Хейнзуэрта и Карсуэлла, не говоря уже о почти назначенных Хершелле Фрайди и Милдред Лилли. Но свой удачный выбор — Льюиса Пауэлла и Уильяма Ренквиста — президент представил как выразителей своей теории права, причем воспользовался случаем изложить эту теорию перед телевизионной аудиторией всей страны. Эти люди, сказал он, будут проводить в жизнь закон как он есть, а не «выкручивать и выворачивать» его, подгоняя под свои личные убеждения, в чем Никсон обвинил Верховный Суд под руководством судьи Уоррена.

Никсон заявил, что его отрицательное отношение к решениям Суда под председательством Уоррена, касающимся как дегрегации, так и других вопросов, основывается не просто на личной или политической неприязни к их результатам. Он утверждал, что эти решения нарушают стандарты судебного разбирательства, которые Суду следовало бы соблюдать. Суд, по его мнению, узурпировал власть, которая по справедливости принадлежит другим институтам, в том числе законодательным органам тех штатов, где Суд намеревался провести школьную реформу. Президент, разумеется, был не одинок в своих взглядах. К этому времени консерваторы уже сошлись во мнении, что Верховный Суд превысил свои законные полномочия. Никсон, Форд, многие конгрессмены и члены палаты представителей намечали пути законодательного ограничения полномочий Верховного суда. Никсон, например, обратился в Конгресс с просьбой принять закон, суть которого сводилась бы к отмене нескольких важных решений, в том числе решения по делу «Суон против Шарлотт-Мекленбургского»² Совета по делам образования», кото-

¹ В истории американского права к «строгим конструкционистам» относили тех, кто считал, что в своей деятельности суды должны строго следовать букве конституции. — *Прим. пер.*

² Шарлотт — главный город округа Мекленбург, штат Северная Каролина. — *Прим. пер.*

рое предоставляло федеральным судам широкие полномочия в использовании постановлений о доставке школьников на автобусах для преодоления определенных форм сегрегации *de facto*, а сенатор Джексон и другие уже некоторое время вели кампанию за внесение в Конституцию поправок в том же духе.

Я не буду здесь обсуждать правильность каких-либо оспариваемых решений Суда или целесообразность различных попыток (пока что безуспешных) ограничить власть Верховного Суда посредством законодательных мер или конституционных поправок. Меня больше занимает философия конституционного судебного разбирательства, которой, по их собственному утверждению, придерживаются политические противники Суда. Я собираюсь доказать, что в действительности не существует последовательной философии, к которой могли бы, не противореча себе, апеллировать такие политики. Я также попытаюсь показать, каким образом общая теория судебного разбирательства, описанная и обоснованная мною в главе 4, поддерживает, если не конкретные решения, то конституционную философию Уорреновского суда.

Никсон уже не президент, и преступления его были столь серьезны, что вряд ли кто-то станет особенно волноваться по поводу деталей его философии права. Тем не менее, в своих последующих рассуждениях я буду употреблять имя «Никсон», имея в виду не самого Никсона, а любого политика, придерживающегося той совокупности взглядов по поводу Верховного Суда, которые он выразил в ходе своих политических кампаний. К счастью, был всего один реальный Никсон, но есть много никсонов в том особом смысле, в котором я употребляю это имя.

На чем может быть основано неприятие этим собирательным Никсоном спорных решений Уорреновского суда? Он не может возражать против этих решений просто потому, что они выходят за рамки существовавшего тогда права, или утверждать, что Верховный Суд никогда не должен менять своих решений. На самом деле, Верховный Суд под председательством Бергера, похоже, намерен ограничить либеральные решения Уорреновского суда, такие как «Миранда»¹. Правда, конституционная гарантия «равной защиты законом» не устанавливает

¹ «Миранда» — закон о том, что при аресте подозреваемого в совершении уголовного преступления его обязаны до допроса ознакомить с его правами, такими как право отказаться от дачи показаний и право на совет адвоката; назван по делу «Миранда против штата Аризона», решение по которому (1966 год, Верховный Суд под председательством главного судьи Эрла Уоррена, большинством в 5 голосов против 4) и легло в основу этого закона. — *Прим. пер.*

четко и ясно, что существование «раздельных, но равных» школ неконституционно, или что сегрегация была настолько несправедливой, что для преодоления ее последствий требуются чрезвычайные меры. Но она не предусматривает и того, чтобы признать подобные выводы Суда неправильными с точки зрения конституционного права. Конституция оставляет за Верховным Судом решение этих вопросов, и Суд точно так же занялся бы законотворчеством, если бы, например, отказался признать конституционным постановление, принятое в штате Северная Каролина. Он создал бы закон, установив в порядке прецедента, что действие статьи о равной защите законом не простирается так далеко.

Итак, нужно продолжать поиски теоретической основы позиции Никсона. Может быть, конечно, глупо предполагать, что у Никсона имеется какая-то теория права. Возможно, он просто нанизывает одну за другой броские фразы консервативной риторики, или с неприязнью относится к любым судебным решениям, которые, по-видимому, расширяют права отдельных людей по отношению к учрежденной власти. Но Никсон в конце концов юрист, и, во всяком случае, его консервативные взгляды разделяют очень многие юристы и некоторые крупные правоведы. Поэтому важно понять, насколько эту консервативную позицию можно отстаивать как принципиальное убеждение, а не просто как обычный предрассудок.

2.

Конституционная теория, на которой зиждется наше государство, — это не простая мажоритарная теория. Конституция, и особенно Билль о правах, предназначены защищать отдельных граждан и группы населения от определенных решений, принятие которых может быть желательным для большинства граждан, даже когда это большинство считает, что действует в интересах всего общества. Некоторые из этих конституционных ограничений имеют вид достаточно четких правовых норм, таких как норма, предписывающая проведение суда присяжных при федеральном уголовном судопроизводстве, или, возможно, норма, запрещающая национальному Конгрессу ограничивать свободу слова. Другие же ограничения имеют вид — как их часто называют — «неопределенных» стандартов, например, положение о том, что государство не должно отказывать людям в надлежащей правовой процедуре или в равной защите законом.

Это вмешательство в демократическую практику требует обоснования. Авторы проекта Конституции предполагали, что эти ограничения можно оправдать ссылкой на моральные пра-

ва индивидов по отношению к большинству; иными словами, положения Конституции, как четкие, так и «неопределенные», признают и защищают эти права.

Те, кто разрабатывал и принимал Конституцию, намеренно выбрали «неопределенные» стандарты, а не приняли более конкретные и ограниченные нормы права. Но их решение использовать именно те формулировки, которые они использовали, стало причиной множества юридических и политических разногласий, потому что даже разумные люди доброй воли расходятся во мнениях, когда пытаются уточнить, например, какие именно моральные права вносят в правовую систему статьи о надлежащей правовой процедуре или о равной защите законом. Разногласия возникают и тогда, когда эти права, как бы они ни определялись, пытаются применить к сложным вопросам политического администрирования в таких областях, как школьное образование, ставшее предметом судебных дел о сегрегации.

Стало уже привычным говорить о сторонниках «строгой» и «либеральной» позиции в таких разногласиях, поэтому можно сказать, что в делах о сегрегации Верховный Суд занял «либеральную» позицию, а его критики — «строгую». Это различие имеет в виду Никсон, когда называет себя «строгим конституционастом». Но на деле это различие создает путаницу, поскольку смешивает два разных вопроса, которые следовало бы разделять. Можно считать, что любое судебное дело, возникающее в связи с «неопределенными» конституционными гарантиями, ставит два вопроса: (1) Какого решения требует строгое, иначе говоря — точное, следование тексту Конституции или намерению тех, кто принимал Конституцию? (2) Какого решения требует политическая философия, выражающая строгий, иначе говоря — узкий, подход к моральным правам индивидов по отношению к обществу? Стоит только различить эти вопросы, как становится ясно, что они могут иметь разные ответы. В тексте Первой поправки, например, говорится, что Конгресс не должен принимать никаких законов, ограничивающих свободу слова, но при узком подходе к индивидуальным правам оказались бы допустимыми многие подобные законы: от законов о клевете и непристойности до закона Смита¹.

Закон о регистрации иностранцев, принятый в 1940 г. По этому закону признавалось уголовным преступлением «публичное выступление» за насильственное свержение правительства, создание групп или организаций, имеющих целью такие выступления, или участие в их деятельности. В 1951 г. Верховный Суд подтвердил конституционность этого закона, но в 1957 г. его действие было ограничено, так как было решено трактовать термин «публично выступать за» как «призывать или побуждать». — *Прим. пер.*

Но в случае «неопределенных» положений Конституции, таких как статьи о надлежащей правовой процедуре и равной защите законом, юристы смешали эти два вопроса, поскольку опирались, по большей части сами того не осознавая, на теорию значения, которую можно сформулировать следующим образом: если создатели Конституции использовали неопределенные выражения, например, когда осуждали нарушения «надлежащей правовой процедуры», то «высказываемое» или «подразумеваемое» ими значение ограничивается теми примерами правительственных действий, которые они имели в виду, говоря об этих нарушениях, или, по крайней мере, теми примерами, которые они сочли бы нарушениями, если бы имели их в виду. Если бы те, благодаря кому в Конституцию была включена статья о надлежащей правовой процедуре, верили в фундаментальную несправедливость раздельного обучения для разных рас или подробно изложили свой взгляд на справедливость, оправдывающий такой вывод, то решения по поводу сегрегации можно было бы обосновать как случай применения заложенных ими принципов. В противном случае их нельзя обосновать таким образом, а это означало бы, что судьи подменили своими собственными представлениями о справедливости идеи, которые стремились заложить в Конституцию ее авторы.

В рамках этой теории строгая интерпретация текста Конституции неизбежно приводит к узкой трактовке конституционных прав, потому что в ней они ограничиваются лишь теми правами, которые признавала небольшая группа людей в определенный исторический период времени. Эта теория вынуждает сторонников более либерального подхода к правам признать, что они, строго говоря, отходят от юридического источника, и этот отход им затем приходится оправдывать, ссылаясь исключительно на желательность достигаемых результатов.

Но теория значения, на которой основано это рассуждение, слишком уж примитивна; в ней игнорируется различие, которое проводят философы, но пока еще не оценили юристы. Предположим, я говорю своим детям, чтобы они не поступали нечестно с другими людьми. Несомненно, я при этом имею в виду какие-то примеры того поведения, которое я им запрещаю; но я не соглашусь с тем, что «значение» моих слов ограничивается только этими примерами, и не соглашусь по двум причинам. Во-первых, своими словами я требую, чтобы мои дети применяли мои наставления и к ситуациям, о которых я в тот момент не думал и не мог думать. Во-вторых, я готов буду признать, что какой-то конкретный поступок, который я в тот момент считал честным, на самом деле является нечестным (или наоборот), если кто-то из детей сможет впоследствии убедить меня в этом; в таком случае я сказал бы, что мои наставления охватывали и этот случай,

а не то, что я изменил свои наставления. Иными словами, я подразумевал, что мои дети должны руководствоваться понятием честности, а не какой-либо конкретной концепцией честности, которую я мог иметь в виду.

Это коренное отличие, и его нам стоит рассмотреть повнимательнее. Предположим, некая группа людей придерживается общего мнения о том, что человеческие действия могут заключать в себе особый нравственный дефект, который они называют нечестностью и который состоит в том, что неправильно распределяются выгоды и расходы, или кого-то незаслуженно хвалят или обвиняют. Предположим также, что все они согласны относительно большого количества стандартных примеров нечестности и пользуются ими как мерилom для оценки других, более спорных случаев. Это означает, что у членов группы есть понятие честности, и они могут апеллировать к этому понятию в своих моральных наставлениях или доводах. Но, тем не менее, члены группы могут расходиться во взглядах на многие спорные случаи, и это наводит на мысль, что они руководствуются в своих оценках и действиях разными представлениями о том, почему стандартные случаи являются нечестными поступками. То есть, они могут расходиться во мнениях о том, на какие именно более фундаментальные принципы следует опираться, чтобы определить то или иное распределение или оценку как нечестные. В этом случае члены группы придерживаются разных концепций честности.

Если так, то члены этого сообщества, давая наставления или устанавливая стандарты честности, могут делать две разные вещи. Во-первых, в своих наставлениях поступать честно они могут апеллировать к понятию честности; в этом случае они возлагают на тех, к кому обращены их наставления, обязанность вырабатывать и применять свою собственную концепцию честности при возникновении спорных случаев. Это, конечно, совсем не то же самое, что позволять им поступать, как им вздумается; здесь задается стандарт, который они должны пытаться — возможно, не всегда успешно — выполнять, поскольку предполагается, что одна концепция может быть лучше другой. Человек, который подобным образом апеллирует к понятию, может иметь свою собственную концепцию, как было со мной, когда я велел своим детям поступать честно; но он рассматривает эту концепцию всего лишь как свое личное представление о том, как нужно выполнять установленный им стандарт; стало быть, изменяя свое представление, он не изменяет самого стандарта.

С другой стороны, члены группы могут принять определенную концепцию честности; например, именно так поступил бы я, если бы перечислил свои наставления относительно

спорных примеров или если бы, что менее вероятно, сформулировал в явном виде какую-либо спорную теорию честности, например, велел бы своим детям для разрешения сложных случаев применять утилитаристскую этику Иеремии Бентама. Разница здесь не просто в детальности даваемых мной наставлений, а в самом характере этих наставлений. Когда я апеллирую к понятию честности, я апеллирую к тому, что означает честность, не придавая какого-то особого веса своим личным взглядам по этому вопросу. Когда я формулирую концепцию честности, я формулирую то, что я понимаю под честностью, и, следовательно, центральное значение приобретают мои личные взгляды. Когда я апеллирую к честности, я ставлю морально-этический вопрос; когда я формулирую свою концепцию честности, я пытаюсь на него ответить.

Как только проведено это различие, становится очевидным, что статьи Конституции, которые я назвал «неопределенными», следует понимать в том духе, что их авторы апеллируют к представленным в них понятиям, таким как законность, равенство или жестокость. Возможно, например, что в ближайшее время Верховный Суд вынесет решение о том, является ли смертная казнь «жестокой» согласно значению, устанавливаемому статьей Конституции, запрещающей «жестокое и необычное наказание». Было бы ошибкой, если бы на решение Суда значительное влияние оказал тот факт, что, когда принималась эта статья, смертная казнь была стандартным наказанием, не вызывавшим никаких сомнений. Это имело бы решающее значение, если бы авторы статьи намеревались заложить в нее какую-то конкретную концепцию жестокости, ибо это доказывало бы, что данная концепция не простирается настолько далеко. Но это не имеет решающего значения для другого вопроса, который стоит сейчас перед Судом, а именно: может ли Суд, осознавая, что авторы Конституции апеллировали к понятию жестокости, защищать в наше время концепцию, по которой смертная казнь не является жестокостью?

Те, кто игнорирует различие между понятиями и концепциями, но считает, что Суд должен принять новое решение о том, является ли смертная казнь жестокой, вынуждены прибегать к довольно спорным доводам. Они говорят, что с течением времени представления о жестокости меняются и что Суд должен иметь право отвергать устаревшие представления; это предполагает, что Суд должен изменять статьи Конституции. Но на самом деле Суд может проводить в жизнь положения Конституции, только составив собственное мнение о том, что считать жестоким, — точно так же, как дети в приведенном выше примере могут выполнить мое наставление, только составив собственное мнение о том, что считать нечестным. Если

бы те, кто принимал общие статьи Конституции, намеревались сформулировать конкретные концепции, они подобрали бы выражения, используемые в таких случаях, то есть, они предложили бы конкретные толкования тех понятий, о которых шла речь.

В сущности, сейчас уже можно видеть, насколько ошибочно называть эти статьи «неопределенными». Они неопределенны, только если в них видеть неумелые, незавершенные или дуально не продуманные попытки сформулировать конкретные концепции. Если же понимать их в том духе, что они апеллируют к понятиям морали, то они не стали бы точнее при более детальной формулировке¹.

Таким образом, упомянутое мною смешение двух смыслов «строгого толкования» приводит ко многим заблуждениям. Если суды попытаются точно следовать тексту Конституции, им по этой причине придется выбирать между соперничающими концепциями политической морали. Поэтому несправедливо, например, нападать на Уорреновский Суд на том основании, что он не отнесся к тексту Конституции как к чему-то обязывающему. Напротив, если мы хотим трактовать строгое следование Конституции как важнейшее требование к ее интерпретации, то неправы как раз критики Уорреновского Суда, потому что в своей философии они игнорируют предписание рассматривать принципиальные моральные вопросы, хотя именно этого требует логика Конституции.

Я осторожно излагаю этот вопрос, поскольку может так оказаться, что, мы не примем строгое следование духу Конституции в качестве основного принципа при решении конституционных вопросов в суде. Возможно, более важно, чтобы суды, например, учитывали при решении подобных вопросов мнения других государственных институтов, или защищали существующие правовые доктрины, ибо это позволило бы гражданам и правительству быть уверенными в том, что суды будут строго следовать своим прежним решениям. Но главное здесь — это сознавать, что всем этим стратегическим соображениям противостоит принцип, провозглашающий Конституцию фундаментальным и необходимым источником конститу-

¹ Будет меньшим заблуждением сказать, что общие статьи Конституции «делегируют» Суду полномочия применять свои собственные концепции политической морали. Но и это неточно, если здесь предполагается, что Суду не нужно обосновывать свою концепцию, демонстрируя связь между этой концепцией и стандартными случаями, как мы это описали выше. Если Суд придет к выводу, что смертная казнь жестока, этот вывод должен быть сделан на основе какого-либо принципа или совокупности принципов, которые позволяют объединить в одну категорию смертную казнь и пытки.

ционного права. Они не являются, как полагают «строгие конституционисты», простыми следствиями из этого принципа.

3.

Изложив вопрос таким образом и устранив путаницу, связанную с распространенным представлением о «строгом толковании», мы можем вместе с тем оценить эти конкурирующие стратегические требования. Для этой цели я хочу теперь сопоставить два общефилософских подхода к проблеме: как суды должны решать трудные или спорные конституционные вопросы? Я буду называть эти две философских программы так, как это принято в юридической литературе: «судебный активизм» и «ограничение судов», — хотя, как станет очевидно, эти названия в известной мере вводят в заблуждение.

Согласно программе судебного активизма, суды должны воспринимать предписания так называемых неопределенных положений Конституции в описанном мной духе, невзирая на конкурирующие соображения, подобные только что упомянутому. Они должны вырабатывать принципы законности, равенства и т. п., время от времени пересматривать эти принципы в свете новых, с их точки зрения, моральных прозрений, и в соответствии с этим судить о постановлениях Конгресса, штатов и президента. (Здесь дана наиболее сильная формулировка этой программы; на самом деле ее сторонники обычно делают различные оговорки, которые я пока не буду учитывать.)

Программа ограничения судов, напротив, предполагает, что суды должны признавать решения других ветвей государственной власти, даже если те не согласуются с собственным представлением судей о принципах, которых требуют общие конституционные доктрины, за исключением лишь тех случаев, когда эти решения настолько расходятся с политической моралью, что нарушают положения Конституции в любой ее хоть сколько-нибудь правдоподобной интерпретации, или, возможно, когда ясный прецедент требует противоположного решения. (Опять-таки принцип изложен в упрощенном виде; приверженцы этой политики сопровождают ее различными оговорками.)

В таких судебных делах, как дела о сегрегации, Верховный суд следовал политике судебного активизма, а не ограничения судов, потому что формулировка статьи о равной защите законом оставляет открытым вопрос о том, следует ли считать нарушением Конституции различные практики в системе школьного образования тех штатов, о которых шла речь в этих делах, и потому что не было ясных прецедентов, говорящих в пользу наличия нарушений, а мнение разумных людей по затронутым

моральным вопросам может быть разным. Если бы Суд следовал программе ограничения судов, то по делу «Суонн» он вынес бы решение в пользу постановления штата Северная Каролина, а не против него. Но программа ограничения судов не всегда приводит к решениям, которые нравились бы политическим консерваторам. В самом начале «нового курса»¹, как не замедлили отметить критики Уорреновского Суда, именно либералы выдвигали возражения против решений Суда, отменявшие постановления Конгресса на основе статьи о надлежащей правовой процедуре.

Поэтому может показаться, что если у Никсона имеется теория права, то она опирается главным образом на какую-то теорию ограничения судов. Но нужно обратить внимание на различие между двумя видами ограничения судов, ибо существуют два разных, по сути, несовместимых, основания, на которые может опираться эта политика.

Первое основание — это теория политического скептицизма, которую можно сформулировать следующим образом. Политика судебного активизма предполагает некоторую объективность моральных принципов; в частности, она предполагает, что граждане обладают определенными моральными правами по отношению к государству, такими как право на равное обеспечиваемое государством образование или на справедливое обращение со стороны полиции. Лишь в том случае, если такие моральные права в каком-то смысле существуют, судебный активизм может быть оправдан как программа, основанная не только на личных предпочтениях судьи. Скептическая теория направлена против самых основ принципа активизма; она утверждает, что в действительности индивиды не имеют подобных моральных прав по отношению к государству. Они обладают только теми юридическими правами, которые дарованы им Конституцией, да и те в своем применении ограничены случаями явных и бесспорных нарушений общественной морали, которые авторы Конституции, должно быть, действительно имели в виду или которые со времени принятия Конституции были установлены рядом прецедентов.

Альтернативным основанием для программы ограничения судов является теория подчинения судов решениям других ветвей власти². В противоположность скептической теории, в ней

¹ Так называлась политика, проводимая правительством Ф. Рузвельта. — *Прим. пер.*

² В дальнейшем для краткости будет использоваться термин «теория судебного подчинения», однако следует учитывать, что речь идет только о том, что в вопросах о правах суды должны полагаться на решения, принятые другими органами власти. — *Прим. пер.*

предполагается, что граждане обладают моральными правами по отношению к государству помимо тех, что четко сформулированы в законе, но при этом подчеркивается, что характер и сила этих прав являются спорными и что решение о том, какие именно права следует признавать, входит в компетенцию иных политических институтов, нежели суды.

Это очень важное различие, хотя в литературе по конституционному праву оно не проводится достаточно четко. Скептическая теория и теория подчинения резко отличаются по характеру обоснования, а также по вытекающим из них следствиям в отношении более общих представлений о морали, которых придерживаются сторонники этих теорий. Эти теории настолько различны, что большинство американских политиков могут, не впадая в противоречия, признавать вторую, но отнюдь не первую.

Скептик, как я уже говорил, придерживается той точки зрения, что люди не обладают моральными правами по отношению к государству и обладают лишь теми юридическими правами, которые четко предусмотрены законом. Но что это означает и какую аргументацию мог бы привести скептик в поддержку своих взглядов? Конечно, в философии морали ведется оживленная дискуссия по поводу природы и статуса моральных прав, причем имеют место значительные разногласия по вопросу о том, что представляют собой эти права, если вообще они что-нибудь представляют. В своих попытках ответить на эти вопросы я буду опираться на умеренную теорию моральных прав по отношению к государству, которую я развиваю в главе 7. Согласно этой теории, человек обладает моральным правом по отношению к государству, если по какой-то причине со стороны государства было бы несправедливо обращаться с ним определенным образом, пусть даже такое обращение было бы в общих интересах. Поэтому, например, черный ребенок имеет моральное право на равное школьное обучение, со стороны государства будет несправедливо не обеспечить ему такое обучение, пусть даже общество в целом от этого пострадает.

Я хотел бы сказать несколько слов о достоинствах такого взгляда на моральные права по отношению к государству. Очень многие юристы остерегаются говорить о моральных правах, хотя с легкостью рассуждают о том, что со стороны правительства справедливо или несправедливо делать, ибо они полагают, что, если права вообще существуют, то этими призрачными сущностями мужчины и женщины могут обладать примерно так же, как они обладают чем-то осязаемым, вроде гландов. Я же предлагаю такое понимание прав, которое не связано с онтологическими допущениями подобного рода: при таком понимании требование права представляет собой особую (в смыс-

ле — ограниченную) оценку того, что со стороны государства справедливо или несправедливо делать.

Более того, такой взгляд на права помогает избежать ряда широко известных головоломок, связанных с этим понятием. Благодаря ему утрачивают странный оттенок утверждения о том, что права могут различаться по своей силе и характеру в разных случаях или в разные моменты истории. Если мы представляем себе права в виде неких сущностей, такие метаморфозы кажутся довольно странными, но для нас вполне привычна идея о том, что моральные оценки справедливости или несправедливости того или иного действия очень сложны и на них влияют соображения, которые зависят от обстоятельств и меняются со временем.

Скептик, стремящийся опровергнуть саму возможность существования такого рода прав по отношению к государству, сталкивается с трудной задачей. Я думаю, он должен опираться на одну из следующих трех общих позиций: (а) Он может проявлять более глубокий моральный скептицизм, согласно которому бессмысленно даже говорить о том, что какое-то действие является с моральной точки зрения справедливым или несправедливым. Если никакое действие с моральной точки зрения не является несправедливым, значит, не может быть несправедливым и то, что правительство штата Северная Каролина отказалось возить детей в школу на автобусах. (b) Он может придерживаться жесткого утилитаризма, полагая, что единственным основанием для оценки того или иного действия как справедливого или несправедливого является его влияние на общие интересы. По этой теории будет противоречием утверждать, что перевозка школьников на автобусах необходима по моральным соображениям даже в том случае, если она не способствует благу общества в целом. (с) Он может принимать какую-нибудь тоталитарную теорию, согласно которой интересы индивида совпадают с интересами всего общества и поэтому между ними невозможен конфликт.

Очень немногие американские политики могли бы принять одно из этих трех оснований. Никсон, например, не мог бы этого сделать, потому что он выдает себя за фундаменталиста в вопросах морали, который в глубине сердца знает, что порнография — это зло, и что народ Южного Вьетнама имеет право на самоопределение, во имя которого некоторые его представители и мы вместе с ними можем с полным основанием перебить множество других людей.

Впрочем, я вовсе не утверждаю, что в действительности никто не стал бы отстаивать ограничение судов с позиций скептицизма; напротив, некоторые из известнейших сторонников судебного ограничения строили свои аргументы целиком и

полностью на основе скептицизма. Например, в 1957 г. великий судья Лернед Хэнд прочитал в Гарварде цикл лекций памяти Оливера Уэнделла Холмса. Хэнд был учеником Сантаяны и верным последователем Холмса, и скептицизм в вопросах морали был его единственной религией. Он высказался за ограничение судов и заявил, что Верховный Суд поступил несправедливо, объявив сегрегацию школьников незаконной в деле Брауна. Неправильно полагать, говорил он, будто требования, связанные с моральными правами, выражают нечто большее, чем личные предпочтения того, кто о них говорит. Если Верховный суд оправдывает свои решения, выдвигая подобные требования, а не опираясь на положительные законы, то он узурпирует функции законодателей, потому что именно законодателям, представляющим большинство населения, надлежит решать, чьи предпочтения должны возобладать.

Эта простая ссылка на демократию достигает своей цели, если исходить из скептических посылок. Разумеется, если отдельные люди не имеют прав по отношению к большинству, если политическое решение сводится лишь к тому, чьи предпочтения должны возобладать, то демократия, действительно, обеспечивает веские основания для того, чтобы предоставить решение этого вопроса более демократическим институтам, нежели суды, даже в тех случаях, когда выбор, сделанный этими институтами, вызывает у самих судей резко негативное отношение. Но если мы будем доказывать необходимость ограничения судов, основываясь не на скептицизме, а на судебном подчинении, то нам придется прибегнуть к совершенно иным, и гораздо более спорным аргументам от демократии, что я сейчас и попытаюсь показать.

4.

Если у Никсона имеется внутренне согласованная конституционная теория, то это теория ограничения судов, основанная не на скептицизме, а на идее судебного подчинения. Он считает, что суды не должны решать спорные вопросы политической морали, поскольку они должны предоставить решение таких вопросов другим ветвям государственной власти. Если приписать Никсону такую стратегию, можно найти смысл в его обвинении Уорреновского Суда, будто тот «выкручивает и выворачивает» закон. В этом случае он имел бы в виду, что Верховный Суд «выкручивает и выворачивает» принцип судебного подчинения, а это еще мягко сказано, поскольку точнее было бы сказать, что он полностью игнорирует этот принцип. Но существуют ли сколько-нибудь веские причины придерживаться политики судебного подчинения? Если такая политика на самом деле безос-

новательна, это подрывает никсоновскую теорию права, и тогда следовало убедить его не настаивать на дальнейших назначениях в Верховный Суд и не поощрять Конгресс в его противодействии решениям Суда во имя такой теории.

Существует очень популярный аргумент в пользу политики судебного подчинения, который можно назвать аргументом от демократии. Согласно этому аргументу, вопрос о том, запрещается ли каким-либо здравым представлением о равенстве сегрегация в области образования и требуются ли для борьбы с нею такие меры, как перевозка школьников на автобусах, является, по крайней мере, спорным. Кто должен решать эти спорные вопросы моральной и политической теории? Должен ли это быть некий суд в Вашингтоне, члены которого назначаются пожизненно и не несут политической ответственности перед теми, на чью жизнь будет влиять их решение? Или это должны быть избираемые и ответственные перед избирателями законодатели штата или всей страны? Данный аргумент предполагает, что демократ может принять только второй ответ.

Но аргумент от демократии на самом деле слабее, чем может показаться на первый взгляд. Прежде всего, этот аргумент предполагает, что законодательные органы штатов действительно ответственны перед народом в том смысле, в каком это предусматривает демократическая теория. Но во всех штатах, в большей или меньшей степени и по разным причинам, дело обстоит не так. В некоторых штатах даже совсем не так. Но этот момент я предпочел бы обойти, потому что он не столько подрывает аргумент от демократии, сколько призывает к обеспечению большей демократии, а это совсем другая проблема. Я хотел бы сосредоточить свое внимание на вопросе о том, правильно ли в принципе в этой связи апеллировать к демократии.

Данный аргумент предполагает, что в условиях демократии все возникающие вопросы, в том числе и вопросы моральных и политических принципов, должны решаться только теми институтами, которые являются политически ответственными в том смысле, в каком суды таковыми не являются. Почему мы должны принять такое представление о демократии? Нет смысла говорить, что именно это и означает демократия, поскольку неверно предполагать, будто «демократия», как слово, имеет хоть сколько-нибудь точное значение. Даже если бы оно имело, нам пришлось бы лишь переформулировать свой вопрос следующим образом: почему мы должны соблюдать демократию, если допустить, что она означает именно это? Не поможет здесь и утверждение о том, что такое представление о демократии закреплено в американской Конституции, или что мы обязаны ему следовать, поскольку им пронизана вся наша политическая традиция. Конституция не предусматривает ни-

каких правовых норм, которые бы ограничивали судебный пересмотр лишь очевидными случаями, поэтому мы не можем утверждать, что она закрепляет некое представление о демократии, которое исключает возможность более широкого судебного пересмотра. Не можем мы и утверждать, что наши суды всегда ранее придерживались подобного ограничения. Бремя доказывания здесь лежит на Никсоне.

Итак, ни значение наших слов, ни наше прошлое не обязывают нас принять данный аргумент от демократии. Если мы вообще должны будем принять его, так только в силу его логической убедительности. Для более тщательного анализа этого аргумента нужно, однако, провести еще одно различие. Аргумент от демократии, как я его сформулировал, можно развить в двух разных направлениях: можно обосновывать необходимость судебного подчинения тем, что демократические институты, такие как законодательные органы, вероятней всего придут к более разумным решениям, нежели суды, если эти решения касаются основополагающих вопросов, поднятых в конституционных судебных делах, то есть, если они касаются природы моральных прав индивида по отношению к государству.

Или же можно утверждать, что по какой-то причине более справедливо, чтобы такие вопросы решал не суд, а какой-то демократический институт, даже если нет никаких оснований полагать, что этот институт вынесет более разумное решение. Различие между этими двумя аргументами не будет иметь смысла для скептика, который не признал бы, что кто-то может лучше или хуже определить моральные права по отношению к государству, ибо нельзя лучше или хуже определить нечто призрачное. Но юрист, который верит не в скептицизм, а в принцип судебного подчинения, должен признать это различие, хотя при желании он может выбрать и ту, и другую линию аргументации.

Я начну со второго аргумента, согласно которому законодатели и другие демократические институты обладают какими-то особыми правами на вынесение решений по конституционным вопросам, независимо от того, могут они принять лучшее решение или нет. Кто-то может сказать, что природа этих особых прав очевидна, поскольку всегда более справедливо предоставлять решение любого вопроса большинству, чем меньшинству. Но в этом утверждении, как уже не раз отмечалось, игнорируется тот факт, что права по отношению к большинству — это не те вопросы, решение которых следует по справедливости предоставлять большинству. Конституционализм как теория о том, что большинство необходимо ограничивать ради защиты индивидуальных прав, может быть хорошей или плохой политической теорией, но Соединенные Штаты эту теорию приня-

ли; позволять же большинству быть судьей в своем собственном деле не только непоследовательно, но и несправедливо. Таким образом, принципы справедливости, видимо, говорят не в пользу аргумента от демократии.

Главный судья Маршалл признал это в своем решении по знаменитому делу «Марбери против Мэдисона»¹, когда Верховный суд впервые заявил о своем праве пересматривать законодательные решения на основе конституционных стандартов. Судья привел тот довод, что по Конституции именно она является высшим законом страны, поэтому суды вообще, а в конечном счете и Верховный Суд, должны обладать властью объявлять недействительными законы, нарушающие Конституцию. Многие правоведы расценивают его доводы как *pop sequitur*², потому что, утверждают они, хотя конституционные ограничения и являются частью закона, совсем не обязательно, что именно суды, а не сами законодатели полномочны решать, имело ли место нарушение этого закона в конкретных случаях³. Но этот довод не является *pop sequitur*, если мы считаем принцип, согласно которому никто не должен быть судьей в своем собственном деле, столь фундаментальным для нашей идеи законности, что Маршалл был бы вправе пренебречь им, только если бы Конституция четко запрещала судебный пересмотр.

¹ Имеется в виду ставшее эпохальным решение Верховного суда от 24 февраля 1803 г., когда впервые закон, принятый Конгрессом США, был объявлен неконституционным. Госсекретарь Мэдисон отказался подтвердить назначение Уильяма Марбери, одно из последних «полночных назначений» президента Адамса перед его уходом в отставку. Марбери обратился в Верховный Суд, но Суд под председательством главного судьи Маршалла отклонил иск на том основании, что принятый Конгрессом в 1789 г. закон, на который ссылался Марбери, является неконституционным и, следовательно, не имеет юридической силы. — *Прим. пер.*

Вывод, не соответствующий посылкам; нелогичное заключение (*лат.*). — *Прим. пер.*

³ Я отличаю это возражение против довода Маршалла от другого возражения, которое не имеет отношения к нашей нынешней теме, но согласно которому Конституцию следует интерпретировать в том духе, что она налагает на Конгресс юридическую обязанность не принимать, к примеру, законы, ограничивающие свободу слова, но ее не следует интерпретировать так, будто она отнимает у Конгресса законную власть признать такой закон действительным. С этой точки зрения, Конгресс находится в положении вора, у которого есть юридическая обязанность не продавать награбленное добро, но при этом сохраняется законная власть передать его кому-то на законных основаниях. В пользу такой интерпретации мало что можно сказать, поскольку Конгресс, в отличие от вора, невозможно наказать, иначе как признав недействительными его неправильные постановления и таким образом защитить индивидов, которых и призвана защищать Конституция.

Кто-то мог бы возразить, что наивно полагать, будто политика судебного подчинения предоставляет большинству право быть судьей в своем собственном деле. Политические решения в Соединенных Штатах принимаются не каким-то одним постоянным большинством, а многими различными политическими институтами, каждый из которых представляет свой электорат, причем состав последнего меняется с течением времени. Решение одного государственного института вполне может быть пересмотрено другим, который также несет политическую ответственность, но уже перед большим или просто другим электоратом. Например, действия полиции штата Аризона, которые Суд признал неконституционными в деле «Миранда», на самом деле подлежали пересмотру различными исполнительными органами, законодательными собраниями города и штата Аризоны, а также Конгрессом страны. Наивно было бы полагать, что все эти политические институты преследуют одни и те же стратегии и интересы, а, стало быть, неверно, что, если бы не вмешательство Суда, полиция Аризоны была бы вольна судить себя сама.

Но это возражение слишком уж ловко скроено, потому что оно игнорирует особый характер споров об индивидуальных моральных правах, отличающий их от других видов политических споров. Действительно, различные институты представляют разный электорат, когда речь идет, например, о трудовом законодательстве, торговле или социальном обеспечении, и нация нередко разделяется на разные лагеря при обсуждении этих вопросов. Но дело, вообще говоря, обстоит не так, когда речь идет о конституционных правах индивидов, таких, например, как права обвиняемого в уголовном преступлении. Для таких дебатов характерно, что те, кто осуществляет политический контроль над различными правительственными институтами, едины в своих интересах и враждебном отношении. В сущности, именно поэтому политологи представляют конституционные права как права по отношению к «государству» или «большинству» как таковым, а не по отношению к какому-то конкретному органу или ветви государственной власти.

Первые судебные дела о сегрегации, возможно, являются исключением из этого общего правила, поскольку, видимо, единственные граждане, которым была нужна сегрегация *de jure*, — это белые южане. Но факт остается фактом: национальный Конгресс на деле не положил конец сегрегации, — то ли потому, что считал, что не имеет на это законной власти, то ли потому, что не захотел; в любом случае, вряд ли этот пример говорит в пользу того, что политическая процедура позволяет эффективно бороться хотя бы с частными нарушениями прав не обладающих политическим влиянием меньшинств. Более того,

в споре по поводу доставки школьников на автобусах белое большинство, заботясь о собственных интересах, проявило и свою силу, и свой национализм. И, конечно, такие постановления, как решения исполнительной власти о ведении войны или попытки Конгресса определить надлежащие полицейские процедуры (как в случае закона 1968 г. о контроле над преступностью¹), просто некому пересматривать, кроме как суду.

Поэтому, видимо, справедливо будет сказать, что аргумент от демократии призывает тех, кто облечен политической властью, быть единственными судьями своих собственных решений и самим определять, имеют ли они право делать то, что, как они уже установили, им нужно сделать. Это не доказывает окончательного превосходства политики судебного активизма над программой судебного подчинения. Судебный активизм связан с риском тирании, а в том упрощенном варианте, который я здесь изложил, так уж наверняка. Можно было бы даже показать, что этот риск перевешивает несправедливость предоставления большинству права быть судьей в своем собственном деле. Но все же это разрушает довод о том, что большинству следует по справедливости позволить самому определять границы своей собственной власти.

Поэтому мы должны обратиться к другому варианту аргумента от демократии, согласно которому демократические институты, например законодательные органы, с большей вероятностью найдут более разумные решения в отношении моральных прав индивидов, чем это сделали бы суды. В 1969 г. покойный профессор Йельской школы права Александр Бикель, читая курс Холмсовских лекций в Гарварде, предложил совершенно новый остроумный довод в пользу программы ограничения судов. Он позволил себе предположить, в целях доказательства, что программу судебного активизма, выдвинутую Судом Уоррена, можно было бы оправдать, если бы она действительно привела к желаемым результатам². Казалось поэтому, что он оценивает политику судебного активизма по ее же собственным критериям, поскольку для него судебный активизм

¹ Этот закон, принятый Конгрессом, разрешал, в частности, использование электронных средств слежки при расследовании ряда тяжких преступлений. — *Прим. пер.*

² Профессор Бикель доказывал также, со свойственным ему мастерством, что многие важнейшие решения Уорреновского Суда нельзя оправдать даже по общепринятым меркам, то есть, на основе тех аргументов, которые Суд приводит в своих решениях. Его критика этих решений во многих случаях убедительна, но недостатки профессиональной деятельности Суда никак не влияют на аргументацию, которую я рассматриваю в этой работе. (Расширенное изложение Холмсовских лекций профессора Бикеля приведено в его книге: *Bickel A. The Supreme Court and the Idea of Progress. 1970.*)

как раз и сводится к требованию о моральном праве судов улучшать будущее, что бы ни говорила на этот счет теория права. Лернед Хэнд и другие противники активизма оспаривали это требование. Бикель же принимает его, по крайней мере как исходную посылку, но утверждает, что программа судебного активизма не удовлетворяет своим же собственным критериям.

Будущее, к которому стремился Суд Уоррена, говорит Бикель, уже начинает давать не те плоды, что ожидалось. Принятая Судом философия расовой интеграции, например, оказалась слишком незрелой, и ее уже отвергли наиболее творческие натуры среди негритянских лидеров. Тезис о простом и полном расовом равенстве доказал свою неосуществимость и во многих других отношениях; например, предлагаемая в нем простая формула «один человек — один голос» для оценки справедливости распределения избирательных округов, оказалась и неразумной, и несправедливой.

Почему же радикальный Суд, стремящийся улучшить общество, потерпел неудачу даже по своим собственным меркам? Бикель дает такой ответ: суды, и в том числе Верховный Суд, должны принимать решения по сходным судебным делам, следуя какому-то одному принципу, а не реагируя в каждом случае на изменения в раскладе политических сил. Они должны поступать так не просто потому, что этого требует их судейская мораль, а потому, что структура их института не предоставляет им средств оценить силу того или иного политического давления, даже если бы они пожелали это сделать. Но управление на основе принципов неэффективно и в конечном счете обречено на провал, сколь бы честными и способными ни были государственные деятели, пытающиеся управлять таким образом. Ибо для любого принципа существует предел сложности, превысив который он перестает быть узнаваемым принципом, но предел этот не дотягивает до уровня сложности социальной организации.

Решения Верховного Суда о переопределении нормы представительства, по мнению Бикеля, были ошибочными не просто потому, что Суд выбрал неверный принцип. Формула «один человек — один голос» чересчур проста, но Суд и не мог бы найти лучшего, более совершенного принципа, который служил бы в течение многих лет эффективным критерием при распределении избирательных округов на всей территории страны, потому что успешное распределение избирательных округов зависит от очень многих факторов политической жизни, и если оно вообще достижимо, так только в ходе хаотического исторического развития, не подчиняющегося никаким принципам. Судебный активизм не может быть столь же эффективным, как управление посредством более или менее де-

мократических институтов — не потому, что принцип требует демократии, а, наоборот, потому что демократия действует безо всяких принципов; она формирует институты и находит компромиссы подобно тому, как река создает свое русло, прокладывая путь к морю.

Что следует сказать о доводах Бикеля? Его истолкование новейшей истории можно оспаривать, — и его оспаривают. Далеко не очевидно, во всяком случае пока, что расовая интеграция потерпит провал как долгосрочная стратегия; профессор неправ, если считает, что ее отвергли черные американцы, большая часть которых все-таки участвует в НААСР¹, а не в более воинствующих организациях. Несомненно, отношение нации к тому, как следует справляться с проклятием расизма, колеблется из стороны в сторону по мере того, как все больше проявляются масштабы и сложность этой проблемы, но Бикель, видимо, писал свои лекции в тот момент, когда эти колебания достигли одной из своих крайних точек.

Неправ Бикель и тогда, когда оценивает влияние Верховного суда на эти процессы так, как если бы Суд был единственным действующим институтом, или когда предполагает, что, если цель Суда не достигнута, страна оказывается в худшем положении, чем если бы Суд и не пытался ее достичь. С 1954 г., когда Суд сформулировал принцип, согласно которому равенство перед законом требует десегрегированного школьного образования, у нас не было, если исключить годы президентства Джонсона, ни одного главы федеральной исполнительной власти, который согласился бы принять этот принцип в качестве императива. В течение же последних нескольких лет у нас был президент, который, похоже, был решительно настроен отвергнуть этот принцип. Нет у нас и серьезных оснований предполагать, что расовая ситуация в Америке была бы сейчас в целом более удовлетворительной, если бы не вмешательство Суда в 1954 г. и позднее.

Но существует совсем другое, гораздо более важное для моих целей, возражение против теории Бикеля. Считается, что новизна его теории состоит в том, что он делает уступку принципу судебного активизма в одном принципиальном моменте, а именно в том, что Суд вправе вмешиваться, если его вмешательство позволяет добиться желательных для общества результатов. Но это иллюзорная уступка, потому что представление Бикеля о желательных для общества результатах несовместимо с предположением, на которое опирается принцип судебного активизма и согласно которому индивиды обладают моральными

¹ National Association for the Advancement of Coloured People — Национальная ассоциация содействия развитию цветного населения. — *Прим. пер.*

правами по отношению к государству. На самом деле аргументация Бикеля, даже если принять приводимые им факты и взгляд на историю, может достичь своей цели, только основываясь на скептицизме по поводу прав, столь же глубоком, как у Лернеда Хэнда.

Я привел здесь теорию Бикеля как вариант аргумента от демократии, согласно которому поскольку люди расходятся во взглядах по поводу прав, надежнее оставить окончательное решение вопросов о правах за политическими процедурами, — надежнее в том смысле, что результаты с большой вероятностью будут более разумными. Бикель выдвигает причину, почему политические процедуры надежнее. Он утверждает, что долгосрочный характер политического урегулирования вопросов о правах свидетельствует о соответствии такого урегулирования политической морали. По его словам, это свидетельство лучше, чем разнообразные принципиальные доводы, которые могут предложить судьи, если предоставить решение им.

Существует слабая формулировка этого утверждения, которую не может использовать Бикель в своей аргументации. Согласно этой формулировке, никакой политический принцип, устанавливающий права, не может быть обоснованным, какие бы абстрактные аргументы ни приводились в его защиту, если только он не получит в конечном итоге общественного признания; так что, например. Верховный суд не может быть прав в своей позиции по поводу прав черных детей, людей, подозреваемых в уголовном преступлении, или атеистов, если в конечном итоге не удастся убедить общество признать эти права.

Эта слабая формулировка может показаться правдоподобной по разным причинам. Она, например, будет привлекательна для тех, кто верит в существование и силу нравственного чувства у обычных людей, в их готовность откликаться на призывы, обращенные к их нравственному чувству. Но это не доказывает необходимости ограничения судов, разве только в самой долгосрочной перспективе. Напротив, это предполагает то, что юристы любят называть диалогом между судьями и нацией в ходе которого Верховный суд должен представлять и защищать свою взвешенную точку зрения по поводу прав граждан, — примерно так, как попытался сделать Уорреновский Суд в надежде, что народ в конце концов с ним согласится.

Итак, мы должны обратиться к сильной формулировке данного утверждения, согласно которой в ходе органичного политического процесса будут более надежно обеспечиваться подлинные права людей, если суды не будут чинить этому препятствий своим искусственным и рационалистическим вмешательством. С этой точки зрения, права черных, подозреваемых, атеистов будут определяться в процессе деятельности политических институ-

тов, реагирующих стандартным образом на то или иное политическое давление. Если требование права не может быть подтверждено таким способом, то именно по этой причине данное требование является — во всяком случае, с большой вероятностью — безосновательным. Но это странное утверждение есть лишь завуалированное выражение той скептической точки зрения, что в действительности не существует никаких прав по отношению к государству.

Возможно, наиболее подходящие для общества институты складываются, как утверждают Бёрк и его современные последователи, исключительно в процессе эволюции, и никогда — в результате радикальной реформы. Но права по отношению к государству — это требования, которые, будучи признаны, заставляют общество согласиться на институты, возможно, не столь для него удобные. Главная суть требования того или иного права, даже с учетом их демифологизированного смысла, который я здесь анализирую, состоит в том, что индивид имеет основания требовать защиты от большинства, пусть даже в ущерб общим интересам. Конечно, для удобства большинства необходимо, чтобы какое-то место было предусмотрено и для меньшинств, но только лишь в пределах, необходимых для поддержания порядка; а в этих пределах обычно не находится места для признания прав этих меньшинств.

В самом деле, предположение о том, что права могут быть доказаны в ходе истории, а не при обращении к принципам, свидетельствует либо о путанице, либо об отсутствии реального интереса к тому, что такое права. Требование права предполагает морально-этическую аргументацию и не может быть установлено никаким иным способом. Бикель представляет сторонников судебного активизма (и даже кое-кого из героических приверженцев ограничения судов, например, Брандейса и Франкфуртера, у которых случались промахи), как каких-то философов восемнадцатого века, которые апеллируют к принципу, поскольку придерживаются той оптимистической точки зрения, что прогресс может происходить по заранее намеченной схеме. Но в этом представлении не различаются ни два разных основания для обращения к принципам и реформам, ни два разных смысла прогресса.

Одно дело — апеллировать к моральным принципам в наивной вере, что как в этике, так и в экономике, действует невидимая рука, благодаря которой индивидуальные права сольются со всеобщим благом и закон, основанный на принципах, поведет нацию к безмятежной утопии, где каждый будет жить лучше, чем жил до сих пор. Бикель резко критикует это прекрасное видение, ссылаясь на историю, а также приводя другие доводы против управления на основе принципов. Но

совсем другое дело — апеллировать к принципу как к принципу с целью доказать, например, что несправедливо заставлять чернокожих детей учиться в школах для черных, хотя очень многим людям действительно в чем-то станет хуже, если государство примет меры, препятствующие раздельному обучению.

Это совершенно иное понимание прогресса. Это нравственный прогресс, и пусть из истории мы знаем, как трудно определить, в чем именно состоит нравственный прогресс, а определив, как трудно убедить в этом других, отсюда никак не может следовать, что на наших правителях не лежит ответственность попытаться это определить и убедить в этом остальных.

5.

Это было сложное рассуждение, и мне хотелось бы кратко подытожить его. Наша конституционная система опирается на определенную моральную теорию, а именно теорию о том, что люди обладают моральными правами по отношению к государству. Сложные статьи Билля о правах, а также статьи о надлежащей правовой процедуре и о равной защите законом следует понимать как апеллирующие к моральным понятиям, а не как формулирующие конкретные концепции; поэтому суд, взявший на себя ответственность применения этих статей в качестве полноценного права, должен быть активным судом в том смысле, что он должен быть готов ставить вопросы политической морали и отвечать на них.

Может оказаться необходимым некоторый компромисс в отношении этой активистской позиции, обусловленный практическими причинами или конкурирующими принципиальными соображениями. Но в своих публичных заявлениях по поводу Верховного Суда Никсон дает понять, что нужен не просто компромисс, а полный отказ от политики судебного активизма в силу очень веских принципиальных соображений. Если попытаться сформулировать эти принципиальные соображения, то оказывается, что они несовместимы с предположением, лежащим в основе конституционной системы, — либо потому, что предоставляют большинству быть судьей в своем собственном деле, либо потому, что опираются на скептицизм в вопросе о моральных правах, которого ни Никсон, ни американские политики не могут придерживаться, не впадая в противоречие.

Таким образом, теория права Никсона только видимость, а отнюдь не настоящая теория. Ее невозможно подкрепить аргументами, которые он мог бы принять, не говоря уж об аргументах, которые он сам выдвигает. Никсон превысил свои законные полномочия, поддержав непоследовательную философию

фию права и подвергнув сомнению добросовестность других юристов, не принявших то, что он не в состоянии обосновать.

Академические споры о том, обладает ли Верховный Суд полномочиями судебного пересмотра, также способствовали путанице в рассуждениях Никсона. Из-за неспособности провести описанные мною различия между обращением к понятию и формулировкой концепции, между скептицизмом и судебным подчинением правоведы оказались перед ошибочным выбором между судебным активизмом как программой морального крестового похода и ограничением судов как программой законности. Почему представители столь ученой и многомудрой профессии ставят сложный вопрос в такой обманчиво простой формулировке?

Суть академических споров можно сформулировать следующим образом. Если мы предоставляем принимать требуемые Конституцией принципиальные решения судьям, а не народу, то мы действуем в духе законности в той мере, в какой это позволяют наши институты. Но при этом есть риск, что судьи могут принять неправильные решения. Каждый юрист считает, что в какой-то период своей деятельности Верховный Суд допускал ошибки, и даже очень серьезные ошибки. Если юриста не возмущают консервативные решения начала 1930-х, грозившие сорвать политику «нового курса», то, скорее всего, возмущают либеральные решения последнего десятилетия.

Не следует преувеличивать опасность. По-настоящему непопулярные решения долго не сохраняются, потому что общественность следует им крайне неохотно (так было в случае с общешкольной молитвой) и потому что старые судьи умирают или уходят на покой, а на смену им приходят новые судьи, назначенные благодаря их согласию с президентом, которого избрал народ. Решения против «нового курса» не сохранились, а наиболее смелые решения последних лет сейчас отданы на милость никсоновскому Суду. К тому же опасность неверных решений не всегда связана с чрезмерной активностью судов; бездействие Суда в эпоху Маккарти (воплощением этого бездействия стало позорное решение по делу Денниса, подтвердившее конституционность закона Смита), пожалуй, принесло стране больше вреда, чем консерватизм Суда в начале Рузвельтовского периода.

Тем не менее, следует обустроить наши институты таким образом, чтобы свести к минимуму риск ошибок. Но до сих пор академические дебаты не дали нам адекватного объяснения того, в чем кроются ошибки. Для сторонников судебного активизма решения по проблемам сегрегации были правильными, потому что способствовали достижению общественной цели, которую они считают желательной, или же неправиль-

ными, потому что способствовали достижению нежелательной общественной цели. А для сторонников ограничения судов эти решения были неправильными независимо от того, одобряли ли они эту общественную цель или нет, потому что эти решения нарушали принцип, согласно которому Суд не вправе навязывать нации свое представление о благе.

Ни тот, ни другой критерий не ставит юристов перед необходимостью решать особый моральный вопрос, о котором я говорил выше, а именно: какие у индивида имеются моральные права по отношению к государству? «Активисты», если вообще приводят какие-то доводы, то исходят из предположения, что либо преследуемые ими общественные цели представляют собой самоочевидное благо, либо эти цели в конечном итоге послужат на благо каждому; такой оптимизм делает их уязвимыми перед тем аргументом Бикеля, что это не обязательно так. Те же, кто требует ограничения судов, утверждают, что принцип законности ограждает специалистов по конституционному праву от решения каких бы то ни было моральных проблем.

Конституционное право не сможет по-настоящему развиваться, пока мы не выделим в отдельную проблему вопрос о правах индивидов по отношению к государству и не включим эту проблему в свою повестку дня. Для этого необходимо соединить конституционное право с теорией морали — трудно поверить, но это еще только предстоит сделать. Вполне понятно, что юристы боятся философии морали и особенно философов, высказывающихся о правах, поскольку призрачные обертоны, звучащие в этом понятии, грозят нарушить покой на кладбище разума. Но в наше время есть лучшая философия, чем та, о которой помнят юристы. Например, профессор Ролз из Гарварда опубликовал сложную и абстрактную книгу о справедливости, которую не может не учитывать ни один специалист по конституционному праву¹. Но юристы вовсе не обязаны играть пассивную роль в разработке теории моральных прав индивида по отношению к обществу, так же как они не были пассивны при разработке социологии и экономики права. Они должны признать, что право так же зависит от философии, как и от указанных дисциплин.

¹ *Rawls J. A Theory of Justice. 1972. См. ниже главу 6.*

Справедливость и права

Я полагаю, нет необходимости подробно описывать здесь известную идею Ролза об исходной позиции¹. В этой воображаемой ситуации группа мужчин и женщин собирается вместе, чтобы заключить общественный договор. Пока это похоже на воображаемые собрания из классических теорий общественного договора. Но от этих теорий идея исходной позиции отличается особыми свойствами участников договора. Это мужчины и женщины с обычными вкусами, талантами, амбициями и убеждениями, но каждый временно находится в неведении относительно этих черт собственной личности и самосознание вернется к нему после того, как он присоединится к договору.

Ролз пытается показать, что если эти мужчины и женщины рациональны и действуют исключительно в своих собственных интересах, то они выберут два сформулированных им принципа справедливости. В общих чертах эти принципы предусматривают, что каждый человек должен получить наибольшую политическую свободу, совместимую с аналогичной свободой для всех, и что неравенство при распределении власти, богатства, дохода и других ресурсов допустимо лишь в той мере, в какой оно способствует абсолютному благу тех членов общества, которые находятся в наименее благоприятном положении. Многие критики Ролза не согласны с тем, что мужчины и женщины в исходной позиции неизбежно выберут эти два принципа. Эти принципы консервативны, и критики считают, что их выбрали бы только люди, консервативные по складу характера, но не те, кто от природы склонен к риску. Я не считаю такую критику вполне обоснованной, но во всяком случае в этой работе не стану ею заниматься. Меня интересует другой вопрос.

Предположим, что критики неправы: мужчины и женщины в исходной позиции действительно выбрали бы два принципа Ролза, решив, что это в их интересах. Ролз, по-видимому, считает, что данный факт может служить аргументом в пользу его двух принципов как некоего стандарта справедливости, с которым надлежит сверять реально существующие политические институты. Но это совсем неочевидно.

Если группа людей заранее договорилась о том, что все споры между ними должны будут разрешаться некоторым оп-

¹ *Rawls J. A Theory of Justice.*

ределенным способом, факт наличия такого договора будет весомым аргументом в пользу того, что именно этим способом и следует решать споры, когда они возникают. Договор был бы аргументом сам по себе, независимо от того, насколько сильны причины, побудившие разных людей присоединиться к нему. Например, обычно каждый из участников полагает, что, подписывая договор, он действует в своих интересах; но если кто-то из них при вычислении своих интересов ошибся, факт его участия в договоре служит сильным доводом в пользу того, что будет честно заставить его соблюдать условия соглашения.

Ролз не предполагает, что какая-то группа людей действительно когда-либо заключала общественный договор того рода, который он описывает. Он утверждает только, что если бы группа рациональных людей оказалась в условиях исходной позиции, то они включили бы в свой договор два его принципа. Описанный Ролзом договор является гипотетическим, а гипотетические договоры не могут служить независимым аргументом в пользу принудительного соблюдения их условий. Гипотетический договор — это не просто слабая форма реального договора; это вообще не договор.

Если, например, я играю в какую-то игру, может так случиться, что я согласился бы соблюдать целый ряд основных правил, если бы меня уведомили о них заранее, до начала игры. Отсюда не следует, что мне можно навязать эти правила, если я на деле не давал своего согласия соблюдать их. Должны, конечно, быть причины, почему я согласился бы на эти правила, если бы меня уведомили о них заранее, и в силу этих причин может оказаться честным заставить меня выполнять эти правила, даже если я на них не соглашался. Но мое гипотетическое согласие не может считаться самостоятельной причиной, независимой от этих других причин, и не может заставить меня выполнять эти правила, как было бы в случае моего действительного согласия.

Предположим, мы с вами играем в покер и в разгар игры вдруг обнаруживаем, что в колоде не хватает одной карты. Вы предлагаете бросить карты, а я отказываюсь, так как знаю, что должен сейчас выиграть и хочу получить деньги в этом коне. Вы могли бы сказать, что я, безусловно, согласился бы прекратить игру, если бы возможность нехватки карт в колоде была оговорена до начала игры. Но вы при этом не имеете в виду, что меня каким-то образом обязывает бросить карты соглашение, которого я никогда не заключал. Скорее, вы используете гипотетическое соглашение как некий прием для обоснования того, что можно было бы обосновать и без него, а именно: что справедливость и разумность предложенного вами решения на-

столько очевидны, что не согласиться с ним может только человек, непосредственно заинтересованный в обратном. Ваш главный довод состоит в том, что это решение является справедливым и разумным, и тот факт, что я и сам согласился бы с ним, ничего существенного не прибавляет к этому доводу. Если я сумею парировать ваш главный довод, мне уже не нужно будет оправдываться или отвечать на ваше утверждение о том, что я дал бы свое согласие.

Более того, в некоторых ситуациях тот факт, что я согласился бы, даже и не предполагает независимых аргументов подобного рода. Все зависит от того, по каким причинам вы полагаете, что я бы согласился. Предположим, вы говорите, что я бы согласился, если бы вы затронули эту тему до игры и настаивали на своем решении, потому что мне очень хотелось играть и я бы уступил, лишь бы не упустить такой возможности. Я мог бы признать, что согласился бы по этой причине, а потом добавил бы: мне повезло, что вы не затронули этой темы. Тот факт, что я бы согласился, если бы вы настояли на этом, ничего не прибавляет к доводам о том, почему я должен согласиться теперь. Речь здесь идет не о том, что с вашей стороны было бы несправедливо настаивать на своем предложении как на условии игры; да это и не было бы несправедливо. Если бы вы потребовали принять ваше предложение и я бы на него согласился, я не мог бы утверждать, что мое согласие каким-то образом аннулируется или вызывает сомнения поскольку я дал его по принуждению. Но если на деле я не согласился, тот факт, что я согласился бы, сам по себе ничего не значит.

Я не хочу сказать, что для оценки справедливости действия, затрагивающего какого-либо человека, никогда не имеет значения, согласился ли бы он на это действие, если бы его спросили. Если, например, врач находит человека, истекающего кровью и без сознания, для него может оказаться важным вопрос, согласился ли бы этот человек на переливание крови, если бы был в сознании. Если есть все основания полагать, что согласился бы, этот факт очень важен для оправдания такого переливания в том случае, если бы позднее пациент, возможно, пережив религиозное обращение, осудил врача за его действия. Но случаи такого рода выходят за рамки нашего теперешнего обсуждения, так как гипотетическое согласие пациента показывает, что он склонялся в пользу данного решения в то время и в той ситуации, когда оно принималось. Пациент ничего не потерял оттого, что в тот момент с ним не посоветовались, поскольку, если бы это и случилось, он дал бы свое согласие. Аргумент на основе исходной позиции совершенно иной. Если мы хотим с помощью этого аргумента обосновать справедливость применения двух принципов Ролза, то мы

должны понимать этот аргумент следующим образом: поскольку человек согласился бы на некоторые принципы, если бы его спросили заранее, отсюда следует, что будет справедливо применить к нему эти принципы позднее в другой ситуации, когда он не дает своего согласия.

Но это плохой аргумент. Предположим, в понедельник я не знал стоимости принадлежащей мне картины; если бы вы тогда предложили мне за нее сто долларов, я бы согласился. Во вторник я узнал, что картина очень ценная. Вы не можете утверждать, что было бы справедливо в среду заставить меня по суду продать вам эту картину за сто долларов. Может быть, мне сильно повезло, что вы не попросили меня продать картину в понедельник, но это не оправдывает последующего принуждения по отношению ко мне.

Следовательно, мы должны воспринимать аргумент на основе исходной позиции точно так же, как ваш аргумент при игре в покер; вероятно, он представляет собой прием, позволяющий привлечь внимание к какому-то независимому аргументу в пользу справедливости указанных двух принципов, — аргументу, который не опирается на ту ложную посылку, будто гипотетический договор обладает некоей слабой обязывающей силой. Какой же еще аргумент можно найти? Можно сказать, что с помощью исходной позиции доказывается выгодность двух принципов Ролза для всех членов политического сообщества и потому будет справедливо руководствоваться ими. Действительно, если бы удалось доказать, что эти два принципа выгодны для всех, это было бы весомым аргументом в их пользу, но трудно понять, каким образом для такого доказательства можно использовать исходную позицию.

Нужно тщательно различать два смысла высказывания о том, что нечто для кого-то выгодно. Для меня имеется *априорная* выгода в том, чтобы поставить на лошадь, которая, учитывая все известные данные, имеет наилучшие шансы на выигрыш, даже если в результате эта лошадь проиграет. А *реальная* выгода для меня состоит в том, чтобы поставить на лошадь, которая выиграет, хотя в момент, когда я делал эту ставку, мое решение могло показаться глупым. Если исходная позиция служит доводом в пользу того, что для всех выгодно вместо других возможных основ конституции выбрать два вышеназванных принципа, то в этом аргументе должна использоваться идея априорной, а не реальной выгоды. Далеко не для всех выбор двух принципов Ролза составляет реальную выгоду, поскольку, когда покров неведения будет снят, некоторые из участников обнаружат, что их положение было бы лучше, если бы они выбрали какой-нибудь другой принцип, например, принцип средней пользы.

Оценка априорной выгоды зависит от того, в каких условиях производится эта оценка, и, в частности, от того, какими сведениями располагает человек, производящий оценку. Моя априорная выгода может состоять в том, чтобы поставить на определенную лошадь в соответствии с имеющимся соотношением ставок до старта, но не после того (по крайней мере, при том же соотношении ставок), как эта лошадь споткнулась на первом повороте. Следовательно, тот факт, что некоторый выбор выгоден для меня в какой-то конкретный момент времени в условиях большой неопределенности не может служить хорошим аргументом в пользу того, что было бы справедливо принуждать меня сделать тот же выбор позднее, когда я буду располагать значительно большим объемом сведений. Но именно это и предполагает аргумент на основе исходной позиции в данной интерпретации, поскольку его цель — обосновать применение двух принципов Ролза в настоящий момент посредством предположения о том, что при условиях, значительно отличающихся от настоящих, априорная выгода для всех состояла бы в том, чтобы согласиться на эти принципы. Если я купил билет на лошадь с небольшими шансами на победу, для меня может быть априорно выгодно до заезда продать билет вам за цену, вдвое большую уплаченной мной; но отсюда не следует, что с вашей стороны было бы справедливо купить у меня билет за эту же сумму, когда лошадь вот-вот выиграет.

Здесь кто-то может возразить, что я неправильно понимаю смысл особых условий неопределенности в исходной позиции. Участников лишили знаний об их индивидуальных ресурсах и талантах, чтобы они не могли договориться о несправедливых принципах, создающих более благоприятные условия для какой-то одной совокупности ресурсов и талантов в ущерб другим. Если человек в исходной позиции не знает своих частных интересов, он не сможет добиться более благоприятного для себя соглашения. В этом случае можно сказать, что из-за неопределенности исходной позиции аргумент на основе априорной выгоды не становится, как я предположил, недействительным, а всего лишь позволяет сузить диапазон, в пределах которого могут использоваться соображения собственной выгоды. Этот аргумент доказывает, что два принципа Ролза выгодны для всех, стоит только при помощи неопределенности устранить явно несправедливые принципы. Поскольку в отличие от мужчин и женщин в исходной позиции современные мужчины и женщины располагают лишь тем дополнительным знанием, на которое им не следует опираться при выборе принципов справедливости, то для них априорная выгода по своему значению оказывается той же самой, а если это так, то аргумент на основе исходной позиции действительно служит

хорошим доводом в пользу применения двух принципов Ролза в современной политике.

Но здесь аргумент Ролза, безусловно, спутали с другим аргументом, который он мог бы выдвинуть. Предположим, что мужчины и женщины в исходной позиции обладали бы полным знанием о своих талантах и склонностях, но должны были бы заключить соглашение при условиях, исключающих — просто благодаря заранее оговоренному условию — явно несправедливые принципы, такие как принципы, предусматривающие особые преимущества для перечисленных индивидов. Если бы Ролз мог показать, что, как только мы устраним такие явно несправедливые принципы, для всех станет выгодно согласиться на его два принципа, это действительно могло бы считаться аргументом в пользу двух его принципов. Моя идея о том, что априорная личная выгода людей, находящихся в исходной позиции, отличается от аналогичной выгоды современных людей, уже не была бы верна, потому что обе группы людей располагали бы одними и теми же знаниями о себе и подчинялись бы одним и тем же нравственным ограничениям, запрещающим выбирать явно несправедливые принципы.

Но на самом деле аргумент Ролза совсем другой. Неведение, в котором его люди должны сделать свой выбор, влияет на их оценку собственной выгоды и не может быть описано просто как установление границ, в которых должны применяться их оценки. Ролз предполагает, например, что эти люди неизбежно выбрали бы консервативные принципы, потому что это единственный рациональный выбор, который могут сделать люди в условиях неведения, заботясь о собственной выгоде. Но, вполне возможно, реальные люди, знающие о своих талантах, предпочли бы менее консервативные принципы, позволяющие им полнее использовать те ресурсы, которые, как им известно, у них имеются. Таким образом, человек, считающий исходную позицию аргументом в пользу консервативных принципов, оказывается перед следующим выбором. Если менее консервативные принципы, такие, например, как принцип, предусматривающий преимущества для определенных индивидов, нужно исключить как явно несправедливые, то аргумент в пользу консервативных принципов с самого начала является полным, просто в силу очевидных соображений справедливости. В этом случае ни исходная позиция, ни какие-либо соображения личной выгоды, которые она призвана продемонстрировать, не играют никакой роли. Но если менее консервативные принципы нельзя исключить заранее как явно несправедливые, тогда навязывание людям в исходной позиции неведения, чтобы они предпочли более консервативные принципы, нельзя объяснить просто как исключение явно несправедливых вариантов выбора.

И поскольку неведение влияет на априорную личную выгоду этих людей, неизбежно оказывается неверным довод о том, что исходная позиция позволяет выявить априорную выгоду реальных людей. Ту же самую дилемму, разумеется, можно построить применительно к любой особенности двух принципов Ролза.

Признаю, может сложиться впечатление, что в этой аргументации игнорируется отличительная черта методологии Ролза, названная им техникой нахождения «рефлексивного равновесия» между нашими обыденными нравственными убеждениями, над которыми мы не рефлекслируем, и некоей теоретической структурой, которая могла бы объединить в одно целое и обосновать эти обыденные убеждения¹. Иными словами, идея исходной позиции играет в этом рефлексивном равновесии роль, которая ускользнет от нас, если мы будем, как это сделал я, упорно отыскивать более прямую «одностороннюю» аргументацию в пользу двух указанных принципов справедливости.

Техника равновесия играет важную роль в аргументации Ролза и здесь будет уместно коротко сказать о ней. Эта техника основана на предположении о том, что люди благодаря опыту повседневной жизни интуитивно чувствуют, что некоторые политические установления или решения, такие, например, как общепринятое судебное разбирательство, являются справедливыми, а другие, такие как рабство, являются несправедливыми. Более того, данная техника предполагает, что каждый из нас способен расположить эти непосредственные интуитивные чувства или убеждения в определенном порядке, с учетом нашей уверенности в них. Например, большинство людей считают более явной несправедливостью, когда государство казнит своих ни в чем не повинных граждан, чем когда оно во время войны истребляет ни в чем не повинное гражданское население другой страны. Какие-то доводы, возможно, убедили бы их изменить свою позицию в отношении гражданского населения в военное время, а вот со своими взглядами по поводу казни невинных соотечественников они расстались бы с гораздо большей неохотой.

Задача философии морали, согласно технике равновесия, состоит в том, чтобы построить структуру принципов, поддерживающую наши непосредственные убеждения, в которых мы более или менее уверены, преследуя две цели. Во-первых, эта структура принципов должна объяснять наши убеждения, раскрывая те исходные посылки, которые лежат в их основе; во-вторых, она должна служить нам руководством в тех случаях, по поводу которых у нас либо нет убеждений, либо эти убеждения слабы или противоречивы. Если, например, мы сомне-

¹ *Rawls J. Op. cit. P. 48 и далее.*

ваемся в справедливости некоторых экономических институтов, допускающих значительное неравенство в распределении богатства, мы можем обратиться к принципам, объясняющим наши бесспорные убеждения, и применить эти принципы к данному трудному вопросу.

Но этот процесс состоит не просто в нахождении принципов, согласующихся с нашими более или менее устоявшимися взглядами. Принципы должны не только объяснять, но и поддерживать наши взгляды, а значит, эти принципы сами должны быть привлекательными с точки зрения нашего нравственного чувства. Допустим, например, нам удастся показать, что какая-то совокупность общеизвестных морально-этических убеждений служит недостойной политике, например, стандартные оценки, которые мы выносим, не задумываясь, способствуют сохранению политической власти у определенного класса. Но это открытие не говорит в пользу принципа классового эгоизма; напротив, оно могло бы дискредитировать наши обыденные взгляды, если только не найдется какой-нибудь более достойный уважения принцип, который также согласуется с нашими интуитивными представлениями, и в таком случае именно этот принцип, а не принцип классового эгоизма, будет подсказан нам нашей интуицией.

Может так оказаться, что нам не удастся найти никакого непротиворечивого множества принципов, привлекательных самих по себе и поддерживающих весь комплекс наших непосредственных убеждений; было бы удивительно, если бы это не случалось довольно часто. И если это происходит, нужен компромисс, нужны уступки как с одной, так и с другой стороны. Не отказываясь полностью от нашего первоначального представления о допустимых принципах, мы можем слегка ослабить его. Например, после размышлений мы можем принять некоторый принцип, вначале показавшийся нам непривлекательным, скажем тот принцип, что иногда людей следует заставлять быть свободными. Мы могли бы принять этот принцип, если бы выяснилось, что никакой менее жесткий принцип не поддерживает то множество политических убеждений, с которыми нам особенно не хочется расстаться. С другой стороны, мы также должны быть готовы изменить, откорректировать или даже совсем отвергнуть те непосредственные убеждения, которые невозможно согласовать ни с одним из принципов, отвечающих нашим нестрогим критериям; при такой корректировке непосредственных убеждений мы будем исходить из нашего первоначального представления о том, какие из них кажутся нам более надежными, а какие — менее, хотя в принципе никакое непосредственное убеждение нельзя считать не подверженным пересмотру или упразднению, если это окажется не-

обходимым. Можно ожидать, что, переходя таким образом от наших непосредственных убеждений к структуре объясняющих принципов и обратно, мы будем подправлять то одни, то другие, пока не возникнет, по выражению Ролза, состояние рефлексивного равновесия, достигнув которого, мы будем удовлетворены или удовлетворены настолько, насколько этого было оправданно ожидать.

Вполне возможно, что, по крайней мере, для большинства из нас, наши обыденные политические взгляды уже находятся в этом рефлексивном равновесии с двумя принципами справедливости Ролза или, по крайней мере, что их можно привести в это состояние путем только что описанного процесса подгонки. И все же неясно, как в эту структуру включить идею исходной позиции, да и вообще, почему она должна играть здесь какую-то роль. Исходная позиция не принадлежит к числу обыденных политических убеждений, ради обоснования которых мы обращаемся к технике рефлексивного равновесия. Если она и играет какую-то роль, то, видимо, в самом процессе обоснования, поскольку входит в состав теории, которую мы построили с целью приведения своих убеждений в равновесие. Но если два ролзовских принципа справедливости и так уже находятся в рефлексивном равновесии с нашими убеждениями, неясно, зачем нам нужна исходная позиция в дополнение к этим двум принципам. Что нового добавляет данная идея к уже установленной гармонии?

Давайте рассмотрим следующий ответ. Одно из условий, налагаемых нами на теоретический принцип, пригодный для обоснования наших убеждений, состоит в том, что люди, которым предстоит подчиняться данному принципу, приняли бы данный принцип, по крайней мере при определенных условиях, если бы их об этом спросили, или же это условие состоит в том, что можно доказать априорную выгодность данного принципа для всех этих людей. Если это так, то исходная позиция играет весьма существенную роль в процессе обоснования посредством установления равновесия. Она используется для доказательства того, что два принципа Ролза соответствуют этому общепринятому критерию приемлемости политических принципов. С другой стороны, тот факт, что два принципа, соответствующие данному критерию, позволяют обосновать наши обыденные убеждения посредством установления рефлексивного равновесия, подкрепляет нашу веру в сам этот критерий и поощряет нас применять его к другим вопросам философии политики или морали.

И все-таки этот ответ не доказывает, что исходная позиция служит аргументом в пользу двух принципов Ролза; он представляет собой всего лишь переформулировку идей, которые

мы уже рассмотрели и отвергли. Безусловно, ни наши политические традиции, ни обыденные морально-этические представления не говорят в пользу приемлемости лишь тех принципов, которые выбрали бы люди, находящиеся в особых условиях исходной позиции. Разумеется, эти традиции предполагают, среди прочего, что принципы являются справедливыми, если они действительно были избраны теми, кто им подчиняется, или если, по крайней мере, можно показать их априорную выгоду для всех. Но мы уже видели, что с помощью исходной позиции нельзя подкрепить ни один из этих аргументов в пользу применения двух принципов Ролза в современной политике. Если исходная позиция должна играть какую-то роль в структуре принципов и убеждений, находящихся в рефлексивном равновесии, то эту роль должны определять какие-то еще не выявленные нами допущения.

Настало время пересмотреть одно ранее сделанное допущение. До сих пор я трактовал исходную позицию либо как основание в аргументации Ролза, либо как составную часть техники рефлексивного равновесия, устанавливаемого между нашими интуитивными политическими представлениями и двумя принципами Ролза. Но на самом деле Ролз не так относится к исходной позиции. Он описывает ее следующим образом:

«Я подчеркиваю, что исходная позиция является чисто гипотетической. Естественно спросить: если соглашение не заключается на самом деле, то почему нас должны интересовать эти принципы, как моральные, так и любые другие? Ответ состоит в том, что в действительности мы принимаем условия, воплощенные в описанной исходной позиции. А если нет, то мы, вероятно, можем прийти к ним путем философских размышлений. Для всех аспектов ситуации заключения договора можно найти подкрепляющие их основания... С другой стороны, это понятие является также интуитивным и само подсказывает, как его уточнять дальше, так что мы, следуя этой подсказке, приходим к более четкому определению того, с какой позиции лучше всего интерпретировать морально-этические отношения. Нам нужно понятие, которое позволило бы издалека увидеть нашу конечную цель: эту задачу и должно выполнить интуитивное представление об исходной позиции»¹.

Это описание взято из первой формулировки исходной позиции. Ролз еще раз повторяет его в последнем абзаце своей книги². Очевидно, он придает ему огромное значение; стало быть, исходная позиция отнюдь не является основанием в аргументации Ролза или разъясняющим приемом в технике равновесия, но

¹ *Rowls J. Op. cit. P. 21-22.*

² *Ibid. P. 587.*

представляет собой один из главных и существенных результатов всей его теории в целом. О ее значении говорится и в другом чрезвычайно важном месте в книге. Ролз определяет свою теорию морали как некий вид психологической теории. Его цель — описать структуру нашей (или, по крайней мере, чьей-то) способности выносить определенного рода нравственные оценки, то есть, оценки справедливости. Он считает требования, воплощенные в исходной позиции, фундаментальными «принципами, управляющими нашими нравственными способностями, или, более конкретно, нашим чувством справедливости»¹. Следовательно, исходная позиция — это схематичное представление определенного мыслительного процесса, присущего, по крайней мере, некоторым, а, может быть, и большинству людей, точно так же, как глубинная грамматика, полагает Ролз, — это схематичное представление другой мыслительной способности.

Все это говорит о том, что исходная позиция — это промежуточный вывод, своего рода «перевал» на пути к более глубокой теории, дающей философское обоснование этого вывода. В следующем разделе я попытаюсь набросать, хотя бы в самых общих чертах, эту более глубокую теорию. Я буду различать три момента в представленной «на поверхности» аргументации Ролза: технику равновесия, общественный договор и исходную позицию — и попробую разобраться, какие из известных философских принципов или позиций они отражают.

Но прежде я должен сказать об увлекательной, хотя и неточной, идее Ролза, согласно которой принципы этой более глубокой теории определяют наши нравственные способности. Эту идею можно понимать с разной степенью глубины. На наименее глубоком уровне она может означать, что принципы, лежащие в основе исходной позиции как приема в рассуждениях о справедливости, настолько общеприняты и столь мало подвергаются сомнению в том конкретном обществе, для которого и предназначена книга Ролза, что общество не могло бы отказаться от этих принципов, не изменив в корне свой образ мышления и способ обсуждения политической морали. На наиболее же глубоком уровне данная идея может означать, что эти принципы являются врожденными категориями морали, общими для всех людей и, закрепленными в структуре человеческой нервной системы, так что отрицать эти принципы можно, только полностью отвергнув нашу способность рассуждать о морали.

В дальнейшем я буду руководствоваться наименее глубоким толкованием, хотя, на мой взгляд, то, что я собираюсь сказать, согласуется и с наиболее глубокой интерпретацией. Итак, я

¹ *Bowls J. Op. cit. P. 51.*

буду предполагать, что имеется группа мужчин и женщин, которые, прочитав Ролза, сочли исходную позицию «интуитивным понятием», пригодным в качестве отправной точки в рассуждениях о проблемах справедливости, и которые нашли бы ее вполне убедительной идеей, если бы удалось доказать, что участники исходной позиции действительно включили бы в договор два сформулированных Ролзом принципа. На основании имеющегося опыта и литературы я предполагаю, что эта группа включает очень большое количество людей, размышляющих о справедливости, и замечая, что сам отношусь к их числу. Мне хотелось бы выявить скрытые допущения, благодаря которым группа имеет подобную склонность, и для этого я еще раз повторю вопрос, с которого начал: почему аргументация Ролза подтверждает, что два его принципа — это принципы справедливости? Мой ответ довольно сложен и будет иногда уводить нас далеко от его книги, но, думаю, не будет противоречить ее духу.

2.

А. Равновесие

Я начну с рассмотрения философской основы только что изложенной мною техники равновесия. Мне придется отвести этому несколько страниц, ибо очень важно понять, какие существенные черты глубинной теории Ролза обуславливаются его методом. Как я уже говорил, техника равновесия предполагает один известный факт нашей нравственной жизни. Все мы придерживаемся тех или иных убеждений по поводу справедливости, и придерживаемся потому, что они кажутся нам правильными, а не потому, что мы вывели их логическим путем из других убеждений. Именно так мы можем, например, считать рабство несправедливым, а стандартное судебное разбирательство справедливым.

Убеждения такого рода, по мнению ряда философов, представляют собой непосредственные восприятия независимых и объективных моральных фактов. По мнению же других философов, это просто субъективные предпочтения, не столь уж сильно отличающиеся от обычных вкусов, только облеченные в слова о справедливости в знак их важности для нас. Во всяком случае, когда мы рассуждаем о справедливости или спорим друг с другом, мы используем эти привычные верования (называя их «интуитивными представлениями» или «убеждениями») приблизительно так, как предполагает техника равновесия Ролза. Мы проверяем общие теории справедливости, сопоставляя их с существующими в нашем обществе института-

ми, а своим оппонентам стараемся доказать, приводя их в замешательство, что их интуитивные представления не согласуются с их же теориями.

Предположим, мы пытаемся обосновать этот процесс, предлагая философское объяснение взаимосвязи между теорией морали и моральной интуицией. Техника равновесия предполагает некоторую, так сказать, «когерентную» теорию морали¹. Но у нас есть на выбор две общие модели, позволяющие определить эту когерентность и объяснить, зачем она нужна. Какую из них мы выберем, имеет большое значение и важные последствия для нашей философии морали. Я опишу эти две модели, а затем постараюсь доказать, что техника равновесия имеет смысл только в одной из них.

Первую модель я называю «натуральной». Она предполагает философскую позицию, которую в общих чертах можно сформулировать следующим образом. Теории справедливости, такие как два принципа Ролза, описывают объективную морально-этическую реальность; то есть, эти теории не создаются людьми или обществом, а, скорее, те их открывают, как открывают законы физики. Основным инструментом такого открытия — нравственная способность, присущая по крайней мере некоторым людям и позволяющая составлять в конкретных ситуациях интуитивные представления о политической морали, такие как интуитивное представление о несправедливости рабства. Эти интуитивные представления позволяют строить догадки о существовании и природе более абстрактных и фундаментальных нравственных принципов, подобно тому, как физические наблюдения позволяют строить догадки о существовании и природе фундаментальных законов физики. Морально-этическое рассуждение или философия морали — это процесс воссоздания фундаментальных принципов путем «состыковки» конкретных моральных оценок в правильном порядке, сходным образом естествоиспытатель воссоздает животное по найденным фрагментам его костей.

Вторая модель совершенно иная. В ней интуитивные представления о справедливости служат не материалом для догадок о существовании независимых принципов, а скорее, задают свойства общей теории, которую предстоит построить, подобно тому, как если бы скульптор задался целью изваять фигуру животного, как можно лучше согласовывая ее со случайно найденной им кучкой костей. Эта «конструктивная» модель, в отличие от натуральной модели, не предполагает, что принципы справедливости обладают неким устойчивым объективным

¹ См.: *Feinberg J. Justice, Fairness and Rationality* // 81, Yale L.J. 1972. P. 1004, 1018-1021.

существованием, так что описание этих принципов должно быть истинным или ложным в каком-то стандартном смысле. Она не предполагает, что животное, создаваемое скульптором по костям, реально существует. За ней стоит другое, в чем-то более сложное предположение, а именно что мужчины и женщины обязаны увязывать конкретные взгляды, которыми они руководствуются в своих действиях, некоторую когерентную программу действий или, по крайней мере, так обязаны поступать должностные лица, обладающие властью над другими людьми.

Нельзя сказать, чтобы эта вторая, конструктивная, модель была неизвестна юристам. Она аналогична одной из моделей судебного разбирательства в области общего права. Предположим, судья сталкивается с новым видом требований, например с требованием возместить убытки, основанным на юридическом праве на неприкосновенность частной жизни, которое прежде не признавалось судами¹. Он должен изучить относящиеся к данному делу прецеденты и выяснить, связаны ли принципы, «заложенные» в этих прецедентах, с заявленным правом на неприкосновенность частной жизни. Можно сказать, что судья находится в положении человека, который на основе интуитивных моральных представлений формулирует общую теорию морали. Конкретные прецеденты — это аналог интуитивных представлений; судья пытается добиться соответствия между этими прецедентами и множеством принципов, которые могли бы служить для них обоснованием, а также обоснованием для будущих решений, выходящих за рамки данных прецедентов. Но он не предполагает, что прецеденты дают возможность заглянуть в некую морально-этическую реальность и на этой основе строить предположения об объективных принципах, которые он в итоге выдвинет. Он не считает, что принципы «заложены» в прецедентах в этом смысле. Напротив, в духе конструктивной модели он рассматривает эти прецеденты как конкретизации того принципа, который ему предстоит сформулировать, соблюдая согласованность с тем, что происходило раньше.

Следует подчеркнуть важное различие между этими моделями. Предположим, что какой-то чиновник с определенной долей уверенности придерживается некоторого интуитивного представления, хотя это представление невозможно согласовать с другими его интуитивными представлениями с по-

¹ Я имею в виду известный аргумент Брандейса и Уоррена. См.: Brandeis L., Warren E. The Right to Privacy // 4 Harv. L. Rev. 1980. P. 193. Эта работа представляет собой образец рассуждений в стиле конструктивной модели.

мощью какого-либо множества принципов, которые он в данный момент мог бы сформулировать. Например, он может считать, что несправедливо наказывать за покушение на убийство так же сурово, как за совершенное убийство, и в то же время не способен примирить эту точку зрения со своим интуитивным чувством, что вину человека в достаточной мере определяют одни только его намерения, а не то, что произошло в действительности. Или он может считать, что некоторое расовое меньшинство как таковое имеет право на особую защиту, но не способен согласовать эту точку зрения с тем своим мнением, что по сути несправедливо учитывать различия между индивидами по расовому признаку. Когда чиновник оказывается в таком положении, из этих двух моделей для него вытекают разные указания.

Натуральная модель предписывает следовать вызвавшей беспокойство интуиции, а кажущиеся противоречия отодвигать в сторону, веря в то, что в реальности существует более совершенное множество принципов, позволяющее согласовать интуитивные представления, хотя оно пока еще не открыто. Согласно этой модели чиновник находится в положении астронома, располагающего ясными данными наблюдений, для которых он пока еще не может найти общего непротиворечивого объяснения, скажем, объяснения возникновения солнечной системы. Он по-прежнему принимает и использует эти данные наблюдений, уповая на то, что существует какое-то согласовывающее их объяснение, хотя люди пока еще его не открыли и, насколько ему известно, может быть, никогда не откроют.

Натуральная модель поддерживает эту стратегию, потому что основой ей служит философская теория, позволяющая проводить аналогию между интуитивными моральными представлениями и данными наблюдений. Приняв это допущение, вполне оправданно предположить, что нравственная способность, благодаря которой осуществляются непосредственные наблюдения, превосходит способность объяснения, присущую наблюдающим. Оправданно также предположить, что, несмотря на это, правильное объяснение в виде принципов морали все же действительно существует. Если непосредственные наблюдения надежны, должно существовать какое-то объяснение тому, почему все обстоит именно так, как это наблюдается в морально-этической вселенной, — точно так же, как должно существовать какое-то объяснение тому, почему все обстоит именно так, как это наблюдается в физической вселенной.

Конструктивная же модель не предписывает отбрасывать в сторону видимые противоречия, уповая на то, что должны существовать примиряющие их принципы. Напротив, она требует, чтобы решения, принимаемые во имя справедливости, никогда

не превосходили тот уровень, на котором должностное лицо способно объяснить эти решения в рамках некоторой теории справедливости, даже если такая теория ставит под угрозу какие-то его интуитивные представления. Согласно второй модели мы должны в своих действиях руководствоваться принципами, а не верой. Движущей силой в этой модели является доктрина об ответственности, которая требует, чтобы люди соединяли свои интуитивные представления в единое целое и при необходимости подчиняли этой ответственности какие-то из своих интуитивных представлений. Здесь предполагается, что существенное значение для любой концепции справедливости имеет строгая непротиворечивость, согласованность решений с программой, которую можно обнародовать и следовать ей, пока ее не изменят. Чиновник, находясь в описанных мною условиях и руководствуясь этой моделью, должен отказаться от своей непоследовательной позиции; он должен сделать это, даже если надеется когда-нибудь в ходе дальнейших размышлений разработать лучшие принципы, которые позволят сохранить все его изначальные убеждения в качестве принципов¹.

Конструктивная модель не предполагает скептицизма или релятивизма. Напротив, основой ей служит допущение о том, что все люди, рассуждающие в соответствии с этой моделью, искренне придерживаются тех убеждений, которые они с ее помощью пытаются согласовать, и что эта искренность присуща и тем, кто критикует за несправедливость политические действия или системы, оскорбляющие наиболее глубокие их убеждения. В данной модели не утверждается, но и не отрицается, что какие-то из этих убеждений являются объективными; следовательно, она не противоречит (хотя в качестве модели рассуждений и не требует) той онтологии морали, которую предполагает натуральная модель.

Конструктивная модель не требует этой онтологии, потому что требования данной модели не зависят от нее. В натуральной модели требование согласованности убеждений основано на предположении, что интуитивные моральные представления суть точные наблюдения; оно вытекает из этого предположения. Конструктивная модель выдвигает условие согласованности убеждений в качестве независимого требования, вытекающего не из предположения о том, что эти убеждения в

¹ При помощи этого различия можно проиллюстрировать знаменитый спор между профессором Уэчслером (*Wechsler H. Toward Neutral Principles in Constitutional Law* // 73 Hart. L. Rev. 1959. P. 1) и его критиками. Уэчслер предлагает конструктивную модель конституционного судебного разбирательства, в то время как сторонники метода проб и ошибок или интуитивного подхода в области конституционного права следуют натуральной модели.

точности соответствуют действительности, а из другого предположения, согласно которому со стороны должностных лиц несправедливо действовать иначе как на основе всеобщей общественной теории, которая заставляет их соблюдать требование согласованности, обеспечивает социально значимый критерий для проверки, обсуждения или предсказания их деятельности и не допускает ссылок на единичные интуитивные представления, под маской которых в отдельных частных случаях могут скрываться предрассудки или соображения личной выгоды. Итак, конструктивная модель требует когерентности на основе независимых соображений политической морали; она принимает за данность убеждения, которых люди придерживаются с должной искренностью, и стремится подчинять действия людей условиям, налагаемым этими интуитивными представлениями. Если конструктивная модель призвана конституировать мораль в одном из тех смыслов, которые я выделил, то эти независимые соображения политической морали составляют сердцевину наших политических теорий.

Таким образом, эти модели представляют собой две отправные точки для разработки теорий справедливости. В натуральной модели, как мы могли бы сказать, интуитивные представления рассматриваются с позиции отдельного индивида, который придерживается этих представлений и который считает их наблюдениями, совершенными в морально-этической реальности. В конструктивной же модели те же интуитивные представления рассматриваются с более социально значимой позиции; эту модель можно было бы предложить для управления сообществом, в котором каждый индивид имеет прочные убеждения, отличающиеся, хотя и не слишком сильно, от убеждений других членов сообщества.

Конструктивная модель представляется привлекательной с этой точки зрения еще и по другой причине. Она хорошо подходит для коллективного рассмотрения проблем справедливости, то есть, для выработки теории, которую можно назвать теорией всего сообщества, а не отдельных индивидов, а это чрезвычайно важная задача, например, в области судебного разбирательства. Диапазон исходных убеждений, которые необходимо учитывать в таких случаях, можно расширить или сузить, охватив тем самым интуитивные представления большей или меньшей группы, то есть, включив все убеждения, которых придерживаются члены общества, либо исключив те убеждения, которых придерживаются не все. Натуральную модель такой процесс привел бы к саморазрушению, поскольку каждый индивид считал бы, что учитываются ложные наблюдения или не учитываются точные наблюдения, а следовательно, выведенная из них объективная мораль не имеет силы. Но для конструктивной модели это возражение

будет неуместным; данная модель, примененная описанным образом, позволяет, например, сформулировать программу обеспечения справедливости, наилучшим образом вмещающую в себя убеждения, общие для всех членов общества, не претендуя при этом на описание объективной морально-этической вселенной.

Так какая же из этих двух моделей лучше соответствует технике равновесия? Некоторые из комментаторов, видимо, предполагают, что данная техника обязывает Ролза придерживаться натуральной модели¹. Но связь между этой моделью и техникой равновесия при ближайшем рассмотрении оказывается не более чем поверхностной; копнув же глубже, мы выясняем, что они несовместимы. Прежде всего, натуральная модель не позволяет объяснить одну отличительную особенность техники равновесия. Она объясняет, почему наша теория справедливости должна соответствовать нашим интуитивным представлениям о справедливости, но не объясняет, почему с нашей стороны будет оправданно вносить поправки в эти интуитивные представления, добиваясь более точного соответствия.

Понятие равновесия Ролза, как я уже говорил, — это двусторонний процесс; мы подправляем то теорию, то убеждения, пока не достигаем наилучшего соответствия. Если мои твердые убеждения можно согласовать иначе, скажем посредством откровенно утилитаристской теории справедливости, то с позиции техники равновесия это может служить достаточной причиной, чтобы отвергнуть мое убеждение в том, что рабство было бы несправедливым, даже если бы оно служило общей пользе. Но согласно натуральной модели это было бы ни больше, ни меньше как подтасовка фактов, подобно тому, как если бы натуралист стер следы лап, которые мешали ему описать животное, оставившее эти следы, или если бы астроном просто отбросил данные наблюдений, которые не удалось согласовать с его теорией.

Нужно не упускать из виду этот момент, увлекшись ложными софизмами по поводу науки. Принято говорить (сам Ролз проводит такое сравнение²), что ученые тоже корректируют данные наблюдений ради получения согласованного мужества объясняющих принципов. Но если это и верно, они действуют совсем не так, как рекомендует техника равновесия. Возьмем хорошо известный пример — оптические иллюзии или галлюцинации. Действительно, ученый, наблюдающий в пустыне озеро, не утверждает, что в каком-то месте на самом

¹ См., например: *Hare R. Rawls' Theory of Justice* — 1 // 23 *Philosophical Quarterly*. 1973. P. 144.

² См.: *Ibid.* P. 49, где Ролз обращает внимание читателя на это различие.

деле было озеро до того, как он до него добрался, так что необходимо пересмотреть физику в целях объяснения исчезновения воды; напротив, он использует кажущееся исчезновение воды как свидетельство того, что имела место иллюзия, то есть, как свидетельство того, что вопреки его наблюдениям, никакой воды не было.

Ученый, конечно, не может ограничиться только этим. Он не может отбросить в сторону миражи, не дополнив законы физики законами оптики, объясняющими это явление. Возможно, у него в каком-то смысле есть выбор между конкурирующими способами объяснения всех его наблюдений, вместе взятых. В каком-то смысле у него может быть выбор между тем, чтобы считать миражи физическими объектами особого рода и откорректировать законы физики, учтя в них возможность исчезновения таких объектов, и тем, чтобы считать миражи оптическими иллюзиями и разработать законы оптики для их объяснения. У него есть выбор в том смысле, что его опыт жестко не навязывает ему одно из этих объяснений; первое объяснение тоже возможно, хотя и потребует полного пересмотра как всей физики, так и здравого смысла.

Именно это, насколько я понимаю, имеют в виду такие философы, как Куайн, когда указывают, что опыт противостоит нашим понятиям и теориям как целое, так что мы можем реагировать на неподатливые или неожиданные опытные данные по-разному, пересматривая разные положения в наших теоретических структурах¹. Независимо от того, насколько верно такое изображение научного рассуждения, оно не совпадает с процедурой установления равновесия, так как эта процедура не просто предполагает, что для объяснения одних и тех же явлений могут быть построены альтернативные структуры принципов, но что некоторыми из явлений (в виде нравственных убеждений) можно попросту пренебречь ради определенной теории.

Правда, Ролз иногда представляет данную процедуру в более безобидном виде. Он отмечает, что если наши предварительные теории справедливости не соответствуют какому-то отдельному интуитивному убеждению, это должно служить нам тревожным сигналом, заставляющим задуматься, действительно ли мы придерживаемся данного убеждения². Если в остальном мои убеждения согласуются с принципом пользы, но я чувствую, что рабство было бы несправедливым, даже если бы способствовало общей пользе, я могу попробовать снова, уже

¹ Quine W. V. O. Two Dogmas of Empiricism // Quine W. V. O. From a Logical Point of View. 1964. (изд. 2-е, переработанное). P. 20.

² Ibid. P. 48.

более спокойно поразмышлять о рабстве, и может быть, на этот раз мои интуитивные представления окажутся другими и не будут противоречить данному принципу. В этом случае первоначальное противоречие используется как повод для пересмотра интуитивных представлений, но не как причина для отказа от них.

Однако необязательно это будет именно так. Возможно, у меня по-прежнему будет возникать то же самое интуитивное чувство, как бы решительно я ни настраивался против него. Тем не менее в этом случае рассматриваемая процедура позволяет мне отказаться от своего представления, если это требуется для достижения гармоничного равновесия. Но поступая таким образом, я не предлагаю альтернативного объяснения для данных, а просто отбрасываю их. Другой человек, придерживающийся иных интуитивных представлений, мог бы сказать, что мои представления искажены, допустим, из-за каких-то детских впечатлений или из-за того, что у меня не хватает воображения представить себе гипотетические случаи, когда рабство может реально способствовать общей пользе. То есть, он может сказать, что интуиция меня подводит и мое интуитивное представление не является подлинным восприятием морально-этической реальности, так что его не следует принимать в расчет, как не принимаются в расчет несовершенные впечатления дальтоника.

Но я не могу согласиться с таким объяснением моих «проблемных» убеждений, так как я придерживаюсь этих убеждений, они кажутся мне вполне здравыми и не отличаются по своему моральному качеству от других моих убеждений. Я нахожусь не в таком же положении, как дальтоник, которым¹ нужно только осознать, что восприятие других людей отличается от его собственного. Если я верю, что мои интуитивные представления непосредственно отражают какую-то морально-этическую реальность, я не могу согласиться с тем, что одно из них ложно, пока не сумею почувствовать или понять это. Один лишь факт несогласия других со мною (если ОНИ действительно не согласны) может побудить меня еще раз задуматься над своими интуитивными представлениями, но если они остаются прежними, простая возможность иного объяснения их другими людьми не способна послужить причиной для моего отказа от этих представлений; вместо того я мог бы сохранить их, веря в то, что их можно каким-то образом примирить с остальными моими убеждениями.

Таким образом, натуральная модель не дает удовлетворительного объяснения двунаправленному характеру техники равновесия. Но даже если бы и давала, другие особенности этой техники остались бы необъясненными; остался бы необъяснен-

ным, например, тот факт, что данная техника, по крайней мере у Ролза, по сути, неизбежно приводит к осуществимым на практике результатам. Мужчины и женщины в исходной позиции стремятся отыскать принципы, которые им и их последователям будет легко понять, обнародовать и соблюдать. Принципы, привлекательные в других отношениях, приходится отвергнуть или откорректировать, потому что они слишком сложны или по какой-либо иной причине неосуществимы. Но выбирать принципы справедливости в таком ключе — значит идти на сделку с человеческим несовершенством, и выбранные таким образом принципы будут случайными в том смысле, что они будут меняться по мере того, как будет меняться общее положение и образование людей. Видимо, это по меньшей мере противоречит духу натуральной модели, согласно которой принципы справедливости представляют собой вневременные свойства некоторой независимой морально-этической реальности, с которой несовершенные мужчины и женщины должны стараться согласовываться в меру своих возможностей.

Кроме того, техника равновесия рассчитана на разработку принципов, относительных, по крайней мере, в двух смыслах. Во-первых, она предназначена для выбора лучшей теории справедливости из списка альтернативных теорий, причем список должен быть не только конечным, но и достаточно коротким, чтобы можно было сравнить между собой содержащиеся в нем теории. Это важное ограничение; сам Ролз, по его словам, не сомневается в том, что если бы исходный список возможных теорий был значительно шире рассмотренного им, в нем нашлась бы теория справедливости, гораздо лучшая, чем его два принципа¹. Во-вторых, результаты применения техники равновесия зависят от области исходного согласия между людьми, которые совместно проводят рекомендуемые умозрительные эксперименты. Она предназначена, как говорит Ролз, согласовывать различные мнения людей путем вычленения общей для них основы². Нужно согласиться, что результаты такой процедуры были бы разными для разных групп или для одной и той же группы в разное время, поскольку общая основа для твердых интуитивных представлений со временем меняется.

Если использовать технику равновесия в рамках натуральной модели, авторитетность полученных выводов была бы серьезно скомпрометирована их относительностью в обоих смыслах. Если, например, используя технику равновесия, мы способны лишь показать, что в пользу двух принципов Ролза можно привести лучшие доводы, чем в пользу других принци-

¹ *Quine W. V. O. Op. cit. P. 581.*

² *Ibid. P. 580-581.*

пов из некоторого короткого списка, и если сам Ролз уверен, что дальнейшие исследования позволили бы получить лучшую теорию, то у нас очень мало оснований полагать, будто эти два принципа точно описывают морально-этическую реальность. Исходя из натуральной модели, трудно понять, почему они вообще должны иметь какой-то авторитет.

В самом деле, на основе данного аргумента было бы не очень оправданно предполагать даже то, что эти два принципа лучше описывают морально-этическую реальность, чем другие теории из рассматриваемого краткого списка. Предположим, нас просят выбрать из пяти теорий справедливости ту, которая лучше всего приводит наши убеждения в состояние рефлексивного равновесия, и мы выбираем пятую. Допустим, существует еще какая-то шестая теория, которую мы выбрали бы, если бы она присутствовала в списке. Эта шестая теория может, например, оказаться более близкой к первой теории из исходного списка, нежели к пятой, по крайней мере, в следующем смысле: если взять долгий период, то общество, придерживающееся первой теории, могло бы принять больше тех решений, которые были бы приняты в обществе, придерживающемся шестой теории, нежели в обществе, придерживающемся пятой теории.

Предположим, например, что исходный список теорий справедливости включал бы классический утилитаризм и два принципа Ролза, но не включал бы «среднего» утилитаризма¹. Мы могли бы отвергнуть классический утилитаризм на том основании, что увеличение удовольствий ради самих удовольствий, без всякой связи с ростом благосостояния отдельных людей, имеет мало смысла, после чего мы выбрали бы два принципа Ролза как наилучшую из оставшихся теорий. Но, возможно, если бы в списке был «средний» утилитаризм, мы предпочли бы его двум принципам Ролза, поскольку «средний» утилитаризм не предполагает, что любое увеличение общего количества удовольствий есть благо. Но при этом отвергнутый нами классический утилитаризм мог бы оказаться ближе к «среднему» утилитаризму (который мы выбрали бы, если бы могли), чем два принципа Ролза, составившие наш действительный выбор. Он мог бы оказаться ближе в описанном нами смысле, потому что предписывал бы больше тех конкретных решений, которых требует «средний» утилитаризм, и, таким образом, в конечном счете лучше описывал бы морально-эти-

1 От английского «average utilitarianism». Имеется в виду та разновидность утилитаризма, которая, в отличие от классического утилитаризма, основана не на идее общей пользы, а на идее средней пользы, вычисляемой применительно к отдельному среднему индивиду. — *Прим. ред.*

ческую реальность, чем это делали бы два принципа Ролза. Разумеется, «средний» утилитаризм, в свою очередь, мог бы быть отвергнут в случае более широкого списка, и сделанный нами выбор указывал бы тогда на то, что какой-то другой элемент исходного списка оказался бы лучше и классического утилитаризма, и двух принципов Ролза.

Относительность второго рода была бы не менее губительна для натуральной модели по причинам, которые я уже разъяснял. Если техника равновесия используется одним человеком и в расчет берутся только его интуитивные представления, взятые в полном объеме, тогда результат может оказаться авторитетным для самого этого человека. Другие люди, с другими интуитивными представлениями, не смогут принять его выводы, по крайней мере во всей их полноте, но сам он, возможно, сделает это. Но если данной технике придается более социально значимый характер, например путем вычленения интуитивных представлений, общих для целой группы людей, то результаты никто из них не сможет признать авторитетными, так же как ни один ученый не мог бы признать авторитетным научный результат, полученный без учета данных, которые, по его мнению, не меньше важны, чем использованные данные.

Таким образом, натуральная модель оказывается плохой опорой для техники равновесия. Но ни одна из перечисленных нами трудностей не возникнет, если допустить, что эта техника используется на основе конструктивной модели. В этой модели достаточным основанием для отказа даже от очень твердого убеждения может служить тот факт, что его нельзя примирить с другими убеждениями при помощи правдоподобного и согласованного множества принципов; убеждение отвергается не в силу своей ложности, а просто потому, что оно неуместно в рамках программы, удовлетворяющей требованиям данной модели. Относительность техники равновесия ни в том, ни в другом аспекте не создает осложнений для конструктивной модели. Нет никакого затруднения в том, что какая-то теория могла бы оказаться лучшей, если бы ее приняли в расчет. Конструктивная модель предписывает должностным лицам и гражданам в своих действиях руководствоваться наилучшей программой, какую они могут сформулировать в настоящий момент на основании соображений согласованности, и, в отличие от натуральной модели, не предполагает, что выбранная теория является истинной в каком-либо окончательном смысле. В конструктивной модели для отказа от некоторой конкретной теории недостаточно того факта, что какая-то другая группа людей или общество с другой культурой и историческим опытом могли бы создать другую теорию. Можно сомневаться в том, есть ли у какой-либо группы людей основа-

ния считать свои интуитивные моральные представления в каком-то смысле объективными или трансцендентальными, но если в каком-то обществе люди именно так относятся к своим убеждениям, то отсюда, без всяких сомнений, следует, что они обязаны соблюдать их как принципы.

Поэтому я признаю, по крайней мере в качестве гипотезы, что методология Ролза предполагает конструктивную модель выведения общих теорий справедливости на основе частных убеждений и, опираясь на это предположение, попытаюсь продемонстрировать, какие еще постулаты моральной теории стоят за теорией справедливости Ролза.

В. Договор

Итак, я перехожу ко второй из трех особенностей методологии Ролза, которые мне хотелось обсудить, а именно к его использованию старой идеи общественного договора. Я, как и Ролз, различаю общую идею о том, что воображаемый договор является подходящим приемом для рассуждений о справедливости, и более частные особенности исходной позиции, которую можно рассматривать как конкретное приложение этой общей идеи. По мнению Ролза, все теории, в основе которых можно усмотреть идею гипотетического общественного договора того или иного вида, связаны между собой и, составляя единый класс, отличаются от теорий, в которых эту идею усмотреть нельзя; например, «средний» утилитаризм при определенной интерпретации можно рассматривать как результат общественного договора, и он теснее связан с собственной теорией Ролза, нежели с классическим утилитаризмом, которой ни при какой интерпретации нельзя рассматривать как результат договора¹. В следующем разделе я рассмотрю теоретическую основу исходной позиции. А сейчас я хотел бы рассмотреть основу более общей идеи договора как такового.

Ролз говорит, что договор — это сильный довод в пользу его теории справедливости, поскольку он воплотит философские принципы, которые мы принимаем или приняли бы, если бы задумались над ними. Мы хотим выяснить, что это за принципы, и нашу проблему можно сформулировать следующим образом. Два принципа Ролза составляет теорию справедливости, основанную на гипотезе о договоре. Но договор нельзя считать основополагающей посылкой или постулатом этой теории, по причинам, о которых я говорил в первой части этой статьи. Его следует рассматривать как своего рода промежуточный пункт в более широком рассуждении, как продукт более

¹ *Rowls J. Op. cit. Ch. 30.*

глубокой политической теории, в которой эти два принципа обосновываются не столько *на основе* договора, сколько *посредством* договора. Следовательно, мы должны определить те характерные черты этой более глубокой теории, которые говорили бы в пользу использования именно договора в качестве «двигателя» теории справедливости, а не других теоретических средств, упоминаемых Ролзом, например приема беспристрастного зрителя¹.

Думаю, мы найдем ответ, если рассмотрим и уточним известное различие, проводимое философами между двумя типами теорий морали: телеологическими и деонтологическими². Я постараюсь доказать, что любая более глубокая теория, обосновывающая использование Ролзом договора, должна представлять собой разновидность деонтологической теории, согласно которой идея прав заслуживает столь серьезного к себе отношения, что ее следует положить в основу политической морали. Я попытаюсь показать, чем такого рода теория отличалась бы от других видов политических теорий и почему только в такой теории можно отводить договору ту первостепенную роль, какую ему отводит Ролз.

Приступая к своей аргументации, я должен, однако, прежде объяснить, как я буду употреблять некоторые хорошо известные термины. (1) Я буду говорить, что некоторое состояние дел есть *цель* согласно определенной политической теории, если в этой теории в пользу некоторого политического шага говорит то, что этот шаг будет способствовать развитию или сохранению данного состояния дел, а против него — то, что он будет препятствовать достижению данного состояния дел или поставит его под угрозу. Цели могут быть относительно конкретными (например, полная занятость или подчинение властям) или относительно абстрактными (например, повышение всеобщего благосостояния, укрепление могущества страны или построение утопического общества в соответствии с определенным представлением о человеческой добродетели или хорошей жизни). (2) Я буду говорить, что индивид имеет *право* на определенный политический шаг согласно некоторой политической теории, если невыполнение этого шага, когда индивид требует его выполнения, считается неоправданным в этой теории, даже если данный шаг в конечном счете не будет способствовать достижению целей, формулируемых этой теорией. Сила конкретного права в рамках некоторой теории определяется тем, насколько серьезно должно будет пострадать осуществление целей, формулируемых теорией (помимо обычного ущерба

¹ *Rowls J. Op. cit.* P. 144 и далее.

² См.: *Ibid.* P. 24—25, 30, где Ролз дает определение этих терминов.

в целом), чтобы оправдать отказ от совершения действий, которых требует данное право. Например, согласно распространенной политической теории, очевидно, преобладающей в Соединенных Штатах, индивиды обладают правом на свободу высказываний по политическим вопросам и на определенный минимальный уровень жизни, но ни одно из этих прав не является абсолютным, причем первое намного сильнее второго. (3) Я буду говорить, что согласно некоторой политической теории у индивида есть *долг* (или *обязанность*) действовать определенным образом, если политическое решение, вынуждающее к таким действиям, считается оправданным в этой теории несмотря на то, что данное решение не служит никакой из целей общества. Теория может, например, предусматривать, что у индивидов есть долг поклоняться Богу, хотя при этом не указывается никакая цель, которой могло бы служить принуждение людей к соблюдению этого долга¹.

Три охарактеризованных мной понятия работают по-разному, но все они используются для оправдания или осуждения, хотя бы *pro tanto*², конкретных политических решений. В каждом случае обоснование, содержащее ссылку на цель, право или долг, в принципе, является полным в том смысле, что его не нужно дополнять, чтобы признать имеющим силу, если только его не подрывают какие-либо конкурирующие соображения. Но хотя в этом смысле подобное обоснование является полным, оно необязательно является окончательным в рамках данной теории. Всегда можно поставить вопрос о том, почему данная конкретная цель (право или долг) сама является оправданной, и ответ, возможно, будет состоять в указании какой-либо более фундаментальной цели (права или долга), осуществлению которой служит признание этой менее фундаментальной цели (права или долга) в качестве полного обоснования в частных случаях.

Например, какую-то конкретную цель можно обосновать тем, что она способствует достижению какой-то более фундаментальной цели; так, полную занятость можно обосновать тем, что она способствует достижению более высокого уровня среднего благосостояния. Или же цель можно обосновать тем, что она служит осуществлению какого-то более фундаментального права или долга; например, согласно некоторой теории, рост валового национального продукта (это цель) необходим для того, чтобы государство могло соблюдать право индивидов

¹ Я не считаю целью соблюдение прав или выполнение обязанностей. В этом и в других очевидных аспектах мое употребление данных терминов уже, чем допускает обычный язык.

² В такой же мере, соответственно, пропорционально (*лат.*). — Прим. пер.

на достойный минимальный уровень жизни, или, скажем, повышение эффективности полицейских расследований необходимо для того, чтобы каждый отдельный индивид выполнял свой долг и не совершал преступлений. С другой стороны, право или долг можно оправдать на том основании, что, выступая в качестве полного обоснования в частных случаях, они на деле служат более фундаментальным целям; например, долг индивидов соблюдать осторожность при вождении автомобиля можно обосновать тем, что он служит более фундаментальной цели повышения общего благосостояния. Конечно, этот вид обоснования не означает, что менее фундаментальное право или долг оправдывает политические решения только тогда, когда эти решения, рассмотренные по отдельности, служат достижению более фундаментальной цели. Скорее, здесь имеется в виду известное положение утилитаризма норм о том, что признание права или долга в качестве полного обоснования в частных случаях, не предполагающего ссылку на более фундаментальную цель, по сути, в конечном счете будет способствовать достижению этой цели.

Итак, цель можно обосновывать другой целью, правом или долгом, а право и долг можно обосновывать целью. Право и долг можно, разумеется, также обосновывать другим, более фундаментальным правом или долгом. Например, ваш долг с уважением относиться к моей частной жизни можно оправдать моим правом на неприкосновенность частной жизни. Я не просто имею в виду, что права и обязанности могут быть скоррелированы друг с другом, как лицевая и обратная стороны одной и той же монеты. Это может иметь место, когда некоторое право и соответствующий долг обосновываются тем, что они служат какой-либо более фундаментальной цели, например, когда ваше право земельной собственности и, соответственно, мой долг не нарушать границы ваших владений вместе обосновываются более фундаментальной целью общественно рационального землепользования. Но во многих случаях соответствующие право и долг не коррелируются, а одно из них является производным от другого, и при этом важно, какое именно. Одно дело утверждать, что у вас есть долг не лгать мне, поскольку у меня есть право на то, чтобы мне не лгали, и другое дело говорить, что у меня есть право, чтобы вы мне не лгали, поскольку у вас есть долг не лгать. В первом случае я обосновываю долг, ссылаясь на право; если я намерен продолжать обоснование, то я должен обосновать именно это право и не могу делать это, сославшись на указанный долг. Во втором случае все обстоит наоборот. Это различие существенно, потому что, как я вскоре попытаюсь показать, теория, в основе которой лежит право, носит совсем иной характер, нежели теория, в основе которой лежит долг.

Следовательно, политические теории различаются не просто провозглашаемыми в них конкретными целями, правами и обязанностями, но и тем, как каждая из них увязывает между собой эти цели, права и обязанности. В любой корректной теории некоторое непротиворечивое множество таких целей, прав и обязанностей (распределенных по рангам или оцененных по весу) рассматривается как фундаментальное или первичное. Видимо, разумно предположить, что в любой конкретной теории наивысшее почетное место будет отведено лишь одному из этих понятий; за основу будет взята какая-либо главная цель, или какое-либо множество фундаментальных прав, или какое-либо множество преобладающих обязанностей, в все прочие цели, права и обязанности будут признаны подчиненными и производными¹.

Следовательно, мы могли бы провести предварительную классификацию политических теорий, сформулированных на основе конструктивной модели в виде глубинных теорий и использующих общественный договор как вспомогательный прием. Такого рода теория может быть *основана на цели*, и в этом случае основой ей служит некоторая цель, например улучшение общего благосостояния; она может быть *основана на праве*, имея в качестве основы некоторое право, например право всех людей на наибольшую возможную общую свободу; или она может быть *основана на долге*, имея в качестве основы некоторый долг, например долг выполнять Божью волю, как она выражена в Десяти заповедях. Нетрудно подобрать примеры, в которых теории каждого из этих типов представлены в чистом или почти чистом виде. Утилитаризм, как подсказывает мол пример, — это теория, основанная на цели; категорические императивы Канта образуют теорию, основанную на долге; а теория революции Томаса Пейна основана на праве.

В рамках каждого из этих типов теории, с большой вероятностью, будут обладать определенными, очень общими характеристиками. Разные типы теорий могут, например, различаться по выраженному в них отношению к выбору и поведению отдельных индивидов. В теориях, основанных на цели, благосостояние любого конкретного индивида имеет значение лишь в той мере, в какой оно способствует некоторому состоянию дел, объявленному благом, и здесь не важно, выберет ли сам индивид такое состояние дел или нет. Со всей очевидностью, это верно в отношении тоталитарных теорий, основанных на цели, таких как фашизм, в котором за основу берутся интересы некоторой политической организации. Это верно также в от-

¹ Но для «интуитивистских» теорий (как употребляет данный термин Ролз) это необязательно.

ношении различных видов утилитаризма, поскольку, хотя в них учитываются последствия политических решений для отдельных граждан и таким образом проявляется забота о благосостоянии индивидов, но все эти последствия сводятся в общую сумму или к среднему значению и улучшение этой суммы или среднего значения объявляется желательным, независимо от мнения индивида на этот счет. Это верно и для перфекционистских теорий, таких как теория Аристотеля, которые навязывают индивидам идеал совершенства, а целью политики объявляют достижение такого совершенства.

С другой стороны, теории, основанные на праве или на долге, отводят центральное место индивиду, придавая его решениям и поведению преобладающее значение. Но теории этих двух типов представляют индивида в разном свете. В теориях, основанных на долге, внимание уделяется, главным образом, нравственному характеру поступков индивида, поскольку считается, что, когда индивид не соблюдает определенных норм поведения, это уже само по себе плохо. Кант считал, что лгать нельзя, сколь бы благотворными ни были последствия лжи, нельзя не потому, что соблюдение этой нормы способствует какой-либо цели, а просто потому, что это плохо. В теориях, основанных на праве, напротив, больше внимания уделяется независимости индивида в его действиях, чем соответствию этих действий каким-либо стандартам. Эти теории предполагают и защищают ценность индивидуальной мысли и индивидуального выбора. В теориях и того, и другого типа используется идея нравственных норм, кодекса поведения, которому индивид должен следовать, не прислушиваясь к соображениям личной выгоды. Согласно теориям, основанным на долге, существенное значение имеет сам кодекс поведения, независимо от того, устанавливает ли его общество для индивида, или же индивид сам устанавливает его для себя. Центральное место в такой теории отводится человеку, который должен соблюдать кодекс поведения, если же он этого не делает, он должен быть наказан или лишен гражданских прав. В теориях же, основанных на праве, кодекс поведения хотя и признается важным, возможно, даже необходимым средством защиты прав других людей, но сам по себе он не имеет существенной ценности. В центре таких теорий стоит человек, которому выгодно, чтобы другие люди подчинялись нормам, но отнюдь не тот, кто ведет добродетельную жизнь, сам подчиняясь нормам.

Стало быть, следует ожидать, что теории разных типов будут связаны с разными по характеру метафизическими или политическими подходами, и что тот или другой тип будет преобладающим для определенных видов политической экономики.

Например, теории, основанные на цели, по-видимому, особенно хорошо сочетаются с однородным обществом или с обществом, которое хотя бы на время объединено какой-то насущной, главной целью, затмевающей собой все остальное, например, целью самообороны или экономического роста. Следует также ожидать, что эти различия между теориями скажутся и на правовой системе тех обществ, в которых эти теории доминируют. Например, следует ожидать, что юрист будет по-разному подходить к вопросу об использовании уголовного права в наказании людей за нарушение моральных норм в зависимости от того, основана ли его теория справедливости на цели, праве или долге. Если его теория основана на цели, он рассмотрит все последствия обеспечения государством соблюдения морали для его главной цели. Если, например, эта цель была бы утилитаристской, он рассмотрел бы (хотя в конце концов, возможно, все-таки отверг бы) доводы лорда Девлина о том, что побочные последствия наказания за безнравственные поступки могут оказаться благотворными¹. С другой стороны, если его теория основана на долге, ему покажется здравым аргумент, который обычно называют ретрибутивным² и согласно которому, поскольку безнравственность — это зло, государство должно за нее наказывать, даже если она никому не вредит. Если же его теория основана на праве, он отвергнет ретрибутивную аргументацию, а утилитаристскую будет оценивать исходя из предположения о том, что индивидуальные права необходимо соблюдать, пусть даже ценой некоторого ущерба для общего благосостояния.

В качестве социологического анализа идеологии все это, разумеется, поверхностно и тривиально. Я хотел только показать, что эти различия в характере политической теории важны совершенно независимо от того, что позиции, представленные в теориях одного и того же характера, могут различаться в деталях. Именно поэтому общественный договор играет столь важную роль в методологии Ролза. Он свидетельствует о том, что глубинная теория Ролза основана на праве а не на цели или долге.

Общественный договор предоставляет каждому потенциальному участнику право вето: если он не даст согласия, договор не будет заключен. Значение и даже само существование такого права вето затушевывается в той конкретной интерпретации договора, которую представляет собой исходная позиция. Поскольку никто не знает о себе ничего, что отличало бы его от других, никто не может рационально преследовать инте-

¹ См. главу 10.

² От английского «retribution», что означает «возмездие». — *Прим. пер.*

ресы, отличные от интересов других людей. В такой ситуации ничто не зависит от наличия у каждого человека права вето, а на самом деле, вообще не имеет значения, существует ли изначально больше одного потенциального участника договора. Но исходная позиция — это всего лишь одна из интерпретаций договора, а в любой другой интерпретации, допускающей наличие у участников какого-либо знания и, стало быть, позволяющей им отличать свое положение или свои устремления от положения и устремлений других людей, право вето, предоставляемое договоров каждому участнику, приобретает решающее значение. Сила этого вето, разумеется, зависит от знания Участников договора, то есть от конкретной интерпретации договора, которую мы в конце концов выберем. Но сам тот факт, что индивидам следует иметь право вето, достоин внимания.

Например, такому праву не может быть места в теории, основанной исключительно на цели. Я не хочу этим сказать, что участники общественного договора не могли бы установить для себя определенную общественную цель и сделать ее мерилom справедливости политических решений. Я в первую очередь имею в виду, что ни в какой теории, основанной на цели, договор не мог бы быть надлежащим приемом для установления принципов справедливости; то есть, та глубинная теория, которую мы пытаемся найти, не может быть основана на цели.

Причина этого довольно проста. Предположим, что в рамках некоторой политической теории за основу берется какая-то определенная главная цель, например, повышение среднего уровня благосостояния в обществе, усиление могущества и авторитета государства или создание утопии в соответствии с определенной концепцией блага. Если эта цель является фундаментальной, то она устанавливает такое распределение ресурсов, прав, благ и обязательств в обществе, которое будет лучше всего способствовать достижению этой цели, и отвергает всякое другое распределение. А договор как прием, в котором предполагается, что каждый индивид преследует свои собственные интересы и каждому предоставляется возможность наложить вето на коллективное решение, означает применение совершенно иных мерок для выявления оптимального распределения. Он предназначен для того, чтобы выработать схему распределения, которую каждый из индивидов считает наиболее выгодной для себя, принимая во внимание имеющиеся у него знания при той или иной интерпретации договора, или, по крайней мере, чтобы приблизиться к такому распределению настолько, насколько, по мнению индивида, это его устроило бы. Следовательно, договор предлагает совершенно иной критерий оптимального распределения, чем тот, который диктует-

ся непосредственным применением фундаментальной цели. Нет причин полагать, что система индивидуальных прав вето будет хорошим решением проблемы, если без учета вклада некоторого распределения в достижение общей цели его справедливости не придается никакого значения.

Разумеется, может так случиться, что договор приведет к результату, который диктуется некоторой фундаментальной целью. В самом деле, некоторые критики считают, что люди в исходной позиции (любимая у Ролза интерпретация договора) могли бы выбрать теорию справедливости, основанную на принципах средней пользы, то есть как раз на тех принципах, которые вытекают бы из глубинной теории, объявляющей фундаментальной целью среднюю пользу¹. Но если это так, то причина этого либо в случайном совпадении, либо в том, что интерпретация договора выбиралась с целью добиться именно такого результата; в том и в другом случае договор является излишним, поскольку конечный результат определяется фундаментальной целью, а использование договора в качестве приема ничего к этому не добавляет.

Здесь можно привести один контраргумент. Предположим, что осуществление некоторой фундаментальной цели возможно только в том случае, если государством управляют в соответствии с принципами, которые все люди сочтут в каком-то смысле выгодными для себя. Если, например, фундаментальная цель состоит в возвеличивании государства, может так оказаться, что эта цель достигается только в том случае, если население не осознает, что действия правительства направлены на осуществление этой цели, и полагает, что оно действует в соответствии с принципами, выгодность которых для каждого индивида демонстрируется с помощью общественного договора. Этот аргумент основан на обмане, как и знаменитый аргумент Сиджуика о том, что цели утилитаризма лучше всего достигаются, когда общественность ничего не знает об этой теории². Теория, предполагающая подобный обман, неприемлема для конструктивной модели, которой мы сейчас придерживаемся, так как согласно этой модели наша цель состоит в том, чтобы разработать теорию, которая объединит наши убеждения и сможет стать программой общественной деятельности; гласность в той же мере является требованием нашей глубинной теории, как и справедливость, трактовку которой Ролз развивает в рамках этой теории.

Таким образом, в глубинной теории, основанной на цели, договор не может быть ничем иным, как бесполезным и сбыва-

¹ Джон Мэки в довольно убедительной форме представил этот аргумент на Оксфордском семинаре осенью 1972 года.

² *Sidgwick H. The Methods of Ethics. 1907. (изд. 7-е). P. 489 и далее.*

ющим с толку придатком. Не может он быть чем-то иным и в глубинной теории, основанной на долге, приблизительно по тем же причинам. Теория, в основе которой лежит некоторый долг или обязанности, не позволяет трактовать справедливые институты как те, которые представляются в каком-либо смысле выгодными для всех. И снова я не отрицаю, что участники договора могут своим решением возложить на себя и на своих последователей определенные обязанности, точно так же, как они могут, исходя из собственных интересов, принять решение о следовании определенным целям. Ролз описывает те обязанности, которые участники взяли бы на себя в исходной позиции, и называет их естественными обязанностями¹. Но совсем не то же самое предполагать, будто глубинная теория, в которой общественному договору отводится решающая роль при определении этих обязанностей, сама может быть основана на долге.

Можно, конечно, утверждать, как делают многие философы, что в интересах самого человека выполнять свой долг, подчиняясь нравственному закону, либо потому, что иначе Бог его накажет, либо потому, что, выполняя определенную роль в естественном порядке вещей, человек получает наибольшее удовлетворение от своей деятельности, либо, как полагал Кант, потому что человек может быть свободным, только соблюдая нормы, которые он, не впадая в противоречие, хотел бы иметь в качестве всеобщих. Но это означает, что обязанности определяют интересы человека, а не наоборот. Этим не доказывается, что человеку при решении вопроса о том, в чем состоят его обязанности, разрешено соотносить их с собственными интересами; напротив, человек должен оставить в стороне любые соображения личной выгоды и принимать во внимание лишь соображения долга. Следовательно, таким образом нельзя обосновать роль договора Ролза в глубинной теории, основанной на долге.

Конечно, если бы общественный договор был частью глубинной теории, основанной на долге, можно было бы выбрать такую интерпретацию договора, которая развеяла бы кажущийся конфликт между личными интересами и долгом людей. Например, особенностью ситуации заключения договора было бы то, что все участники приняли бы упомянутую выше идею, согласно которой их интересы связаны с установлением и выполнением ими их обязанностей. Результатом такого договора стали бы принципы, точно описывающие обязанности участников, по крайней мере, при том дополнительном предположении, что участники сумели бы каким-то образом установить, в чем состоят их обязанности. Но в этом случае договор опять

¹ *Rowls J. Op. cit. Ch. 19.*

становился бы излишним, как подъем на гору с тем, чтобы потом спуститься вниз. Лучше было бы просто выработать принципы справедливости на основе обязанностей, которые согласно данной глубинной теории являются фундаментальными.

Однако в глубинной теории, основанной на праве, договор имеет смысл. По сути, он кажется естественным продолжением такой теории. Ключевая идея теории, основанной на праве, состоит в том, что отдельные индивиды имеют интересы, которые они вправе при желании отстаивать. При разработке такой теории было бы естественным попытаться определить, на какие установления индивид захотел бы наложить вето, осуществляя те из своих прав, которые были объявлены фундаментальными. Договор является прекрасным приемом для этой цели, как минимум, по двум причинам. Во-первых, он позволяет нам различать вето, налагаемое при осуществлении этих прав, и вето, налагаемое ради каких-то интересов, не отстаиваемых подобным образом: такое различие мы можем провести, приняв интерпретацию договора, отражающую наше представление о том, в чем состоят эти права. Во-вторых, он отвечает требованиям конструктивной модели. Перед участниками договора стоит практическая проблема; они должны разработать конституцию на основе доступных им средств, а не откладывать решение до наступления нравственного озарения, причем они должны разработать программу, одновременно осуществимую и социально значимую в том смысле, о котором я говорил.

Итак, видимо, справедливо предположить, что глубинная теория, стоящая за исходной позицией, должна быть основана на праве. Можно иным способом выразить эту мысль, хотя я до сих пор старался его избегать. Эта теория должна быть основана на понятии прав, которые являются *естественными* в том смысле, что они не выступают продуктом какого-либо законодательства, соглашения или гипотетического договора. Я избегал этой формулировки, поскольку у многих людей она вызывает нежелательные метафизические ассоциации. Они считают, что под естественными правами подразумеваются некие призрачные атрибуты, которые первобытные люди носили наподобие амулетов, а теперь их используют в цивилизованном обществе, чтобы отпугивать тиранию, как когда-то отпугивали злых духов. Например, судья Блэк считал, что для опровержения любой не понравившейся ему философии права достаточно просто указать, что она, по-видимому, опирается на это нелепое понятие¹.

Но, по крайней мере, в конструктивной модели предположение о естественных правах не связано с метафизическими

¹ Griswold v. Connecticut, 381 U. Sm 479, 507 (1964) (особое мнение).

амбициями. Оно сводится лишь к тому, что в рамках этой модели наилучшей политической программой является та, в которой защита индивидуального выбора имеет фундаментальное значение и ее не следует подчинять какой-либо цели, долгу или тому и другому вместе. Для этого не требуется онтология, которая была бы более сомнительной или спорной, чем при любом ином выборе фундаментального понятия, в частности, при выборе фундаментальной цели, лежащей в основе различных популярных утилитаристских теорий. Не должно нас тревожить и то, что глубинная теория Ролза объявляет эти права естественными, а не юридическими или общепринятыми. Оче-

видно, любая теория, основанная на праве, должна предполагать не только права, которые являются продуктом целенаправленной законодательной деятельности или действительно существующего обычая, но и права, которые выступают независимой основой для оценки этого законодательства и обычая. В конструктивной модели предположение о том, что права являются естественными в этом смысле, отнюдь не единственное, и его следует рассматривать, исходя из того, насколько оно позволяет объединять и объяснять наши политические убеждения. Оно составляет одно из основных программных решений, которые следует подвергнуть проверке на когерентность и согласованность с опытом.

С. Исходная позиция

Я говорил, что использование общественного договора так, как это делает Ролз, предполагает наличие глубинной теории, допускающей естественные права. Теперь я хочу немного подробнее остановиться на том, как именно это допущение связано с приемом, основанным на идее договора. Здесь используется уже упоминавшаяся выше идея о том, что некоторые политические установления представляют априорную выгоду для всех индивидов, даже если в конечном счете оказывается, что в действительности они им невыгодны.

Каждый из участников, чье согласие необходимо для заключения договора, вправе наложить вето на условия договора, но для него ценность такого права ограничивается тем фактом, что ему приходится исходить не из реальной, а из априорной выгоды. Участнику приходится брать на себя обязательства и тем самым отказываться от права вето тогда, когда имеющихся у него знаний достаточно только для оценки шансов, но не для уверенности в сделанной ставке. Таким образом, ситуация заключения договора в некотором смысле имеет структурное сходство с той ситуацией, когда индивид, обладающий определенными политическими правами, сталкивается с политичес-

кими решениями, которые могут поставить его в невыгодное положение. У него есть политическое право наложить на эти решения вето, но оно ограничено рамками, в которых он имеет права. Договор можно использовать как модель подобной политической ситуации, определяя степень или характер неведения участника договора таким образом, чтобы неведение влияло на его решение точно так же, как влияет ограниченность его прав в описанной политической ситуации.

Такое уподобление неведения ограниченному характеру политических прав эффективнее всего осуществляется при простом сокращении числа индивидуальных целей, которых, как известно участникам договора, они хотят достичь. Например, если мы считаем, что согласно глубинной теории Гоббса люди обладают фундаментальным естественным правом на жизнь и потому несправедливо лишать их жизни, даже ради общественных целей, в остальном вполне достойных, то нам следует ожидать именно таких условий заключения договора, которые он описывает. Гоббсовы мужчины и женщины, по выражению Ролза, ставят безопасность жизни на первое место среди всех остальных индивидуальных целей при их «лексическом» упорядочении; та же самая ситуация возникла бы, если бы они просто ничего не знали об этих других возможных целях и не могли строить предположений о своих шансах на достижение одной из них или всего их множества.

Таким образом, неведение участников в исходной позиции можно считать своего рода предельным случаем неведения, которое, в виде неадекватного или эксцентрического ранжирования интересов, можно найти и в классических теориях договора и которое является естественным для приема, основанного на идее договора. Исходная позиция — это предельный случай, потому что у Ролза люди не просто не знают о каких-либо своих интересах, помимо нескольких специально выбранных; они вообще ничего не знают о своих интересах. Было бы неверно полагать, что из-за этого они неспособны судить о собственной выгоде. Но, тем не менее, их суждения неизбежно будут очень абстрактными; участники должны допускать какую-то совокупность интересов, но не могут воспользоваться тем предположением, что какие-то из этих интересов более вероятны, чем другие.

Следовательно, в основе глубинной теории Ролза не может лежать право на какую-либо индивидуальную цель, такую, например, как безопасность жизни или право на образ жизни в соответствии с некоторой конкретной концепцией блага. Такие права на индивидуальные цели могут фигурировать в глубинной теории в качестве прав, которые люди в исходной позиции сочли бы выгодным для себя иметь. Но саму исходную

позицию невозможно обосновать, предполагая такие права, поскольку участники договора не знают, что у них имеется такой интерес и не ставят его в ходе лексического упорядочения впереди других интересов.

Таким образом, в основании глубинной теории Ролза должно лежать некоторое абстрактное право, а не право на какую-либо конкретную индивидуальную цель. Среди известных понятий политической теории имеются два кандидата на эту роль. Первый — это право на свободу, и многим читателям, возможно, покажется правдоподобным и удобным предположить, что все построения Ролза основаны на допущении фундаментального естественного права на свободу. Правдоподобно, потому что согласно двум принципам, составляющим теорию справедливости Ролза, свободе отводится важная и главенствующая роль, а удобно, потому что обоснование этой роли кажется неполным, что очень нехарактерно для Ролза¹.

И все же право на свободу нельзя считать фундаментальным правом в глубинной теории Ролза. Предположим, мы определяем общую свободу как минимальные возможные общие ограничения, налагаемые правительством или другими людьми на то, что человек может при желании совершить². Тогда мы должны различать эту общую свободу и конкретные свободы, касающиеся подобных ограничений на конкретные действия, которым придается особое значение, как, например, участию в политике. Стороны в исходной позиции, безусловно, заинтересованы, и знают, что заинтересованы, в общей свободе, поскольку она *pro tanto* увеличивает их возможности в достижении тех или иных конкретных целей, которые, как они выяснят впоследствии, они ставят перед собой. Но данное уточнение важно, поскольку им не дано знать, что общая свобода действительно в общем и целом увеличит эти возможности, и есть все причины подозревать, что этого не случится. Они знают, что помимо общей свободы у них могут оказаться и другие интересы, которые можно защитить только благодаря политическим ограничениям на действия других людей.

Таким образом, если предположить, что люди в исходной позиции имеют право на свободу того или иного вида и это право воплощается в самих условиях заключения договора, то это должно быть право на какие-то конкретные свободы. И Ролз, действительно, приводит перечень основных свобод; именно их стремятся защитить люди в исходной позиции с помощью своего первого — при лексическом упорядочении —

¹ См.: Hart H. L. A. Rawls on Liberty and Its Priority // 40 U. Chi. L. Rev. 1973. P. 534.

² Ср. данное Ролзом определение свободы (Rowls J. Op. cit. P. 202).

принципа справедливости¹. Но Ролз явно подает этот принцип не как условие договора, а как его результат. Он утверждает, что участники в исходной позиции выбрали бы эти основные свободы, скорее, не как цели в себе, а для защиты основных благ, которые они сочли ценными для себя (например, самоуважение). Конечно, возможно, что на самом деле они ценят виды деятельности, охраняемые основными свободами, сами по себе, а не как средства достижения какой-то иной цели или выгоды. Но они, безусловно, об этом не знают.

Второе известное понятие политической теории еще более абстрактно, чем свобода. Это равенство, и в каком-то смысле мужчины и женщины в исходной позиции не могут не отстаивать его. Неведение участников в исходной позиции организовано таким образом, что априорная выгода каждого должна, как я говорил, заключаться в одинаковом для всех решении. Право каждого на равное обращение независимо от его личности, характера или вкусов обеспечивается тем фактом, что никто не может добиться лучшего положения благодаря своему отличию от других людей в этих отношениях. При иных условиях заключения договора, когда неведение не столь полно, индивиды, разделяющие одну и ту же цель, могут все же иметь разную априорную выгоду. Даже если, например, двое людей ценят жизнь превыше всего остального, априорная выгода более слабого из них может состоять в установлении государственной монополии на использование силы, а не в допущении личной мести, тогда как априорная выгода более сильного может состоять в обратном. Даже если двое людей ценят участие в политике превыше всего остального, знание о том, что взгляды одного из них, скорее всего, окажутся менее ортодоксальными или популярными, чем взгляды другого, будет означать, что его априорная выгода требует иных политических установлений. В исходной позиции никакого такого различия априорной выгоды провести невозможно.

Правда, можно было бы сказать, что принципы справедливости, которые, по мнению Ролза, выбрали бы люди в исходной позиции, в двух отношениях не дотягивают до эгалитарного идеала. Во-первых, согласно этим принципам равенству в распределении материальных ресурсов при необходимости отводится подчиненная роль по сравнению со свободой политической деятельности, то есть требования первого принципа имеют приоритет перед требованиями второго. Во-вторых, в них не учитываются относительные лишения, поскольку получает оправдание любое неравенство, при котором люди, находящиеся в наихудшем положении, улучшают свое положение в

¹ *Rowls J. Op. cit. P. 61.*

абсолютном смысле по сравнению с тем, что было бы без этого неравенства.

Ролз ясно дает понять, что таких неравенств требует не какое-либо конкурирующее понятие свободы или какая-либо главная цель, а само понятие равенства в его более фундаментальном смысле. Он признает различие между двумя, как он говорит, концепциями равенства:

«Некоторые авторы проводят различие между равенством при распределении определенных благ, часть из которых почти наверняка придаст более высокий статус или престижность тем, кто получит их больше, и равенством в отношении уважения, которое следует уделять людям безотносительно к их общественному положению. Равенство первого рода определяется вторым принципом справедливости... А равенство второго рода является основополагающим»¹.

Можно следующим образом сформулировать право на равенство второго рода, которое Ролз называет основополагающим. Мы можем сказать, что индивиды имеют право на равную заботу и уважение при проектировании и в процессе деятельности политических институтов, которые ими управляют. Это чрезвычайно абстрактное право. Кто-то может, например, утверждать, что для соблюдения этого права достаточно политического устройства, предусматривающего равные возможности граждан для занятия государственных постов, но с учетом их заслуг. Кто-то другой, напротив, станет утверждать, что это право может соблюдаться только в системе, гарантирующей абсолютное равенство дохода и социального положения, без учета заслуг. Третий может утверждать, что равная забота и уважение обеспечиваются такой системой, которая способствует повышению среднего уровня благосостояния всех граждан, когда благосостояние каждого измеряется по одной и той же шкале. Четвертый может во имя этого основополагающего равенства доказывать необходимость приоритета свободы и других очевидных неравенств, оговариваемых в двух принципах Ролза.

Стало быть, право на равную заботу и уважение является более абстрактным, чем стандартные толкования равенства, характерные для различных политических теорий. Можно показать, что это наиболее фундаментальное право предполагает данные толкования в качестве производных прав или целей.

Теперь исходную позицию можно рассматривать как прием, позволяющий проверить эти конкурирующие аргументы. Вполне разумно предположить, что политические установления, не обеспечивающие равной заботы и уважения, учреждаются и проводятся в жизнь облаченными властью людьми, ко-

¹ *Rowls J. Op. cit. P. 511.*

торые, признают они это или нет, уделяют больше заботы и уважения представителям определенного класса или людям с определенными талантами или идеалами, по сравнению с прочими гражданами. На этом предположении и основано неведение участников договора. Люди, не знающие, к какому классу они принадлежат, не могут при проектировании общественных институтов сознательно или бессознательно отдавать предпочтение своему классу. Люди, не знающие о том, какого представления о благе они придерживаются, не могут в этой ситуации отдавать предпочтение приверженцам одного идеала по сравнению с приверженцами другого идеала. Исходная позиция хорошо приспособлена к тому, чтобы проводить в жизнь абстрактное право на равную заботу и уважение, которое следует понимать как фундаментальное понятие в глубинной теории Ролза.

Если это верно, то Ролз не должен использовать исходную позицию для обоснования этого права, как он использует ее, например, для обоснования прав на основные свободы, воплощенные в первом принципе. Как свидетельствует текст его книги, он этого и не делает. Правда, один раз он говорит, что равное уважение «определяется» первым принципом справедливости¹. Но он не подразумевает и, во всяком случае, не утверждает, что участники требуют равного уважения к себе ради какого-то более фундаментального права или цели. Напротив, право на равное уважение в его изложении является не результатом договора, а условием допущения к участию в исходной позиции. Это право, говорит он, «принадлежит людям как нравственным существам», и вытекает из нравственной природы личности человека, отличающей его от животных. Им обладают все люди, способные воздавать справедливость другим, и только такие люди могут заключать договор². Следовательно, это право не вытекает из договора, а заложено, как и следует фундаментальному праву, в проекте самого договора.

Ролз прекрасно осознает, что его аргументации в пользу равенства строится на иной основе, нежели аргументация в пользу других прав в его теории:

«Все это, конечно, не аргументы в буквальном смысле слова. Я не сформулировал посылки, из которых вытекает это заключение, как я пытался сделать, пусть и не очень строго, при выборе концепций справедливости в исходной позиции. Не пытался я также доказать, что данная особенность участников договора должна использоваться как основа равенства. Скорее,

¹ *Rowls J. Op. cit. P. 511.*

² *Ibid. Ch. 77.*

эта интерпретация представляется естественным завершением теории справедливости как честности»¹.

Это, так сказать, «естественное завершение» теории в целом. Благодаря ему теория завершается фундаментальным предположением, которое наполняет содержанием исходную позицию и делает ее «интуитивным понятием», используемым для разработки и проверки теорий справедливости.

Следовательно, мы можем сказать, что справедливость как честность опирается на предположение о естественном праве всех людей на равную заботу и уважение, причем этим правом они наделены не в силу рождения, не в силу своих особенностей, заслуг или отличий, а просто как человеческие существа, способные составлять планы и воздавать справедливость другим. Многих читателей не удивит такой вывод — как я уже говорил, он достаточно ясно следует из книги Ролза. Но все же это важный вывод, потому что критики теории Ролза в некоторых своих, уже ставших стандартными, доводах его игнорируют. В завершение этой длинной статьи я приведу один пример.

Один из этих критических доводов мне излагали многие коллеги и студенты, особенно среди правоведов. Они указывали на то, что политические институты и установления, которые, по утверждению Ролза, выбрали бы люди в исходной позиции, — это просто идеализированные формы институтов и установлений, действующих ныне в Соединенных Штатах, то есть, это институты либеральной конституционной демократии. По мнению критиков, из этого следует, что в основе теории Ролза должны лежать положения классического либерализма, как бы они ни определялись, и что исходная позиция, которая, видимо, является душой этой теории, должна каким-то образом воплощать в себе эти положения. Поэтому, взятая в целом, справедливость как честность представляется им особо утонченной рационализацией политического *статус кво*, которой вполне могут пренебречь те, кто хочет предложить более радикальную критику либеральной традиции.

Если я прав, то эта точка зрения нелепа, и ее приверженцы упускают редкую возможность подвергнуть свои собственные политические взгляды определенному философскому анализу. Наиболее фундаментальное предположение Ролза состоит не в том, что люди имеют право на определенные свободы, которым придавали важное значение Локк или Милль, а в том, что они имеют право на равную заботу и уважение, заложенные в самом в устройстве политических институтов. Это предположение можно оспаривать по-разному. Его отвергнут те, кто считает какую-либо цель, например пользу, победу определен-

¹ Bawls J. Op. cit. P. 509.

ного класса или восторжествование определенного представления о надлежащем образе жизни более фундаментальной, чем любое индивидуальное право, в том числе и право на равенство. Но его невозможно отвергнуть, провозгласив какое-то более радикальное понятие равенства, потому что такого не существует.

Ролз действительно утверждает, что это фундаментальное право на равенство требует либеральной конституции и поддерживает существующие социально-экономические структуры в их идеализированном виде. Он утверждает, например, что люди в исходной позиции стали бы защищать основные свободы ради своего права на равенство, как только был бы достигнут определенный уровень материального благополучия, так как они поняли бы, что если что-то представляет угрозу для самоуважения, защиту которого обеспечивают основные свободы, то оно является и самой серьезной угрозой для права на равное уважение. Он утверждает также, что люди приняли бы второй принцип, предпочтя его материальному равенству, поскольку поняли бы, что жертва, которой требуют из-за зависти к другому человеку, представляет собой некую форму подчинения ему. Конечно, эти аргументы могут оказаться ошибочными. Я определенно ничего не говорил здесь в их защиту. Но теперь уже критики либерализма обязаны доказать их ошибочность. Они не могут сказать, что базовые предположения и установки Ролза слишком далеки от их собственных, чтобы допускать возможность их сопоставления.

Глава 7

О правах всерьез

1. Права граждан

Высказывания о правах человека в настоящее время преобладает в политических дебатах в Соединенных Штатах Америки. Соблюдает ли правительство моральные и политические права граждан? Не идет ли внешняя или расовая политика правительства вразрез с этими правами? Имеют ли право меньшинства, чьи права были нарушены, в свою очередь нарушать закон? Или молчаливое большинство тоже имеет права, в том числе право на то, чтобы люди, нарушающие закон, были наказаны? Неудивительно, что эти вопросы вышли сейчас на первый план. Понятие прав, и особенно прав по отношению к государству, естественнее всего использовать, когда в политическом сообществе нет единогласия и нет смысла апеллировать к сотрудничеству или к общей цели.

Дебаты не затрагивают вопроса о том, имеют ли граждане *какие-то* моральные права по отношению к государству. Кажется, это признают все. Юристы и политики из лагеря консерваторов гордятся тем, что наша система права признает, к примеру, права индивидов на свободу слова, равенство и надлежащую правовую процедуру. Утверждая, что наши законы достойны уважения, они, по крайней мере отчасти, опираются на этот факт, ведь не стали бы они утверждать, что тоталитарные системы заслуживают такой же лояльности.

Конечно, некоторые философы отвергают идею о том, что граждане обладают какими-то правами помимо тех, которые предоставляет им закон. Бентам считал идею моральных прав «высокопарным вздором». Но такая точка зрения никогда не входила в нашу ортодоксальную политическую теорию, и политики обеих партий апеллируют к правам человека в оправдание значительной части своих целей. В этой работе я не буду заниматься обоснованием тезиса о том, что граждане обладают моральными правами по отношению к своему государству; я только хочу выяснить, какие следствия из данного тезиса вытекают для тех, кто заявляет о своем согласии с ним, а в их число входит и нынешнее правительство Соединенных Штатов.

Разумеется, много спорят о том, какие *конкретные* права имеются у граждан. Возьмем, например, признаваемое всеми право на свободу слова. Включает ли оно право на участие в демонстрациях протеста, связанных с причинением неудобств

окружающим? На практике последнее слово в вопросе о том, каковы права индивида, остается за государством, поскольку полиция будет делать то, что скажут правительственные чиновники и судьи. Но это не означает, что точка зрения правительства обязательно правильна; чтобы считать так, нужно верить, что мужчины и женщины обладают лишь теми моральными правами, которые решит даровать им государство, а это значит, что у них вообще нет никаких моральных прав.

В Соединенных Штатах все это иногда затушевывается из-за существующей конституционной системы. Американская Конституция предусматривает определенный набор индивидуальных *юридических* прав, сформулированных в Первой поправке, в статьях о надлежащей правовой процедуре, о равной защите законом и им подобных. В соответствии со сложившейся судебной практикой Верховный Суд обладает полномочиями объявить недействительными законодательные акты или постановления Конгресса, если, по мнению Суда, они нарушают перечисленные положения Конституции. Такая практика заставила некоторых комментаторов предположить, что в данной системе полностью защищены индивидуальные моральные права, но едва ли это так, да и не могло бы так быть.

Конституция объединяет правовые и моральные вопросы, ставя юридическую силу закона в зависимость от ответа на сложные моральные проблемы, такие, например, как: соблюдается ли в некотором конкретном законе равенство, присущее всем людям от природы. Такое соединение юридического и морального аспектов имеет важное значение для дебатов по поводу гражданского неповиновения; я говорил об этом в другой работе¹ и позже еще вернусь к этой теме. Но остаются открытыми два важных вопроса. Неясно, признает ли Конституция, даже интерпретируемая надлежащим образом, все моральные права, какие есть у граждан, а также непонятно, имеют ли граждане, как полагают многие, обязанность соблюдать закон даже тогда, когда этот закон нарушает их моральные права.

Оба эти вопроса приобретают решающее значение, когда некоторое меньшинство претендует на моральные права, которые закон отрицает (например, на право самостоятельно управлять местным школьным образованием) и которые, по общему мнению юристов, не защищены Конституцией. Вторым вопросом приобретает решающее значение, когда, как в настоящее время, среди большинства населения настолько накалены страсти, что всерьез выдвигаются предложения о внесении в Конституцию поправок, отменяющих некоторые права,

¹ См. главу 8.

такие как право человека не давать показаний, которые можно использовать против него. Этот вопрос имеет решающее значение также в тех странах, например, в Соединенном Королевстве, где нет конституции сходного типа.

Разумеется, даже если бы Конституция была совершенна и большинство населения не хотело бы ее подправить, это еще не значит, что Верховный Суд был бы в состоянии гарантировать индивидуальные права граждан. В конце концов, решение Верховного Суда — это судебное решение, которое, помимо соображений морали, должно учитывать прецеденты и институциональные соображения, такие как взаимоотношения между Судом и Конгрессом. Да и необязательно всякое судебное решение является правильным. Судьи занимают разные позиции по спорным вопросам права и морали и, как показывают баталии по поводу никсоновских назначений в Верховный Суд, президент вправе назначать судей, чьи убеждения совпадают с его собственными, при условии, что эти судьи честные и справляются со своими обязанностями.

Таким образом, несмотря на то, что конституционная система вносит вклад в защиту моральных прав индивида по отношению к государству, ее далеко не достаточно для гарантии этих прав и даже для установления, в чем они состоят. Это значит, что в некоторых случаях последнее слово в этих вопросах остается не за законодателями, а за другой ветвью власти, что едва ли может удовлетворить тех, кто считает решения этой ветви власти глубоко ошибочными.

Разумеется, окончательное решение о том, какой именно закон следует выполнять, неизбежно принимает то или иное государственное ведомство. Когда среди людей возникают разногласия по поводу их моральных прав, ни у одной из сторон нет возможности доказать свою правоту, а принять какое-то решение нужно, чтобы не допустить анархии. Но этот образчик ортодоксальной мудрости должен быть началом, а не концом философии законодательства и правоприменения. Если мы не можем требовать, чтобы государство находило верные ответы на вопросы о правах своих граждан, мы можем, по крайней мере, добиваться, чтобы оно хотя бы попыталось это сделать. Мы можем настаивать на том, чтобы государство принимало права всерьез, чтобы оно следовало некоторой последовательной теории о том, в чем состоят эти права, и действовало в соответствии со своими собственными заявлениями. Я постараюсь показать, что это означает и как все это связано с политическими дебатами, проходящими в настоящее время.

2. Индивидуальные права и право нарушать закон

Я начну с вопроса, который вызывает наиболее ожесточенные споры. Может ли американец в каких-то случаях иметь право нарушить закон? Предположим, он признает какой-то закон имеющим юридическую силу; следует ли из этого, что он обязан соблюдать этот закон? Те, кто пытается дать ответ на этот вопрос, разбились на два лагеря. Консерваторы (так я буду их называть), по-видимому, осуждают любые акты неповиновения; они выражают удовлетворенность, когда такие акты подвергаются судебному преследованию, и разочарование, когда отменяются обвинительные приговоры по таким делам. Представители другой группы — либералы — проявляют больше сочувствия, по крайней мере в некоторых случаях неповиновения; иногда они осуждают судебное преследование и приветствуют оправдательные приговоры. Но если мы посмотрим, что стоит за этими эмоциональными реакциями, и обратим внимание на аргументацию, к которой прибегают обе стороны, то обнаружим поразительный факт. Обе группы дают, по существу, один и тот же ответ на принципиальный вопрос, который, как предполагается, их разделяет.

Вот какой ответ дают обе стороны. В демократическом обществе, или, по крайней мере, в демократическом обществе, где, в принципе, уважаются индивидуальные права, на каждого гражданина возложен общий моральный долг соблюдать все существующие законы, даже если ему хотелось бы изменить некоторые из них. Это его долг перед согражданами, соблюдающими, в его же интересах, законы, которые им не нравятся. Но этот общий долг не может быть абсолютным, потому что даже справедливое, в принципе, общество может вырабатывать несправедливые законы и проводить несправедливую политику, а у человека есть и другие обязанности, помимо его обязанностей по отношению к государству. Человек обязан выполнять свой долг перед Богом и перед собственной совестью, а если этот долг вступает в конфликт с его обязанностями по отношению к государству, то он, в конечном итоге, вправе поступать так, как считает правильным. Но если он решит, что должен нарушить закон, то ему придется подчиниться приговору суда и понести налагаемое на него государством наказание в знак признания того факта, что религиозные или нравственные обязательства хотя и перевешивают, но не уничтожают его долг перед согражданами.

Конечно, этот общий ответ можно уточнять совершенно по-разному. Кто-то скажет, что долг перед государством является фундаментальным, а «отказника» назовет религиозным или моральным фанатиком. Другие с большой неохотой согла-

сятся признать долг перед государством, а тех, кто ему сопротивляется, представят героями. Но все это разные оттенки, а в целом описанная мною позиция отражает, я думаю, точку зрения большинства из тех, кто в конкретных случаях высказывается за гражданское неповиновение или против него.

Я не утверждаю, что такой точки зрения придерживаются все. Наверняка кто-то столь высоко ценит долг перед государством, что не допускает возможности уступок. Безусловно, найдутся люди, которые станут отрицать, что у человека вообще есть моральный долг подчиняться закону, по крайней мере в Соединенных Штатах сегодняшнего дня. Но эти две крайности представляют собой лишь крошечные «хвостики» куполообразной кривой, а все, кто оказывается посередине, занимают ортодоксальную позицию, которую я изложил и согласно которой у людей есть долг повиноваться закону, но есть и право поступать по совести, если совесть вступает в конфликт с этим долгом.

Но если дело обстоит так, то возникает парадокс, состоящий в том, что люди, дающие один и тот же ответ на принципиальный вопрос, по-видимому, резко расходятся во мнениях по поводу частных случаев. Парадокс оказывается даже более глубоким, потому что, по крайней мере в некоторых случаях, каждая из сторон занимает позицию, которая кажется попросту несовместимой с признаваемой ими общей теоретической основой. Последняя подвергалась испытанию, когда, например, кто-либо по соображениям совести уклонялся от призыва на военную службу или побуждал других совершить это преступление. Консерваторы в этом случае утверждали, что таких людей нужно отдавать под суд, даже если они действовали из искренних побуждений. Почему их нужно отдавать под суд? Потому что общество не может допустить ослабления уважения к закону, которое проявляется и поощряется такими актами. Короче говоря, их нужно отдавать под суд, чтобы им и им подобным было неповадно так поступать.

Но здесь, по-видимому, содержится чудовищное противоречие. Если человек имеет право поступать так, как велит ему совесть, то чем же можно оправдать государство, когда оно препятствует ему в этом? Разве не будет несправедливым со стороны государства запрещать и наказывать за то, на что, как признает само государство, люди имеют право?

Более того, не одни только консерваторы утверждают, что нарушителей закона по соображениям совести следует отдавать под суд. Как всем известно, либералы возражают против того, чтобы позволять чиновникам-расистам в системе школьного образования тормозить процесс десегрегации, хотя и призна-

ют, что эти чиновники убеждены в своем моральном праве делать то, что запрещено законом. Правда, либералы, как правило, не утверждают, что законы о десегрегации следует соблюдать ради укрепления всеобщего уважения к закону. Они утверждают, что законы о десегрегации следует соблюдать, потому что это правильные законы. Но и такая позиция представляется непоследовательной: разве может быть правильным преследование людей по суду за то, что они поступают согласно велениям своей совести, если мы признаем за ними право поступать по совести?

Следовательно, мы остались с двумя загадками. Как могут две стороны в принципиальном споре, каждая из которых считает себя в корне несогласной с другой, занимать одну и ту же позицию по предмету спора? Как может каждая из сторон в конкретных случаях предлагать решения, которые, по-видимому, абсолютно противоречат занимаемой обеими сторонами принципиальной позиции? Один из возможных ответов состоит в том, что некоторые, или все, сторонники этой общей позиции попросту лицемерят, на словах поддерживая права поступать по совести, а на деле не признавая их.

Это обвинение не лишено оснований. Наверняка какая-то доля лицемерия имела место, когда государственные чиновники, заявляющие о своем уважении к соображениям совести, отказывали Мохаммеду Али в праве участвовать в соревнованиях по боксу на территории их штатов. Если бы Али, вопреки своим религиозным убеждениям, пошел в армию, ему позволили бы заниматься боксом, хотя, согласно тем принципам, которые якобы чтут эти чиновники, поступив так, он стал бы хуже как человек. Но таких простых и очевидных случаев немного, а ведь даже здесь чиновники, по-видимому, не заметили противоречия между своими действиями и своими принципами. Значит, нужно поискать какое-то еще объяснение, помимо той истины, что люди часто имеют в виду совсем не то, что говорят.

Более глубокое объяснение кроется в целой совокупности недоразумений, которые часто сбивают с толку в рассуждениях о правах. Эти недоразумения внесли путаницу в вопросы, упомянутые мною в начале статьи, и стали серьезной помехой при попытках разработать последовательную теорию о том, как должно вести себя правительство, уважающее права граждан.

Чтобы объяснить это, я должен обратить внимание читателя на один факт, хорошо известный философам, но часто игнорируемый в ходе политических дебатов, а именно: слово «права» в разных контекстах имеет разную силу. В большинстве случаев, говоря, что некто имеет «право» на опреде-

ленные действия, мы подразумеваем, что было бы несправедливо мешать ему их совершать или, по крайней мере, что нужны какие-то особые причины, оправдывающие подобное вмешательство. Именно этот сильный смысл понятия прав я имею в виду, говоря, что вы имеете право, если желаете, потратить все свои деньги на азартные игры, хотя лучше было бы вам истратить их на что-нибудь более стоящее. Я подразумеваю, что было бы неправильно, если бы кто-то стал мешать вам, хотя вы и намереваетесь потратить свои деньги неправильным, с моей точки зрения, образом.

Есть очевидная разница между утверждением, что кто-то имеет в этом смысле право что-либо делать, и утверждением, что при этом он поступает «правильно» или что, делая это, он не поступает «неправильно». Человек может иметь право делать что-то такое, что с его стороны совсем неправильно было бы делать, как, например, в случае с азартными играми. И, наоборот, возможно, что какое-то действие как раз было бы правильным с его стороны, но он не имеет права его совершить в том смысле, что не будет неправильно, если кто-то воспрепятствует его попытке его совершить. Если наши военные возьмут в плен вражеского солдата, с его стороны будет правильно попытаться бежать, но отсюда не следует, что с нашей стороны будет неправильно попытаться помешать ему. Мы можем восхищаться им за попытку к бегству и даже, может быть, станем меньше уважать его, если он не сделает такой попытки. Но это ни в коей мере не означает, что нам было бы неправильно препятствовать ему; напротив, если мы считаем, что наше дело правое, то с нашей стороны будет правильно сделать все, что в наших силах, чтобы остановить его.

Обычно это различие между тем, имеет ли человек право на какой-то поступок, и тем, правильно ли ему так поступить, не вызывает затруднений. Но иногда все же возникает путаница, потому что порой мы говорим, что человек имеет право на какое-то действие, хотя на самом деле всего лишь имеем в виду, что с его стороны не было бы неправильно совершить его. Так, мы говорим, что пленный солдат имеет «право» попытаться бежать, когда на самом деле имеем в виду не то, что мы поступим неправильно, если попытаемся его остановить, а то, что он не обязан воздерживаться от такой попытки. В таком же смысле мы употребляем слово «права», когда говорим, что некто имеет «право» поступать в соответствии со своими принципами или «право» следовать велениям своей совести. Мы имеем в виду, что этот человек не поступает неправильно, когда действует в соответствии со своими искренними убеждениями, пусть даже мы несогласны с этими убеждениями и даже если, по стратегическим

или каким-то иным соображениям, мы должны принудить его поступать вопреки своим убеждениям.

Предположим, какой-то человек считает выплату пособия по бедности глубоко неправильной, поскольку она подрывает дух предпринимательства, и поэтому он ежегодно подает в налоговую инспекцию полные сведения о своих доходах, но соглашается уплатить лишь половину подоходного налога. Мы можем сказать, что он имеет право отказываться платить, но правительство имеет право в судебном порядке потребовать от него полной уплаты налога и оштрафовать его или посадить в тюрьму за просрочку платежа, если это необходимо для обеспечения эффективной работы системы налоговых сборов. В большинстве случаев мы не рассуждаем подобным образом; мы не говорим, что обыкновенный вор имеет право воровать, если ему так хочется, лишь бы он понес наказание. Мы говорим, что человек имеет право нарушить закон, хотя государство имеет право наказать его за это, только в тех случаях, когда считаем, что в силу своих убеждений он не поступает правильно, делая то, что он делает¹.

Эти различия позволяют увидеть неоднозначность ортодоксального вопроса: имеет ли когда-нибудь человек право нарушить закон? Подразумевается ли здесь вопрос о том, имеет ли человек право нарушить закон в сильном смысле, так что со стороны государства было бы неправильно подвергнуть его аресту и судебному преследованию? Или подразумевается вопрос о том, действительно ли он поступил правильно, нарушив закон, так что такого человека все мы стали бы за это уважать, хотя государство и посадило бы его в тюрьму?

Если считать ортодоксальную позицию ответом на первый, наиболее важный, вопрос, то возникают описанные мною парадоксы. Если же понимать ее как ответ на второй вопрос, то парадоксов не возникает. Консерваторы и либералы согласны с тем, что иногда человек не поступает неправильно, нарушая закон, если этого требует его совесть. Когда же между ними возникают разногласия, они касаются совсем другого вопроса: как должно в этих случаях реагировать государство? Обе сторо-

¹ Нет ничего удивительного в том, что иногда мы используем понятие «иметь право», подразумевая, что другие люди не должны препятствовать какому-то действию, а иногда имеем в виду, что данное действие не является неправильным. Когда же человек не имеет права что-то делать, например физически нападать на другого человека, часто оказывается верным как то, что так поступать неправильно, так и то, что другие люди вправе положить этому конец в приказном порядке или даже силой. Поэтому естественно утверждать, что человек имеет на что-то право, когда имеется в виду как отрицание одного из этих следствий, так и отрицание обоих.

ны считают, что иногда государство должно предавать нарушителя суду. Но это не противоречит утверждению о том, что человек, нарушивший закон и отданный за это под суд, поступил правильно.

Парадоксы кажутся подлинными, потому что, как правило, эти два вопроса не различают, а ортодоксальную позицию представляют как общее решение проблемы гражданского неповиновения. Но стоит только провести различие, как становится очевидным, что эта позиция получила такое широкое признание лишь потому, что на деле ее применяют в качестве ответа на второй, а не на первый вопрос. Это основополагающее различие нелегко разглядеть из-за сложностей, связанных с идеей права поступать по совести; в последнее время большинство дискуссий о политических обязательствах вращалось вокруг данной идеи, но она только отвлекает от важнейших политических вопросов. Является ли совесть индивида спокойной или нет, возможно, играет решающую, или центральную, роль, когда речь идет о том, совершил ли он нечто неправильное с этической точки зрения, нарушив закон; но оно совсем необязательно играет решающую, или хотя бы центральную роль, когда речь идет о том, имеет ли он право (в сильном смысле) поступать таким образом. Человек не имеет права (в сильном смысле) следовать любым требованиям своей совести, но он может иметь право (в сильном смысле) делать что-то другое, даже если совесть этого не требует.

Если это верно, значит, почти не предпринималось серьезных попыток ответить на вопросы, которые почти каждый хотел бы задать. Для начала можно попробовать более четко сформулировать эти вопросы. Имеет ли когда-нибудь американец право (в сильном смысле) совершить поступок, противоречащий закону? Если да, то когда? Чтобы ответить на эти вопросы, сформулированные таким образом, нужно попытаться уяснить для себя следствия, вытекающие из упомянутой выше идеи, согласно которой граждане обладают хотя бы некоторыми правами по отношению к государству.

Как я говорил, в Соединенных Штатах считается, что граждане обладают определенными фундаментальными правами по отношению к государству, — эти моральные права благодаря Конституции становятся юридическими. Если данная идея достаточно важна и достойна того, чтобы ею похвалялись, то эти права должны быть правами в том сильном смысле, который я только что сформулировал. Утверждение «Граждане имеют право на свободу слова» должно подразумевать, что со стороны правительства было бы неправильно мешать людям высказываться, даже если правительство считает, что сказанное ими принесет больше вреда, чем пользы. Это утверждение

не может означать, как в случае с военнопленным, что граждане всего лишь не поступят неправильно, откровенно высказывая свои мысли, хотя правительство оставляет за собой право не давать им высказываться.

Это очень важный момент, и я хотел бы подробнее на нем остановиться. Конечно, ответственное правительство должно быть готово обосновать любые свои действия, особенно когда оно ограничивает свободу граждан. Но в обычной ситуации для того, чтобы правительству обосновать свои действия, даже если они ограничивают свободу, достаточно доказать, что эти действия направлены на увеличение, как говорят философы, общей пользы, то есть, они принесут в целом больше блага, чем вреда. Так, хотя правительство города Нью-Йорк должно обосновать свой запрет на движение автотранспорта по Лексингтон авеню в сторону от центра, для такого обоснования достаточно, чтобы соответствующие должностные лица на здравых основаниях сочли, что польза от этого запрета для многих перевесит неудобства для немногих. Но когда говорят, что отдельные граждане обладают правами по отношению к государству, как, например, правом на свободу слова, это должно означать, что такого обоснования недостаточно. Иначе это утверждение не говорило бы в пользу наличия у граждан особой защиты как противовеса закону в случае, когда в силу вступают их права, а ведь в этом и состоит суть данного утверждения.

Не все юридические права и даже не все конституционные права отражают моральные права по отношению к государству. В настоящий момент я обладаю юридическим правом ехать по Пятьдесят седьмой улице в любом из двух направлений, но государство не поступило бы неправильно, установив на этой улице одностороннее движение, если бы считало, что это будет в интересах всего общества. У меня есть конституционное право раз в два года голосовать за какого-то конгрессмена, но правительство страны или штата не поступило бы неправильно, если бы, соблюдая процедуру внесения поправок, продлило срок полномочий конгрессменов до четырех лет вместо двух, опять же на том основании, что это будет в общих интересах.

Но те конституционные права, которые мы называем основными, такие как право на свободу слова, согласно общему мнению, отражают права по отношению к государству в сильном смысле; поэтому мы и хвалимся, что в нашей правовой системе соблюдаются основные права граждан. Если граждане обладают моральным правом на свободу слова, то правительство поступило бы неправильно, отменив Первую поправку, гарантирующую эту свободу, даже если бы оно было

убеждено, что для большинства населения будет лучше, если свободу слова несколько урежут.

Только не нужно перегибать палку. Человек, который заявляет, что граждане обладают каким-либо правом по отношению к государству, совсем необязательно заходит настолько далеко, чтобы утверждать, будто у государства *никогда* нет оправдания для несоблюдения этого права. Он может сказать, например, что, хотя граждане имеют право на свободу слова, правительство может не принимать это право в расчет в случае необходимости защитить права других граждан, предотвратить серьезную катастрофу или хотя бы обеспечить какое-то очевидное и важное общественное благо (но если он признает эту последнюю причину в качестве возможного оправдания, значит, он не причисляет то право, о котором идет речь, к числу наиболее важных или основных). Но этот человек никак не может оправдать действия правительства, когда оно пренебрегает некоторым правом на минимальных основаниях, которых было бы достаточно и в том случае, если бы такого права вообще не существовало. Он не может сказать, что государство вправе руководствоваться в своей деятельности простым предположением о том, что его действия в целом будут способствовать общему благу. Такое допущение лишило бы смысла исходное утверждение о правах и свидетельствовало бы о том, что слово «права» употребляется здесь в каком-то ином, а не в сильном смысле, необходимом для придания данному утверждению политической значимости, которую за ним обычно признают.

Но тогда ответ на наши два вопроса о гражданском неповиновении представляется совсем простым и ясным, хотя и неортодоксальным. В нашем обществе человек действительно иногда имеет право (в сильном смысле этого слова) нарушить закон. Гражданин обладает этим правом в тех случаях, когда закон несправедливо ущемляет его права по отношению к государству. То есть, если человек обладает моральным правом на свободу слова, то у него есть и моральное право нарушить любой из законов, которые правительство, в силу этого морального права гражданина, было не вправе принимать. Право на неповиновение закону — это не отдельное право, каким-то образом связанное с совестью и дополняющее другие права по отношению к государству. Оно есть просто особенность прав гражданина по отношению к государству, и его в принципе невозможно отрицать, не отрицая при этом существования самих этих прав.

Эти ответы представляются очевидными, коль скоро мы считаем права граждан по отношению к государству правами в том сильном смысле, о котором я говорил. Если я имею право

откровенно высказываться по различным политическим вопросам, значит, правительство поступает неправильно, когда объявляет такое мое поведение незаконным, пусть даже считая, что это в общих интересах. Если правительство все-таки объявит мои действия незаконными, то оно еще раз поступит неправильно, когда применит этот закон против меня. Мое право по отношению к государству означает, что со стороны правительства неправильно будет не давать мне высказываться; и запрет на мои высказывания не становится правильным оттого только, что правительство уже сделало первый шаг.

Конечно, из данного рассуждения не ясно, какими именно правами обладают граждане по отношению к государству. В нем ничего не говорится о том, входит ли право на участие в демонстрациях составной частью в право на свободу слова. Но в этом рассуждении подразумевается, что принятие того или иного закона не может повлиять на подобные права граждан, а это чрезвычайно важный момент, потому что он указывает, как индивид вправе относиться к своему собственному решению в случае, когда речь идет о гражданском неповиновении.

Как консерваторы, так и либералы полагают, что все граждане в добропорядочном обществе обязаны повиноваться закону, каким бы он ни был. Отсюда проистекает характерное для ортодоксальной позиции положение об «общем долге», и хотя либералы считают, что иногда этот долг можно «не принимать во внимание», но и они согласны с тем, что этот долг повиновения закону сохраняется в каком-то подчиненном виде, и потому человек поступает правильно, принимая наказание в знак признания этого долга. Но этот общий долг очень плохо согласуется с признанием в обществе индивидуальных прав. Если человек считает, что имеет право на участие в демонстрациях, то он должен также считать, что со стороны государства было бы неправильно ему препятствовать, не важно, имеется на этот счет закон или нет. Если он вправе так считать, то глупо говорить о долге повиноваться закону как таковому или о долге принимать наказание, налагать которое государство не имеет никакого права.

Консерваторы будут возражать против моего упрощенного изложения их позиции. Они скажут, что, даже если со стороны правительства было неправильно принять тот или иной закон, например, закон, ограничивающий свободу слова, существуют независимые причины, оправдывающие проведение в жизнь этого закона, раз он был принят. Когда закон запрещает демонстрации, говорят они, в игру вступает принцип более важный, чем право индивидов на свободу слова, а именно принцип уважения к закону. Если какой-то закон, пусть даже и

плохой, не проводится в жизнь, это ослабляет уважение к закону в целом, отчего страдает все общество. Поэтому, когда подобные высказывания объявляются преступлением, индивид утрачивает свое моральное право свободно высказываться, и государство обязано, ради общего блага и общей пользы, применить против него соответствующий закон.

Но это рассуждение, хоть оно и популярно, выглядит правдоподобным только в том случае, если забыть, что имеют в виду, когда говорят о наличии у индивида какого-либо права по отношению к государству. Далеко не очевидно, что гражданское неповиновение ослабляет уважение к закону, но даже если предположить, что ослабляет, сам этот факт не имеет никакого отношения к делу. Перспектива извлечения утилитаристской пользы не дает оснований препятствовать человеку делать то, на что он имеет право, а ведь предполагаемая в данном случае польза — рост уважения к закону — это просто утилитаристская польза. Нет смысла похвалиться тем, что у нас уважаются права личности, если мы ради них ничем не жертвуем, а в данном случае жертва должна состоять в том, чтобы отказаться от незначительных благ, которые последуют для страны, если не принимать во внимание эти права, когда они оказываются неудобными. Таким образом, общее благо не может служить весомым основанием для ущемления прав, даже если благо, о котором идет речь, — это возросшее уважение к закону.

Но, возможно, я ошибаюсь, предполагая, что довод об уважении к закону представляет собой всего лишь ссылку на общую пользу. Я говорил, что у государства могут найтись другие основания для того, чтобы не принимать в расчет или ограничивать индивидуальные права, и прежде чем отвергать консервативную позицию, мы должны спросить: не применимы ли в данном случае какие-либо из этих других оснований? Наиболее важное и менее всего осознаваемое из этих оснований связано с понятием *конкурирующих прав*, которые окажутся под угрозой, если не ограничить то право, о котором идет речь. Помимо личных прав на свободу от вмешательства государства у граждан есть еще и личные права на защиту со стороны государства, и может так случиться, что государству придется выбирать между этими двумя видами прав. Например, закон о диффамации ограничивает личное право каждого человека откровенно высказывать свое мнение, поскольку этот закон требует, чтобы человек имел веские основания для своих высказываний. Но этот закон оправдан даже в глазах тех, кто считает, что он нарушает личные права граждан; его оправдывает тот факт, что он защищает право других граждан на то, чтобы их репутацию не губили чьи-то легкомысленные высказывания.

Индивидуальные права, признаваемые в нашем обществе, часто вступают в подобный конфликт, и когда это происходит, на долю государства выпадает задача разрешения конфликта. Если государство сделало правильный выбор и защитило более важное право за счет менее важного, то понятие прав не ослабляется и не обесценивается; это случилось бы, если бы государство, напротив, не сумело защитить более важное из этих двух прав. Поэтому мы должны признать, что у государства есть основания для того, чтобы ограничивать некоторые права, если конкурирующие права обоснованно считаются более важными.

Может ли консерватор воспользоваться этим фактом? Возможно, он станет утверждать, что я неверно охарактеризовал его аргументацию как апеллирующую к общему благу, поскольку на самом деле она апеллирует к конкурирующим правам, а именно к моральному праву большинства на проведение в жизнь существующих законов или к праву общества на поддержание порядка и безопасности на желательном для него уровне. Вот с этими-то правами сказал бы консерватор, и следует сопоставлять право индивида делать то, что запрещает несправедливый закон.

Но и этот новый аргумент создает путаницу, поскольку он опирается на еще одну неоднозначность в высказываниях о правах. Мы, действительно, говорим о «праве» общества делать то, что оно считает нужным, но это не то «конкурирующее право», которое могло бы оправдать ущемление прав индивида по отношению к государству. Существование прав индивида по отношению к государству оказалось бы под угрозой, если бы государство могло пренебрегать ими, апеллируя к праву демократического большинства поступать по своей воле. Права по отношению к государству должны иметь силу даже в том случае, если большинство считает неправильными те действия, которые защищаются данными правами, и даже если эти действия в чем-то ухудшают положение большинства. Если мы утверждаем, что общество имеет право предпринимать любые действия, служащие общему благу, или сохранять условия, в которых желает жить большинство, и если при этом мы подразумеваем, что такого рода права дают основание пренебрегать любыми правами индивида по отношению к государству, которые могут вступить с ними в конфликт, то получается, что мы попросту аннулируем эти последние права.

Для того, чтобы сохранить права индивидов по отношению к государству, мы должны признавать в качестве конкурирующих прав только права других членов общества как индивидов. Следует различать «права» большинства как такового, которые не могут служить основанием для пренебрежения индивиду-

альными правами, и личные права отдельных представителей этого большинства, чьи интересы вполне могут приниматься во внимание. Здесь нужно использовать следующий критерий. Человек имеет конкурирующее право на защиту (с которым следует сопоставлять чье-то индивидуальное право на определенные действия), если этот человек вправе требовать защиты от государства, выступая при этом как индивид, и не важно, присоединится ли к его требованию большинство сограждан или нет.

Согласно этому критерию у человека не может быть права на проведение в жизнь всех законов государства. Он имеет право на проведение в жизнь только тех законов, например, уголовных, на принятие которых он имел бы право в том случае, если бы они еще не были приняты. Законы, запрещающие оскорбление человека действием, вполне могут относиться к этой категории законов. Если бы люди, не способные физически защитить себя, то есть нуждающиеся в защите со стороны полиции от насилия, составляли меньшинство в обществе, все равно были бы серьезные основания утверждать, что они имеют право на такую защиту. Но никак нельзя считать законы об обеспечении определенного уровня спокойствия в общественных местах или о ведении и финансировании войны с зарубежным государством основанными на индивидуальных правах. Робкая дама не вправе требовать того спокойствия на улицах Чикаго, какое имеет место в настоящее время, и точно так же она не вправе требовать, чтобы молодых людей посылали на войну, которую она одобряет. Существуют законы, возможно, нужные законы, которые обеспечивают ей эти блага, но оправданием для этих законов, если их вообще можно оправдать, является общее желание большинства, а не личное право вышеупомянутой дамы. Следовательно, если эти законы ущемляют чье-то моральное право на выражение протеста или на личную безопасность, она не может ссылаться на свое конкурирующее право в оправдание такого ущемления. У нее нет личного права на принятие подобных законов, так же как нет и конкурирующего права на проведение их в жизнь.

Таким образом, консерватор не может выдвинуть аргумент, основывающийся на конкурирующих правах, но, возможно, он захочет воспользоваться другим доводом. Он может сказать, что у государства могут иметься основания для ограничения личных прав граждан в случае чрезвычайной ситуации, или когда таким путем можно избежать крупных потерь, или, возможно, обеспечить достижение какого-то значительного блага. Если нация, находится в состоянии войны, введение цензуры может быть оправдано, хотя это и нарушает право индивида высказывать свое мнение по спорным политическим вопросам.

Но чрезвычайность ситуации должна быть подлинной. Должна иметь место, по выражению Оливера Уэнделла Холмса, явная и настоящая опасность, и притом крупномасштабная.

Может ли консерватор утверждать, что при принятии закона, пусть даже и несправедливого, всегда имеется такого рода оправдание для проведения этого закона в жизнь? Он мог бы рассуждать приблизительно так. Если государство однажды признает, что оно может ошибаться, что законодатели могли принять, исполнительная власть — одобрить, а суды — оставить в силе закон, который на деле ущемляет какие-то важные права, то результатом такого признания станет не просто незначительное падение уважения к закону, а кризисное состояние общества. Граждане могут решить отныне соблюдать только те законы, которые они лично одобряют, а это анархия. Поэтому государство должно настаивать на том, что, каковы бы ни были права граждан до принятия некоторого закона и его подтверждения в суде, после этого права граждан определяются данным законом.

Но в таком рассуждении упускается из виду простейшее различие между тем, что может произойти, и тем, что произойдет на самом деле. Если мы будем умозрительными предположениями обосновывать чрезвычайный характер той или иной ситуации или решающее значение некоторого блага, то мы опять-таки аннулируем права. Как говорил Лернед Хенд, оценивая серьезность грозящего зла, необходимо делать скидку на вероятность его осуществления. Я не знаю реальных фактов свидетельствующих о том, что терпимое отношение к какому-либо виду гражданского неповиновения, основанная на уважении к морально-этической позиции неповинующихся, иногда бы вызвать рост такого неповиновения, не говоря уже о росте преступности в целом. Те, кто утверждают это, вероятно, опираются на нечеткие предположения о «заразности» обычных преступлений, но эти предположения сами по себе не доказаны и, во всяком случае, имеют мало отношения к делу. Представляется не менее правдоподобным, что терпимое отношение к гражданскому неповиновению будет способствовать росту уважения к официальным лицам и ко всей совокупности изданных ими законов, или, по крайней мере, будет способствовать снижению темпов роста неуважения к ним.

Если бы вопрос заключался только в том, будет ли обществу хоть немного лучше от неукоснительного соблюдения законов, то государство должно было бы принимать решение, на основе имеющихся данных, и, возможно, в целом, ему было бы оправданно решить, что, действительно, так будет лучше. Но поскольку речь идет о правах, вопрос стоит совершенно иначе: приведет ли терпимость к разрушению общества и гро-

зит ли она принести чрезмерно большой вред? На мой взгляд, просто глупо полагать, будто имеющиеся данные говорят о вероятности или хотя бы возможности подобного результата.

Аргумент на основании чрезвычайной ситуации создает путаницу еще и в другом отношении. В нем предполагается, что государство обязательно должно занять одну из двух позиций: либо отдельный человек никогда не имеет права нарушать закон, либо он всегда имеет такое право. Я уже говорил, что всякое общество, претендующее на признание прав, должно отказаться от идеи общего долга соблюдать закон в любой ситуации. Это важно, поскольку отсюда следует, что не существует прямого способа удовлетворить притязания гражданина на то или иное право. Если гражданин утверждает, что имеет моральное право не служить в армии или право выражать свой протест тем способом, какой находит наиболее эффективным, то чиновник, который сочтет нужным ему ответить, а не просто силой принудить к повиновению, должен ответить на доводы этого гражданина; он не может просто сослаться на закон о призыве или на решение Верховного Суда, придавая им особое, не говоря уже, решающее значение. Иногда чиновник, добросовестно вникающий в морально-этические доводы гражданина, может прийти к выводу, что притязания этого гражданина небезосновательны или даже правильны. Но отсюда не следует, что он в любом случае придет, или что он обязан прийти, к такому выводу.

Нужно подчеркнуть, что все сказанное касается прав в сильном смысле и, следовательно, остаются открытыми важные вопросы о том, какие действия считать правильными. Если человек убежден, что имеет право нарушить закон, то он должен далее задать себе вопрос: правильно ли он поступит, осуществляя это свое право? Он не должен забывать, что разумные люди могут придерживаться разных мнений о том, действительно ли он обладает этим правом по отношению к государству, и, следовательно, имеет ли право нарушить закон; а значит, разумные люди могут вполне искренне не согласиться с ним. Он должен учесть различные возможные последствия своих действий, например, будут ли они связаны с насилием, а также другие соображения, которые в его ситуации окажутся значимыми; он не должен выходить за рамки прав, на которые может честно претендовать, и совершать действия, нарушающие права других граждан.

С другой стороны, если государственный чиновник, например, прокурор, считает, что гражданин *не* имеет права нарушать некоторый закон, то уже *этот чиновник* должен спросить себя, правильно ли он поступит, добиваясь соблюдения данного закона. В главе 8 я доказываю, что некоторые особенности

нашей системы права и, в частности, единство юридических и моральных вопросов в нашей Конституции означают, что граждане часто поступают правильно, осуществляя, как они считают, свое моральное право на нарушение закона, и прокуроры часто поступают правильно, когда не подвергают таких нарушителей судебному преследованию. Я не стану здесь забежать вперед, предвосхищая эти свои доводы; я только хочу спросить: существует ли связь между требованием, чтобы государство всерьез относилось к правам своих граждан, и основополагающим вопросом о том, в чем состоят эти права?

3. Спорные права

До сих пор наша аргументация была гипотетической: если человек обладает некоторым моральным правом по отношению к государству, это право должно перевешивать противоположные ему законодательные акты и судебные решения. Но здесь не указывается, в чем именно состоят права индивида, а, как известно, здравомыслящие люди часто расходятся во мнениях по этому вопросу. Есть ясные и определенные случаи, в отношении которых существует единодушие; например, почти все, кто верит в права, согласятся, что человек имеет моральное право высказываться по политическим вопросам (если его высказывания не носят провокационного характера) и что это важное право, которое государство должно всеми силами охранять. Но возникают значительные разногласия по поводу границ, в которых действуют такие «образцовые» права. В качестве примера можно привести так называемый «закон о борьбе с беспорядками», примененный в знаменитом судебном деле прошлого десятилетия о Чикагской семерке.

Подсудимые обвинялись в том, что они сговорились пересечь границу штата с целью вызвать беспорядки. Это обвинение очень неопределенное, возможно, настолько, что его можно считать неконституционным, но закон, по-видимому, относит к преступлениям эмоциональные высказывания о том, что ради достижения политического равенства может быть оправданно применение насилия. Защищает ли право на свободу слова подобного рода речи? Это, конечно, вопрос юридический[^] поскольку он затрагивает Первую поправку к Конституции. Но это и морально-этический вопрос, потому что, как я уже говорил, в Первой поправке следует видеть попытку защитить некоторое моральное право. В задачи правительства входит «определение» моральных прав через законодательные акты и судебные решения, то есть, официальное установление тех пределов, в которых в правовой системе будут применяться моральные права. Именно такая задача

стояла перед Конгрессом при голосовании по закону о борьбе с беспорядками и перед Верховным Судом в бесчисленном количестве судебных дел. Как же следует различным государственным органам подходить к вопросу об определении моральных прав?

Прежде всего, необходимо осознавать, что любое их решение может оказаться ошибочным. Возможно, история и потомки решат, что они поступили несправедливо, хотя и считали себя правыми. Если они принимают свой долг всерьез, то должны постараться сократить возможности совершения ошибок и, следовательно, должны попытаться выяснить, где таится опасность ошибки.

Для этой цели можно выбрать одну из двух совершенно разных моделей. В первой модели рекомендуется устанавливать равновесие между правами индивида и требованиями общества в целом. Если государство *ущемляет* какое-либо моральное право (например, давая праву на свободу слова более узкое определение, чем того требует справедливость), то оно поступает несправедливо по отношению к индивиду. С другой стороны, если государство *раздувает* какое-то право (давая ему более широкое определение, чем того требует справедливость), то оно лишает общество какого-либо общего блага, обходиться без которого у общества нет никаких оснований, например, лишает его безопасности на улицах. Итак, ошибка как в ту, так и в другую сторону одинаково серьезна. Задача правительства — придерживаться середины и уравнивать общее благо и права личности, воздавая должное и тому и другому.

Согласно этой первой модели, когда государство или какая-то из ветвей власти «определяют» некоторое право, они должны учитывать социальную цену тех или иных проектов и осуществлять необходимые согласования. Не следует, например, предоставлять одну и ту же свободу тем, кто устраивает шумные демонстрации и кто ведет спокойные политические дискуссии, потому что первые причиняют больше неприятностей, чем последние. Приняв однажды решение о том, в каких рамках следует признавать то или иное право, государство должно в полной мере проводить в жизнь это свое решение. Это означает, что следует позволить индивиду действовать в рамках его прав, как их определило государство, но не следует позволять выходить за рамки этих прав, так что, если кто-то нарушает закон, хотя бы и по соображениям совести, он должен быть наказан. Несомненно, всякое правительство допускает ошибки и может впоследствии пожалеть о принятых решениях. Это неизбежно. Но благодаря такой политике «середины» ошибки в ту и в другую сторону в конечном итоге уравновесят друг друга.

В таком изложении первая модель выглядит весьма правдоподобной, и многие правоведы, как и многие неспециалисты, я думаю, горячо поддержали бы ее. Метафора установления равновесия между общественными интересами и личными требованиями прочно вошла в нашу политическую и правовую риторику, и благодаря этой метафоре данная модель представляется знакомой и привлекательной. Тем не менее, первая модель является ложной, во всяком случае когда речь идет о тех правах, которые принято считать важными, и корень ошибки кроется в самой этой метафоре.

Институт прав индивида по отношению к государству — это не дар Божий, и не древний ритуал, и не национальная забава. Это сложная и многотрудная практика, значительно усложняющая и удорожающая работу правительства по обеспечению общего блага, и практика эта была бы несправедливой и легковесной, если бы она не позволяла выполнять определенную задачу. Всякий, кто заявляет о серьезном отношении к правам и восхваляет наше правительство за соблюдение этих прав, должен иметь какое-то представление о том, в чем состоит эта задача. Он должен, как минимум, признавать одну из двух важных идей или обе эти идеи. Первая — это неопределенная, но влиятельная идея человеческого достоинства. Эта идея ассоциируется с Кантом, но ее отстаивали философы разных школ, и она предполагает, что существуют способы обращения с человеком, несовместимые с признанием его полноправным членом человеческого общества, и поэтому такое обращение является глубоко несправедливым.

Вторая, более знакомая нам идея — это политическое равенство. Она предполагает, что более слабые члены политического сообщества имеют право на такую же заботу и уважение со стороны государства, какую обеспечивают для себя более могущественные его члены, а потому, если некоторые люди имеют свободу принимать решения, какими бы ни были последствия этих решений для общего блага, то и все люди должны обладать такой же свободой. Я не хочу здесь защищать или подробно разбирать эти идеи. Я утверждаю только, что всякий, кто признает наличие у граждан прав, должен придерживаться идей, очень близких к вышеназванным¹.

¹ Необязательно принимать эти идеи за аксиому. Возможно, есть основания считать достоинство и равенство важными ценностями, и эти основания вполне могут быть утилитаристскими. Например, можно считать, что в конечном счете мы будем способствовать общему благу, только если будем относиться к унижению человека и к несоблюдению равенства как к очень большой несправедливости и никогда не позволим себе оправдывать эту несправедливость нашим представлением об общем благе. Я не знаю убедительных доводов за или против такого рода «институционального»

Утверждать, что человек обладает некоторым фундаментальным правом (в сильном смысле) по отношению к государству, например, правом на свободу слова, имеет смысл, только если это право необходимо для защиты его достоинства или его статуса как обладающего равными с другими притязаниями на заботу и уважение, или для защиты каких-то иных личностных ценностей, имеющих аналогичное значение. В противном случае такое утверждение не имеет смысла.

Итак, если права вообще имеют какой-то смысл, то нарушение относительно важного права должно быть очень серьезным делом. Такое нарушение означает, что с человеком поступили так, как будто он в меньшей степени человек или менее достоин заботы, чем другие люди. Институт прав основан на убеждении, что это серьезнейшая несправедливость и ее предотвращение стоит той более высокой цены, которую придется заплатить в виде снижения эффективности социальной политики. Но в таком случае, должно быть, неправильно говорить, что раздувание прав является столь же серьезной ошибкой, как и их нарушение. Если государство ошиблось в пользу индивида, значит, оно просто заплатило чуть большую цену в виде снижения социальной эффективности, чем нужно; то есть, оно заплатило чуть больше той же самой монетой, которой уже и так решило заплатить. А вот если оно ошиблось в ущерб индивиду, то оно нанесло ему то оскорбление, предотвращение которого оно само считает достойным большей цены.

Итак, первую модель защитить невозможно. Она основана, по сути, на ошибке, о которой я уже говорил, а именно на смешении прав общества и прав отдельных членов общества. «Уравновешивание» уместно тогда, когда государству приходится выбирать между конкурирующими правами, например, между правом южанина на свободу объединений и правом чернокожего на равное образование. В этом случае государство может только оценить по достоинству конкурирующие права и действовать в соответствии со своей оценкой. Первая модель предполагает, что «право» большинства есть конкурирующее право, которое необходимо таким вот образом уравновесить; но здесь, как я говорил выше, имеет место путаница, грозящая разрушить само понятие прав индивида. Стоит отметить, что общество отвергает первую модель в той области, где ставки для индивида особенно высоки, то есть, в уголовном законода-

утилитаризма, но он не противоречит моей точке зрения, поскольку призывает относиться к посягательствам на достоинство и равенство как к особым нравственным преступлениям, а это выходит за рамки обычных утилитаристских обоснований.

тельстве. Мы говорим, что лучше оставить на свободе множество виновных, чем наказать одного невинного, и в основе такой позиции лежит выбор второй модели действий правительства.

Во второй модели ущемление прав считается намного более серьезной ошибкой, нежели их раздувание, и отсюда вытекают соответствующие рекомендации. Эта модель предусматривает, что, если некоторое право признается в простых и ясных случаях, то правительство может ограничивать это право только тогда, когда имеется некоторая вынуждающая к этому причина, не противоречащая предположениям, на которых должно основываться это право в исходных случаях. Не может служить основанием для ограничения однажды дарованного права тот факт, что, расширяя область применения этого права, общество заплатит дополнительную цену. Должно быть что-то особенное в этой дополнительной цене, или должны быть какие-то другие обстоятельства, позволяющие обоснованно утверждать, что, хотя ради защиты исходного права можно согласиться заплатить значительную цену, нет необходимости платить данную конкретную цену. Иначе тот факт, что правительство не распространяет это право на данный случай, станет доказательством того, что признание этого права в исходных случаях было ложным, оно было одним из тех обещаний, которые даются с намерением выполнять их лишь до тех пор, пока это удобно.

Каким образом можно доказать, что данную конкретную цену не стоит платить, не отменяя при этом первоначального признания соответствующего права? Я могу представить только три вида оснований, которые можно, не противореча себе использовать для ограничения некоторого права. Во-первых, государство может доказать, что ценности, которые защищает исходное право, на самом деле не затронуты в рассматриваемом пограничном случае или же затронуты лишь в смягченном виде. Во-вторых, оно может доказать, что, если определить данное право таким образом, чтобы оно охватывало и рассматриваемый пограничный случай, то окажется ущемленным какое-то конкурирующее право в сильном смысле, описанном выше. В-третьих, государство может доказать, что при таком определении рассматриваемого права цена для общества не просто возросла бы, но достигла бы размеров, настолько превосходящих цену, уплаченную за исходное право, что это оправдывает в данном случае возможное посягательство на достоинство или равенство.

Довольно легко применить эти основания к одной из тех совокупностей проблем, с которыми столкнулся Верховный Суд и которые связаны с конституционными вопросами. Закон предусматривал освобождение от призыва для тех, кто отказывается

от военной службы по соображениям совести, но призывные комиссии истолковывали это положение как относящееся только к тем, кто возражает против *всех* войн по *религиозным* соображениям. Если предположить, что освобождение от призыва оправдано на том основании, что у индивида имеется моральное право не убивать, когда это противоречит его принципам, то возникает вопрос: правильно ли в этом случае исключить тех, чьи моральные соображения не основаны на религии или чья мораль достаточно сложна, чтобы позволять проводить различие между войнами? Суд постановил, что согласно конституционному праву призывные комиссии поступали неправильно, отказываясь освобождать от призыва первых, но что их отказ освободить от призыва вторых был правомочным.

Ни одно из трех перечисленных мною оснований не может оправдать отказ ни в том, ни в другом случае, если речь идет о политической морали. Когда людей, считающих убийство безнравственным, заставляют убивать, посягательство на их личность ничуть не меньше, если их убеждения основаны не на религиозных соображениях или если в этих убеждениях учитывается, что войны бывают разными в нравственном отношении, и тут ничего не меняют ни конкурирующие права, ни чрезвычайность ситуации в стране. Разумеется, есть и разница между рассматриваемыми случаями, но она недостаточно велика, чтобы оправдать разное к ним отношение. Государство, которое из принципиальных соображений отделено от церкви, не может отдавать предпочтение религиозной морали перед нерелигиозной. Существуют утилитаристские доводы в пользу того, чтобы освобождать от военной службы только по религиозным соображениям или при неприятии человеком всех войн; возможно, такое освобождение требует меньших административных затрат, да и легче проверить искренность претендующего на освобождение от призыва. Но эти утилитаристские соображения к делу не относятся, поскольку они не могут служить основанием для ограничения прав.

А как же закон о борьбе с беспорядками, примененный в чикагском судебном процессе? Является ли этот закон ошибочным ограничением права на свободу слова, которую, как предполагается, должна защищать Первая поправка? Если в этом вопросе следовать первой модели, то аргументация в пользу закона о борьбе с беспорядками выглядит довольно сильной. Но если мы оставим в стороне разговоры об уравнивании как неуместные и обратимся к надлежащим основаниям для ограничения прав, то аргументация в пользу данного закона становится значительно слабее. Как должно предполагать исходное право на свободу слова, когда человеку не дают высказывать свои подлинные убеждения, особенно по

вопросам, от которых зависит, как им будут управлять, это является оскорблением личности. Безусловно, это оскорбление еще более серьезно, а не наоборот, если человеку не дают высказываться по поводу тех принципов политической морали, которые он отстаивает наиболее страстно перед лицом, как он считает, их грубого нарушения.

Могут сказать, что закон о борьбе с беспорядками разрешает выражать свои принципиальные убеждения не в провоцирующей форме. Но при таком подходе упускается из виду взаимосвязь между формой выражения и человеческим достоинством. Человек не может высказываться свободно, если ему не позволяют соразмерять свои речи со степенью своего негодования или если ему приходится лавировать, соблюдая ценности, которые он и в грош не ставит по сравнению с теми, которые он стремится отстаивать. Правда, некоторые приверженцы неортодоксальных политических взглядов своими высказываниями шокируют большинство населения, но было бы высокомерно со стороны большинства полагать, будто выражать свои мысли всегда следует только ортодоксальным способом, ибо это означает отрицание равной заботы и уважения. Если смысл права на свободу слова состоит в защите достоинства несогласных, то при вынесении решений об уместности тех или иных речей необходимо учитывать личностные особенности несогласных, а не «молчаливого» большинства, для которого закон о борьбе с беспорядками вовсе не является ограничением.

Таким образом, не удастся доказать, будто личные ценности людей, защищаемые исходным правом, оказываются менее затронутыми в пограничном случае. Мы должны рассмотреть, нельзя ли в таком случае оправдать закон о борьбе с беспорядками существованием конкурирующих прав или наличием какой-либо серьезной угрозы для общества. Оба эти основания можно рассматривать вместе, потому что единственными конкурирующим правом здесь, вероятно, является право не быть подвергнутым насилию, так как насилие служит единственной реальной угрозой для общества в данной ситуации.

Я не имею права поджигать ваш дом, бросать камни в вас или в вашу машину, или бить вас по голове велосипедной цепью, даже если я считаю естественными все эти формы самовыражения. Но подсудимые в чикагском процессе не обвинялись в прямых насильственных действиях; утверждалось, что запланированные ими публичные выступления создавали вероятность того, что другие люди станут осуществлять насильственные действия либо в поддержку их высказываний, либо из враждебного к ним отношения. Может ли это служить основанием для запрета их выступлений?

Вопрос стоял бы иначе, если бы мы могли с уверенностью предсказать, в какой мере и какие именно насильственные действия будут предотвращены благодаря закону о борьбе с беспорядками. Будут ли спасены две жизни в год, или двести, или две тысячи? Будет ли сохранено имущество стоимостью в две тысячи долларов, или в двести тысяч, или в два миллиона? Никто не может этого сказать и не просто потому, что предсказание здесь практически невозможно, а потому, что у нас нет четкого понимания того, каким образом демонстрация перерастает в беспорядки и какую, в частности, роль в этом играют зажигательные речи наряду с другими факторами, такими как бедность, зверства полиции, жажда крови и все прочие человеческие и экономические пороки. Правительство может, конечно, попытаться сократить потери среди человеческих жизней и имущества, связанные с насильственными действиями, но при этом следует понимать, что всякая попытка установить и устранить причину беспорядков, если только это не будет реорганизацией всего общества, неизбежно окажется упражнением в умозрительных рассуждениях и применении метода проб и ошибок. Правительству приходится принимать решения в условиях большой неопределенности, а институт прав, принимаемый всерьез, ограничивает свободу экспериментирования в таких условиях.

Он вынуждает правительство учитывать, что, запрещая человеку высказываться или участвовать в демонстрациях, оно неизбежно наносит ему глубокое оскорбление, обеспечивая при этом лишь умозрительное благо, которое в любом случае можно было бы достичь и другими, пусть требующими больших затрат, способами. Когда юристы говорят, что права можно ограничивать ради защиты других прав или ради предотвращения бедствий, они имеют в виду те случаи, в которых причины и следствия относительно ясны, как в известном примере, когда человек вероломно крикнул «Пожар!» в переполненном театре.

Но чикагская история показывает, насколько неясными могут быть причинно-следственные связи. Являлись ли выступления Хоффмана или Рубина необходимым условием возникновения беспорядков? Или же тысячи людей в любом случае собрались бы в Чикаго с намерением учинить беспорядки, как утверждает само правительство? Являлись ли эти выступления достаточным условием? Могла бы полиция сдержать насилие, если бы выступавшие, как утверждали члены президентской комиссии, не внесли свой активный вклад в разжигание беспорядков?

Это непростые вопросы, но если права личности хоть что-нибудь значат, то правительство не может просто принять те

ответы, которые оправдывают его действия. Если человек имеет право высказываться, если основания, на которых зиждется это право, распространяются и на провоцирующие политические высказывания, и если роль таких высказываний в возникновении насильственных действий неясна, то правительство не вправе начинать решение данной проблемы с отмены этого права. Возможно, ограничение свободы слова представляет собой наименее дорогостоящий способ, или наносящий наименьший урон боевому духу полиции, или наиболее популярный в политическом плане. Но все это — утилитаристские доводы в пользу одного из возможных путей решения проблемы, а понятие прав исключает такие доводы.

Некоторую неясность здесь, возможно, вносит распространенное представление о том, что политические активисты своими выступлениями стремятся к насильственным действиям и «напрашиваются на неприятности». По общему мнению, им не следует жаловаться, если в них видят источник того насилия, на который они рассчитывали, и поступают с ними соответствующим образом. Но здесь мы снова имеем ту же путаницу, которую я пытался разъяснить выше, путаницу между понятиями «иметь право» и «поступать правильно». Побуждения выступающего могут учитываться при принятии решения о том, правильно ли он поступает, высказываясь столь страстно на темы, которые могут разжигать страсти или приводить слушателей в ярость. Но если он имеет право высказываться, поскольку опасность, связанная с подобными выступлениями, носит умозрительный характер, то его побуждения нельзя считать независимым доводом в аргументации, оправдывающей запрет на его высказывания.

А как же индивидуальные права тех, кто погибнет во время беспорядков, тех прохожих, которые будут убиты снайперской пулей, или тех торговцев, чьи магазины будут разграблены? При такой постановке вопроса, когда затрагиваются конкурирующие права, предполагается, что какой-то принцип снижает значение фактора неопределенности. Не признать ли нам, что некоторые права на защиту настолько важны, что государство вправе делать все возможное для их соблюдения? Не признать ли нам поэтому, что правительству допускается ограничивать права других людей, когда их действия всего лишь могут повысить риск несоблюдения чьего-либо права на жизнь или имущество, сколь бы незначительным или умозрительным ни было такое повышение?

На некий подобный принцип и опираются противники недавних либеральных решений Верховного Суда по поводу полицейских процедур. Эти решения повышают вероятность, что

увеличивают риск, что кто-то из членов общества будет убит, изнасилован или ограблен. Некоторые критики по этой причине считают решения Суда неправильными.

Но никакое общество, претендующее на то, что в нем признаются разнообразные права (ибо возможны разнообразные посягательства на человеческое достоинство или равенство), не может согласиться с таким принципом. Если, принуждая человека давать показания против себя самого или запрещая ему свободно высказываться, мы наносим ему ущерб, от которого его должно защитить право, исключаящее самообвинение, или право на свободу слова, значит, государство попирает эти права, когда предписывает человеку терпеть этот ущерб ради возможного минимального снижения риска ущерба для других людей. Если права имеют смысл, то они не могут настолько различаться по степени значимости, чтобы одни права можно было совсем не принимать в расчет, как только заходит речь о других.

Разумеется, правительство может иметь дифференцированный подход и может не позволять человеку осуществлять свое право на свободу слова, если имеется очевидный и значительный риск того, что его высказывания принесут серьезный ущерб личности или имуществу других людей, и если не имеется иных средств для предотвращения этого ущерба, как в случае с человеком, крикнувшим «Пожар!» в театре. Но мы должны отвергнуть предлагаемый нам принцип, согласно которому государство может просто игнорировать право на свободу слова, как только речь заходит о жизни и имуществе. Пока влияние свободы слова на соблюдение этих других прав остается умозрительным и незначительным, правительство должно искать иные подходы.

4. Зачем нужно относиться к правам всерьез?

Как я отмечал в начале этого очерка, моя цель — показать, что должно делать правительство, заявляющее о своем признании прав личности. Оно должно отказаться от той точки зрения, что граждане никогда не имеют права нарушать закон, и не должно определять права граждан таким образом, чтобы они ущемлялись на основе предположений относительно общего блага. Таким образом, жесткая позиция правительства в отношении гражданского неповиновения или кампании по подавлению выступлений протеста могут считаться свидетельством неискренности заявлений о признании прав.

Тем не менее, вполне правомерен вопрос: а разумно ли, в конце концов, настолько серьезно относиться к правам? Дух

Америки — во всяком случае, если верить ее собственным легендам, — состоит в умении не доводить до логической крайности никакое абстрактное учение. Возможно, сейчас как раз и настала пора отвлечься от абстракций и сосредоточить усилия на формировании у большинства наших граждан нового представления о том, как государству следует заботиться об их благополучии и когда правомочно его правление.

Во всяком случае, именно так, кажется, считал вице-президент Эгню. В своем программном выступлении по поводу «извращенцев» и социально неприспособленных элементов он сказал, что забота либералов о правах личности — это встречный ветер, дующий против движения государственного корабля. Метафора довольно скверная, но она прекрасно выражает философскую точку зрения своего автора. Он осознает, в отличие от многих либералов, что большинство не сможет продвигаться вперед с той скоростью, с какой хотело бы, если будет признавать права индивидов поступать так, как, по мнению большинства, поступать неправильно.

Спиро Эгню предположил, что права оказывают разъединяющее действие и что более скептическое отношение к правам может способствовать укреплению единства нации и росту уважения к закону. Но он ошибается. В Америке по-прежнему будут по-разному относиться к ее социальной и внешней политике, и если темпы роста экономики снова замедлятся, эта разобщенность только усугубится. Если мы хотим, чтобы наши законы и правовые институты обеспечивали базовые правила, в соответствии с которыми будут решаться данные вопросы, эти правила не должны представлять собой законы завоевателя, навязываемые правящими классами более слабым слоям населения, хотя именно такими, по мнению Маркса, и должны быть законы капиталистического общества. Основная масса законов — которая определяет и обслуживает социальную, экономическую и внешнюю политику — не может быть нейтральной. Она должна выражать, главным образом, представления большинства об общем благе. Институт прав играет, следовательно, важнейшую роль, поскольку он представляет собой обещание со стороны большинства уважать достоинство и равноправие меньшинств. Когда разделение общества на группы очень велико, этот жест должен быть особенно искренним, если мы хотим, чтобы закон работал.

Институт прав связан с определенным риском для меньшинств, поскольку всякий раз, когда их права окажутся важными, их область применения будет оспариваться, и поскольку официальные представители большинства будут в своих действиях руководствоваться собственными представ-

лениями о том, в чем реально состоят эти права. Конечно, эти официальные лица не согласятся со многими притязаниями меньшинств. Тем более важно, чтобы они серьезно относились к своим решениям. Они должны проявить понимание того, что такое права, и не должны уходить от признания всех следствий, вытекающих из доктрины о правах. Государство не сможет восстановить уважение к закону, не представив каких-либо оснований уважать закон. А этого оно сделать не сможет, если будет пренебрегать тем, что только и отличает закон от организованной жестокости. Если государство не относится серьезно к правам, значит, оно не относится серьезно и к закону.

Глава 8

Гражданское неповиновение

Как правительству следует поступать с теми, кто по соображениям совести уклоняется от военной службы? Многие считают, что ответ очевиден: «отказников» нужно предавать суду и, в случае обвинительного приговора, наказывать. Кто-то с легкостью приходит к такому выводу, поскольку, не вдаваясь в долгие рассуждения, приравнивает неповиновение по соображениям совести к обычному нарушению закона. По мнению таких людей, «отказники» — это анархисты, которых необходимо наказывать, пока порок не распространился. Впрочем, к такому же выводу приходят многие юристы и интеллектуалы, хотя ход их рассуждений кажется не столь примитивным. Они признают, что неповиновение закону может быть *морально* оправдано, но утверждают, что *юридических* оправданий ему быть не может, и полагают, что из этого трюизма вытекает необходимость безоговорочного соблюдения закона. Такой точки зрения придерживается, по-видимому, Эрвин Гризуолд, бывший заместитель министра юстиции Соединенных Штатов, а ранее декан Гарвардской школы права. «Закон по самой своей сути одинаково применим ко всем, — говорит он, — закон равно обязателен для всех, независимо от их личных мотивов. Поэтому, если человек по моральным соображениям решается на гражданское неповиновение, пусть потом не удивляется и не обижается, если результатом его действий явится осуждение по уголовной статье. Он должен примириться с тем фактом, что организованное общество не может существовать ни на какой другой основе».

Газета «Нью-Йорк Таймс» приветствовала это заявление. Ранее тысяча преподавателей из нескольких университетов поставили свои подписи под объявлением в «Таймс», призывающим министерство юстиции аннулировать предъявленное преподавателю Уильяму Слоуну Коффину, доктору Бенджамену Споку, Маркусу Раскину, Митчеллу Гудмену и Майклу Фарберу обвинение в преступном сговоре с целью давать молодым людям советы о всевозможных способах уклонения от призыва. Теперь же «Тайме» заявила, что те, кто требуют аннулировать обвинение, «путают моральные права с юридической ответственностью».

Но утверждение о том, что, если, по мнению правительства, человек совершил преступление, то его должно под-

вергнуть судебному преследованию, не такой уж сильный аргумент, как это может показаться. Общество «не может существовать», если станет терпеть любые формы неповиновения, однако отсюда не следует, и нет никаких данных, указывающих на то, что общество рухнет, если в некоторых случаях будет терпимо относиться к неповиновению. В Соединенных Штатах прокурору предоставлена свобода самому решать, применять ли уголовный закон в том или ином конкретном случае. Прокурор вполне может решить не доводить дело до суда, если нарушитель очень молод, или неопытен, или является единственным кормильцем в семье, или если он раскаялся, или изобличил сообщников, или если данный закон непопулярен, или неэффективен, или вообще часто нарушается, или если суды перегружены более важными делами, или по множеству других причин. Такое право прокурора не означает попустительства. Предполагается, что у прокурора должны быть веские причины, чтобы воспользоваться этим правом; но существуют, по крайней мере, *prima facie* серьезные основания не предавать суду людей, по соображениям совести нарушающих закон о призыве на военную службу. Наиболее очевидная причина состоит в том, что эти люди поступают так из лучших побуждений, в отличие от тех, кто нарушает закон из корысти или же с целью свергнуть существующее правительство. Если мотив учитывается при проведении различий между ворами, почему же тогда не учитывать его при проведении различий между уклоняющимися от военной службы? Другая причина практическая: наше общество причинит себе ущерб, наказывая группу людей, среди которых — а к «отказникам» это, безусловно, относится — многие из наиболее сознательных и законопослушных граждан. Заключая таких людей в тюрьму, мы еще больше отчуждаем их от общества; отчуждаем и многих из тех, кого угроза тюрьмы удерживает от открытых действий. Подобные последствия послужили доводом против «сухого закона», так почему же они не принимаются во внимание, когда речь идет о терпимости к нарушению закона по соображениям совести?

Те, кто считает, что во всех случаях необходимо наказывать уклоняющихся от военной службы по соображениям совести, должны доказать, что указанные нами причины недостаточно весомы для того, чтобы прокурор воспользовался своим правом отказа от судебного преследования, или же они должны найти более веские контраргументы. Какие доводы они могли бы предложить? Имеются практические причины для безоговорочного соблюдения законов о призыве, позднее я рассмотрю некоторые из них. Но декан Гризуолд и те, кто придерживается той же точки зрения, по-видимому, опираются на тот фундаментальный морально-этический довод, что оставить

«отказников» безнаказанными не только нецелесообразно, но и несправедливо. Насколько я понимаю, они считают это несправедливым, поскольку общество не могло бы функционировать, если бы каждый стал нарушать те законы, которые он не одобряет или же считает невыгодными для себя. Если правительство будет терпимо относиться к тем немногим, кто не желает «играть по правилам», оно тем самым позволит им пользоваться преимуществами законопослушности всех остальных граждан и избегать выполнения своих законных обязанностей, таких как обязанность несения воинской службы.

Это серьезный аргумент. Для ответа на него недостаточно просто сказать, что «отказники» предоставили бы и всем остальным привилегию не повиноваться тем законам, которые они считают безнравственными. На самом деле мало кто из «отказников» согласился бы жить в обществе, где убежденные сторонники расовой сегрегации были бы вольны нарушать ненавистные им законы о гражданских правах. Во всяком случае, большинство граждан против таких перемен, поскольку считают, что обществу от этого было бы только хуже. Пока им не докажут, что это неправильно, они будут ожидать от властей наказания всякого, кто присвоит себе привилегии, которых они, ради общего блага, на себя не берут.

В этом рассуждении есть, однако, одно слабое звено. В нем содержится неявное предположение, из-за которого данный аргумент практически неприменим к делам об уклонении от призыва, да и почти ни к каким серьезным случаям гражданского неповиновения в Соединенных Штатах. Предполагается, что «отказники» знают о том, что они нарушают закон, имеющий юридическую силу, и что именно привилегии поступать так они требуют для себя. Конечно, почти все участники обсуждения проблемы гражданского неповиновения признают, что в Америке закон может не иметь силы в связи с тем, что он неконституционен. Но критики расправляются с этим осложнением, опираясь на два отдельных предположения: если закон недействителен, значит, никакого преступления не совершено и общество не может наказывать. Если же закон имеет силу, значит, совершено преступление и общество должно покарать нарушителя. В этом рассуждении замалчивается тот важнейший факт, что юридическая сила закона может вызывать сомнения. Чиновники и судьи могут считать, что закон имеет силу, «отказники» могут с ними не соглашаться, и обе стороны могут иметь убедительные аргументы в пользу своей позиции. В таком случае встают иные вопросы, чем если бы закон со всей очевидностью имел юридическую силу или со всей очевидностью ее не имел, и здесь неприменим довод о справедливости, который рассчитан только для указанных альтернатив.

Вызывающий сомнения закон отнюдь не является чем-то исключительным или необычным в делах о гражданском неповиновении. Как раз напротив. По крайней мере, в Соединенных Штатах, если большое количество людей склонны по моральным соображениям не соблюдать тот или иной закон, этот закон вызывает сомнения, или вообще признается недействительным, также и по конституционным соображениям. Конституция увязывает вопрос о юридической силе того или иного закона с общепринятой политической моралью; любой законодательный акт, который ставит под угрозу эту мораль, вызывает серьезные сомнения в своей конституционности, и чем серьезнее угроза, тем серьезнее сомнения.

Взаимосвязь между моральными и юридическими вопросами была особенно наглядной в делах об уклонении от военной службы, разбиравшихся в течение последних десяти лет. В этот период «отказники» опирались на следующие морально-этические возражения: (a) Соединенные Штаты применяют во Вьетнаме безнравственное оружие и тактику. (b) Война не получила одобрения в ходе сознательного, взвешенного и открытого голосования представителей народа. (c) Интересы Соединенных Штатов во Вьетнаме не оказываются под столь серьезной угрозой, чтобы часть американских граждан была вынуждена рисковать там своей жизнью. (d) Если для ведения этой войны необходимо набрать армию, безнравственно делать это посредством призыва, от которого освобождаются или получают отсрочку студенты колледжей, поскольку при этом происходит дискриминация малообеспеченных слоев населения. (e) От призыва освобождаются лица, которые протестуют против всех войн вообще по религиозным соображениям, но не освобождаются противники данной конкретной войны по этическим соображениям; между этими двумя позициями не существует принципиальной разницы, и, таким образом, закон о призыве, в котором проводится между ними различие, предполагает, что вторая группа менее достойна уважения нации, нежели первая, (f) Закон, который объявляет преступлением совет об уклонении от призыва, служит подавлению сопротивления со стороны противников войны, поскольку с моральной точки зрения невозможно выступать с заявлениями о глубочайшей безнравственности войны и при этом не оказывать поддержку и помощь тем, кто отказывается в ней участвовать.

Юристы признают, что, если придерживаться таких моральных позиций, это составит основу для следующих конституционных доводов: (a) По Конституции, международные договоры являются частью законодательства нашей страны, а Соединенные Штаты участвуют в международных договорах и конвенциях, объявляющих незаконными те военные действия, в совершении

которых «отказники» обвиняют государство. (b) По Конституции, объявлять войну должен Конгресс; правовой вопрос о том, являлась ли наша операция во Вьетнаме «войной», а резолюция по событиям в Тонкинском заливе — «декларацией», составляет сердцевину морального вопроса о том, действительно ли правительством было принято продуманное и открытое решение, (c) Как статьи Пятой и Четырнадцатой поправок к Конституции США о надлежащей правовой процедуре, так и статья Четырнадцатой поправки о равной защите законом осуждают возложение особых обязанностей на некоторую выбранную категорию граждан в тех случаях, когда возлагаемое бремя или же принцип отбора не являются разумными; бремя не является разумным в тех случаях, когда оно явно не служит интересам общества или оказывается крайне несоразмерным тем общественным интересам, которым оно служит. Если наши военные действия во Вьетнаме были непродуманными или ошибочными, как утверждали противники войны, то бремя военной обязанности, возложенное на лиц призывного возраста, было неразумным и неконституционным. (d) В любом случае, дискриминация в пользу учащихся колледжей лишала беднейшие слои населения равной защиты законом, которая гарантируется Конституцией. (e) Если не существует принципиальной разницы между неприятием всех вообще войн по религиозным соображениям и неприятием некоторых войн по моральным соображениям, значит, отбор граждан, подлежащих призыву, проводился произвольно, неразумно и неконституционно. Статья Первой поправки об «установлении религии» запрещает какое бы то ни было давление со стороны государства в поддержку организованной религии; если из-за проводимого при призыве различия на призывников оказывалось давление в этом направлении, это также служит основанием для признания закона о призыве недействительным. (f) Первая поправка осуждает также нарушение свободы слова. Если, запрещая давать советы по поводу уклонения от военной службы, закон о призыве тем самым препятствовал высказыванию определенного ряда мнений о войне, то он ущемлял свободу слова.

Основной контраргумент в поддержку той точки зрения, что суды не должны были считать закон о призыве неконституционным, также затрагивает моральные проблемы. В соответствии с так называемой «доктриной о политических вопросах» суды не относят к собственной юрисдикции вопросы, связанные, скажем, с внешней или военной политикой, решение которых следует препоручить другим ветвям власти. Бостонский суд при рассмотрении дела Коффина-Спока на основании этой доктрины заявил, что не будет заслушивать доводы, касающиеся законности войны. Но Верховный Суд (например, в делах о переопределении нормы представительства) продемонстрировал нежелание

устраняться от вынесения решения в тех случаях, когда затрагивались серьезные проблемы политической морали, которые невозможно было успешно решить политическим путем. Если противники войны были правы и как сама война, так и призыв на военную службу представляли собой государственное преступление и вопиющую несправедливость по отношению к определенной части граждан, это значительно ослабляет довод о том, что решение данных вопросов не относится к юрисдикции суда.

Мы не можем, исходя из этих доводов, утверждать, что призыв (полностью или частично) являлся неконституционным. Когда по этим вопросам обращались в Верховный Суд, он отклонил часть исков, а в других случаях отказывался рассматривать дела на том основании, что они являются политическими. Большинство юристов согласились с таким результатом. Но доводы о неконституционности, по крайней мере, имели под собой основания, и здравомыслящий, квалифицированный юрист вполне мог бы счесть, что в целом эти доводы являются более весомыми, нежели контраргументы. В этом случае он пришел бы к выводу, что призыв противоречит конституции, и нельзя было бы доказать, что он неправ.

Таким образом, рассматривая вопрос о том, что нужно было бы делать с «отказниками», мы не можем утверждать, что они присвоили себе привилегию не подчиняться законам, имеющим юридическую силу. Мы не можем считать, что справедливость требует наказать этих нарушителей, пока не попытаемся ответить на следующие вопросы: как должен поступить гражданин, если закон неясен и если этот гражданин считает, что данный закон допускает определенные действия, в то время как другие граждане убеждены, что он этого не допускает? Разумеется, я не спрашиваю, что ему надлежит делать с *юридической* точки зрения или в чем состоят его *юридические* права, ибо так мы просто ушли бы от ответа, поскольку здесь все зависит от того, кто в данном случае прав — он или другие граждане. Я спрашиваю, что ему надлежит делать как гражданину, что, иными словами, мы считали бы в данном случае «игрой по правилам». Это ключевой вопрос, поскольку было бы вполне справедливо не наказывать человека, который поступает так, как, по нашему мнению, ему следует поступать, имея подобные убеждения¹.

зывать человека, сознательно нарушающего закон, о юридической силе которого ему хорошо известно. В пользу непривлечения таких людей к суду можно указать как практические соображения, так и соображения справедливости наподобие тех, о которых шла речь в третьем абзаце этой статьи. Но в делах об уклонении от призыва имеются и особые причины проявить терпимость; на этих-то причинах я и хочу сосредоточить свое внимание и потому рассматриваю такие дела отдельно.

На этот вопрос нет очевидного ответа, с которым согласилось бы большинство граждан, и это само по себе симптоматично. Но если мы повнимательнее присмотримся к нашим правовым институтам и обычаям, то заметим некоторые лежащие в их основе принципы и стратегические соображения, имеющие к этому вопросу прямое отношение. Сейчас я сформулирую три возможных ответа на поставленный вопрос, а затем попытаюсь показать, который из них лучше соответствует нашим правовым обычаям и ожиданиям. Вот эти три возможных варианта:

(1) Если закон вызывает сомнения и, следовательно, неясно, допускает ли он некое действие, гражданин должен всегда предполагать худшее и в своих поступках исходить из предположения, что закон этого не разрешает. Он должен подчиняться распоряжениям представителей исполнительной власти, даже если считает, что они неправы, и в то же время по возможности стараться изменить закон политическим путем.

(2) Если закон вызывает сомнения, гражданин может поступать по своему разумению, то есть он может делать то, что считает нужным, если находит более вескими доводы в пользу того, что закон это допускает, чем наоборот. Но поступать по своему разумению он может лишь до тех пор, пока какая-либо ответственная инстанция (например, суд) не примет противоположного решения по делу, касающемуся этого человека или кого-нибудь еще. Как только это авторитетное решение принято, гражданину следует подчиняться ему, даже если он считает его неверным. (Теоретически этот второй вариант имеет множество вариантов. Можно считать, что возможность выбора для гражданина ограничивается решением любого суда, в том числе и низшего в судебной системе, если не была подана апелляция. Или же можно потребовать, чтобы решение принималось каким-то конкретным судом или инстанцией. Я буду рассматривать этот второй вариант в его наиболее либеральном виде, а именно: человек может поступать по собственному разумению, если не принято противоположное решение наивысшим из судов, правомочных выносить решения по данному вопросу; в случае призыва это Верховный Суд Соединенных Штатов.)

(3) Если закон вызывает сомнения, человек может действовать по своему разумению даже после того, как высший правомочный суд вынесет противоположное решение. Разумеется, в своей оценке требований закона этот человек должен учитывать противоположное решение суда. В противном случае эта оценка не была бы честной и разумной, поскольку доктрина о прецеденте, которая входит в состав нашей системы права, позволяет суду своим решением *изменять* закон. Предположим, например,

что некий налогоплательщик считает, что не обязан платить налоги с определенных видов дохода. Если Верховный Суд вынесет противоположное решение, этот человек должен будет принять во внимание, что при существующей практике решения Верховного Суда по налоговым вопросам имеют большой вес, и прийти к заключению, что решение Суда определяет исход дела и теперь закон требует уплаты данного налога.

Кто-то может подумать, что своей оговоркой я свожу на нет разницу между третьим и вторым вариантами, но на самом деле это не так. Доктрина о прецеденте придает различный вес решениям разных судов, причем самый большой вес имеют решения Верховного Суда, но никакое судебное решение не является окончательным. Иногда даже после принятия Верховным Судом противоположного решения гражданин все еще может вполне здраво считать, что закон на его стороне. Такие случаи очень редки, но чаще всего они возникают в связи с разногласиями по поводу конституционного права, когда речь идет о гражданском неповиновении. Как показывает опыт, Суд с большей вероятностью пересматривает свои прежние решения, если они ограничивают важные личные или политические права; и именно эти решения, видимо, оспаривают те, кто решается на гражданское неповиновение.

Другими словами, не следует полагать, что Конституция всегда такова, как ее понимает Верховный Суд. Например, Оливер Уэнделл Холмс не следовал этому правилу в своем знаменитом особом мнении по делу Гитлоу. За несколько лет до этого в деле Абрамса он проиграл борьбу, пытаясь убедить суд в том, что Первая поправка защищает анархиста, подстрекавшего к всеобщим антиправительственным забастовкам. Аналогичный вопрос возник в деле Гитлоу, и Холмс снова заявил о своем особом мнении. Он сказал: «Действительно, на мой взгляд, я отступил от этого критерия [в деле Абрамса], но убеждения, которые я высказал тогда, слишком глубоки, чтобы я мог согласиться с тем, что... он [этот критерий] окончательно устанавливает закон»¹. Холмс проголосовал за оправдание Гитлоу на том основании, что совершенное Гитлоу не

¹ Имеется в виду критерий, ранее предложенный самим Холмсом, согласно которому свобода слова не распространяется на высказывания, связанные с угрозой опасности для других людей. (Для иллюстрации этого своего положения Холмс приводил пример человека, крикнувшего «Пожар!» в переполненном театре.) Суд, следуя этому критерию, вынес Абрамсу обвинительный приговор, но сам судья Холмс к этому времени изменил свое мнение, придя к выводу, что опасность для других людей может, как в случае Абрамса, оказаться слишком косвенной и гипотетической.

Прим. пер.

является преступлением, хотя незадолго до этого Верховный Суд постановил обратное.

Итак, перед нами три возможные модели поведения людей, несогласных с исполнительными властями по поводу закона, который вызывает сомнения. Какая из этих моделей лучше всего соответствует нашим правовым и социальным обычаям?

По-моему, совершенно ясно, что мы не следуем первой модели, то есть, не ожидаем, чтобы граждане всегда предполагали наихудшее. Если никакой суд не выносил решения по данному вопросу, а человек, по зрелом размышлении, считает, что закон на его стороне, то, по мнению большинства наших юристов и критиков, для него будет вполне оправданно поступать по собственному разумению. Если даже многие не одобряют его действий — скажем, он торгует порнографией, — они не считают, что он должен прекратить свое занятие только потому, что законность его действий вызывает сомнения.

Здесь стоит задержаться и рассмотреть, чего лишилось бы общество, если бы стало придерживаться первой модели поведения, или, другими словами, что выигрывает общество, когда люди в подобных ситуациях руководствуются собственным мнением. Когда закон не вполне ясен в том смысле, что у юристов вполне оправданно могут возникнуть разногласия по вопросу о том, какое решение надлежит вынести суду, причиной этого обычно бывает столкновение различных правовых принципов и стратегических соображений и отсутствие единого мнения по поводу их согласования.

Сложившийся у нас обычай поощрять участников правового спора следовать собственному разумению предоставляет нам и способ проверки соответствующих предположений. Если вопрос касается того, будет ли некоторая норма иметь определенные нежелательные последствия, или будут ли эти последствия носить ограниченный или же широкий характер, то прежде чем принимать решение, полезно установить, что на самом деле имеет место, когда люди действуют в соответствии с этой нормой. (Многие антитрестовские законы и законы, регулирующие предпринимательскую деятельность, разрабатывались в процессе такой проверки.) Если речь идет о том, будет ли — и в какой степени — некоторое решение нарушать принципы справедливости и честной игры, глубоко почитаемые в нашем обществе, опять-таки полезно проверить это экспериментальным путем, наблюдая за общественным резонансом. Например, никогда не удалось бы установить, до какой степени общество безразлично к законам против контрацепции, если бы не преднамеренное пренебрежение этими законами со стороны некоторых организаций.

Если следовать первой модели, мы лишились бы преимуществ, связанных с подобными проверками. Наше право особенно пострадало бы, если бы данной моделью руководствовались при решении конституционных вопросов. Когда юридическая сила того или иного уголовного закона вызывает сомнения, почти всегда данный закон представляется кому-то несправедливым, поскольку нарушает некоторые принципы свободы или справедливости, которые, по мнению этих людей, заложены в Конституции. Если бы в тех случаях, когда закон вызывает сомнения по указанным причинам, у нас было принято поступать так, как если бы данный закон имел юридическую силу, то мы утратили бы главное средство, с помощью которого можно оспаривать закон на моральных основаниях, и со временем право, которому мы подчиняемся, неизбежно становилось бы все менее справедливым, а у наших граждан оставалось бы все меньше свободы.

Почти так же много мы бы потеряли, если бы воспользовались тем вариантом первой модели, согласно которому гражданин обязан предполагать худшее, если только у него нет оснований ожидать, что суды согласятся с его пониманием закона. Если бы все граждане стали руководствоваться своими догадками о том, какое решение вынес бы по данному вопросу суд, это обеднило бы и само общество, и его правовую систему. Отвергая первую модель, мы исходили из предположения, что когда гражданин следует собственному мнению, сам этот факт, а также те аргументы, которые он при случае приводит в поддержку своего мнения, помогают прийти к наилучшему возможному судебному решению. Это остается верным даже в том случае, если в момент совершения действия шансы гражданина на благоприятное решение суда были невелики. Не следует также забывать, что пример данного гражданина не исчерпывает своего значения с принятием судебного решения. Сложившаяся у нас практика требует критического осмысления судебного решения как профессиональными юристами, так и преподавателями в школах права, и здесь данные о несогласных могут стать бесценным вкладом.

Разумеется, человек должен учитывать последующие действия суда, когда решает, *благоразумно* ли ему будет поступить в соответствии с собственным мнением. Возможно, его поступки повлекут за собой тюремное заключение, банкротство или публичный позор. Но для нас важно отделять соображения благоразумия от вопроса о том, что этому человеку надлежит делать как хорошему гражданину? Мы пытаемся выяснить, как следует поступить с ним обществу, если суд сочтет, что его мнение было неверным; следовательно, мы должны спросить: что он вправе делать в тех случаях, когда его мнение отличает-

ся от мнения других людей? Мы просто уйдем от вопроса, если предположим, что правильное поведение с его стороны зависит от его догадок, как с ним поступит общество.

Следует также отвергнуть и вторую модель, согласно которой в случае неясности закона гражданин может поступать по своему разумению, если только высшая судебная инстанция не решит, что он поступает неправильно. В этом варианте не учитывается тот факт, что любой суд, в том числе и Верховный Суд, может отменить свое собственное решение. В 1940 г. Верховный Суд признал конституционным закон штата Западная Виргиния, согласно которому учащиеся должны отдавать честь государственному флагу. В 1943 г. Суд отменил свое решение и постановил, что такой закон все же является неконституционным. В чем же состоял гражданский долг тех, кто в 1941 и 1942 г. по соображениям совести отказывался отдавать честь флагу и считал решение Суда 1940 г. неверным? Едва ли можно утверждать, что их долг был подчиняться первому решению. Они считали, что совесть не позволяет им отдавать честь флагу, а также полагали, и не без оснований, что никакой из законов, имеющих юридическую силу, этого от них не требует. Впоследствии Верховный Суд решил, что в этом они были правы. Суд не просто постановил, что после принятия второго решения отказ отдавать честь флагу не является преступлением; Суд решил (как почти всегда бывает в подобных случаях), что это не было преступлением и после принятия первого решения.

Кто-то скажет, что граждане, отказывавшиеся салютовать флагу, должны были выполнять первое решение Суда и в то же время вести работу в законодательных собраниях, добиваясь отмены этого закона, а также должны были через суды искать возможность еще раз оспорить закон, не нарушая его на практике. Возможно, такая рекомендация могла бы показаться уместной, если бы вопрос не касался соображений совести поскольку тогда можно было бы утверждать, что ради установленного порядка стоит запастись терпением. Но вопрос казался соображений совести, и если бы лица, не желающие салютовать флагу, временно согласились подчиниться этому закону, они понесли бы невосполнимый ущерб, так как им пришлось бы делать то, что совесть им запрещает. Одно дело — сказать, что человек должен иногда поступать вопреки велениям совести, если знает, что этого требует закон. И совсем другое дело — сказать, что он должен поступать вопреки велениям совести, даже если у него есть основания считать, что закон этого не требует, но это необходимо только потому, что он причинил бы некоторые неудобства своим согражданам, если бы попытался самым прямым, а, возможно, и единственным, способом доказать, что прав он, а они ошибаются.

Поскольку суд может отменить собственное решение, те причины, по которым мы отвергли первую модель, имеют силу и в случае второй модели. Если бы не давление со стороны несогласных, мы не имели бы такого яркого свидетельства в пользу того, насколько неправильным считается судебное решение против этих несогласных, а проявления негативного отношения, безусловно, имеют важное значение при оценке правильности этого судебного решения. В противном случае возрастал бы риск, что нашей жизнью будут управлять нормы, нарушающие провозглашаемые нами принципы.

Эти соображения, на мой взгляд, вынуждают отказаться от второй модели, но, возможно, кто-то захочет заменить эту модель некоторым ее вариантом. Как только, будут утверждать они, Верховный Суд постановил, что некий уголовный закон имеет юридическую силу, граждане обязаны подчиняться этому решению, если только у них нет оснований полагать, что данное решение Суда не просто представляет собой плохой закон, но что Верховный Суд, вероятно, отменит это свое решение. С этой точки зрения, граждане из Западной Виргинии, не желавшие салютовать флагу в 1942 году, поступали правильно, потому что вполне могли ожидать, что Суд изменит свое решение. Но если Суд признает конституционными такие законы, как закон о призыве, было бы неправильно и дальше возражать против этих законов, поскольку очень невелика вероятность того, что Суд в ближайшее время изменит свое решение. Однако и это предположение приходится отвергнуть. Ведь, коль скоро мы говорим, что гражданин вправе следовать своему пониманию закона, даже если считает, что суд, по всей вероятности, вынесет решение не в его пользу, то у него нет никаких реальных оснований поступать иначе из-за того только, что одно такое решение уже имеется.

Таким образом, по-видимому, наиболее справедливая формулировка общественного долга гражданина нашей страны содержится в третьей модели или в модели, очень близкой к ней. Гражданин обязан подчиняться закону, а не чьему-то личному представлению о законе, и он не поступает нечестно, когда действует согласно собственному продуманному и взвешенному мнению о требованиях закона. Позвольте мне еще раз повторить (так как это очень важный момент): это совсем не то же самое, что сказать, будто человек может вообще не обращать внимания на решения суда. Доктрина о прецеденте составляет существенную часть нашей правовой системы, и потому стремление следовать закону, не может быть разумным, если не признать за судами в целом права своими решениями изменять закон. Но если вопрос касается фундаментальных личных или политических прав и если есть основания полагать, что Верховный Суд допустил

ошибку, то человек, отказывающийся признать решение Суда окончательным, не выходит за рамки своих социальных прав.

Остается рассмотреть еще один большой вопрос, прежде чем мы сможем применить эти замечания к проблеме уклонения от призыва. Я уже говорил о том случае, когда человек убежден, что закон на самом деле не таков, каким его считают другие люди или каким его провозгласил суд. Это, возможно, и относится к кому-то из уклоняющихся от призыва по соображениям совести, но далеко не ко всем из них. Большинство «отказников» не юристы и не политические философы; они убеждены, что имеющийся закон безнравственен и не соответствует правовым идеалам нашей страны, но они не задумывались над вопросом о том, не может ли этот закон к тому же не иметь юридической силы. Как же соотносить с этим обстоятельством наше утверждение о том, что человек может руководствоваться собственным пониманием закона?

Чтобы ответить на этот вопрос, мне придется вернуться к одному из своих сделанных ранее замечаний. Через статьи о надлежащей правовой процедуре и о равной защите законом, Первую Поправку и другие упоминавшиеся мной положения Конституция тесно увязывает юридическую силу закона с вопросами политической морали. Поэтому утверждение о том, что большинство уклоняющихся от призыва не осознают, что закон не имеет юридической силы, требует уточнения. Эти люди придерживаются убеждений, которые, если они верны, служат весомой поддержкой той точки зрения, что закон на стороне этих людей; тот факт, что они не сделали следующего вывода, объясняется, по крайней мере в большинстве случаев, недостатком у них глубоких юридических познаний. Если мы допускаем, что в случаях, когда закон вызывает сомнения, люди, руководствующиеся собственным пониманием требований закона, поступают надлежащим образом, то, по-видимому, было бы несправедливо не распространить эту точку зрения на тех «отказников», чьи убеждения, по сути, сводятся к тому же. Ни один из доводов, приведенных мною в пользу третьей модели, не дает оснований проводить различия между этими людьми и их более осведомленными единомышленниками.

Теперь мы можем сделать несколько предварительных выводов из наших рассуждений. Если закон вызывает сомнения в том смысле, что можно привести убедительные доводы в пользу обеих сторон в суде, то гражданин, руководствующийся собственным пониманием закона, не поступает нечестно. В подобных случаях сложившаяся у нас практика допускает и поощряет следование собственному мнению. Поэтому на наше правительство возложена особая ответственность — стараться защитить такого гражданина и смягчить то затруднительное положение, в котором

он находится, всякий раз, когда это можно сделать без большого ущерба для осуществления других стратегий. Отсюда не следует, что правительство может гарантировать такому гражданину неподсудность, ибо государство не может взять за правило не подвергать судебному преследованию всех тех, кто действует из соображений совести, или не приговаривать к наказанию всех тех, кто выражает разумное несогласие с мнением суда. Это парализовало бы способность государства осуществлять свою политику и, более того, уничтожило бы самое важное преимущество третьей модели. Если бы государство никогда в таких случаях не привлекало к судебной ответственности, то суды не могли бы использовать в своей деятельности опыт и аргументы, накопленные в связи с имевшим место несогласием. Но отсюда следует, что если в некотором конкретном случае практические основания для судебного преследования относительно слабы или ситуацию можно разрешить иным способом, то справедливость требует терпимости. Распространенная точка зрения, согласно которой закон есть закон и должен всегда проводиться в жизнь, не позволяет провести различие между обычным преступником и человеком, который в своих действиях руководствуется собственным пониманием сомнительного закона и, таким образом, поступает в соответствии с нашими обычаями. Я не знаю ни одной причины, кроме разве что нравственной слепоты, чтобы не проводить принципиального различия между этими двумя случаями.

Я предвижу одно философское возражение против этих моих выводов, состоящее в том, что я трактую право как нечто «вездесущее, пребывающее на небесах». Я говорил о том, что люди судят о требованиях закона даже тогда, когда закон неясен и недоказуем. Говорил я и о таких случаях, когда человек может полагать, что закон требует одного, хотя согласно решению Верховного Суда он требует совсем другого, и даже о таких случаях, когда невелика вероятность того, что Верховный Суд в ближайшее время пересмотрит свое решение. Поэтому меня, скорее всего, обвинят в приверженности той точке зрения, что всегда существует «правильный ответ» на юридическую проблему, который следует искать в естественном праве или в некоем «трансцендентальном сейфе».

«Сейфовая» теория права — это, конечно, чепуха. Когда я говорю, что люди имеют то или иное представление о законе, вызывающем сомнения, и что эти представления не сводятся к предсказаниям относительно решения, которое будет принято судом, я при этом отнюдь не имею в виду подобной метафизики. Я просто хочу как можно точнее подытожить многие из обычаев, принятых в нашем судопроизводстве.

Юристы и судьи высказывают утверждения по поводу юридических прав и обязанностей, даже зная, что эти утверждения

недоказуемы, и подкрепляют свои высказывания теми или иными аргументами, даже осознавая, что эти аргументы не будут убедительными для всех. Они высказывают такие аргументы в профессиональных журналах, в учебных аудиториях и в судах. Когда же подобные аргументы высказываются другими, они в ответ оценивают их как хорошие, плохие или посредственные. При этом они предполагают, что одни аргументы в пользу которого вызывающего сомнения утверждения лучше, чем другие. Предполагается также, что доводы одной из сторон в пользу вызывающего сомнения утверждения могут быть сильнее доводов другой стороны, и именно в этом, на мой взгляд, заключается требование закона в вызывающем сомнения случае. Юристы и судьи без особого труда отличают эти аргументы от предсказаний о том, как вопрос будет решен в суде.

Эти обычаи плохо отражены в той теории, что правовые суждения по вызывающим сомнение вопросам бессмысленны или же представляют собой всего лишь предсказания о решении суда. Те, кто придерживается подобных теорий, не могут отрицать существования указанных обычаев; возможно, эти теоретики подразумевают, что эти обычаи неразумны, поскольку основываются на неверных предположениях, или неразумны по какой-либо другой причине. Но в таком случае их возражение становится загадочным, потому что они так и не уточняют, какие же цели, по их мнению, лежат в основе этих обычаев; а если не указаны цели, то невозможно решить, разумны эти обычаи или нет. Я понимаю эти основополагающие цели так, как я охарактеризовал их ранее: разработка и проверка законов в ходе «экспериментирования» граждан и состязательных судебных процессов.

В нашей системе права эти цели достигаются благодаря предоставлению гражданам возможности судить о сильных и слабых сторонах правовой аргументации самостоятельно или с помощью своих адвокатов и действовать в соответствии с этими суждениями, хотя и оговаривается, что граждане могут в определенной мере пострадать, если суд с ними не согласится. Успешное осуществление этой стратегии зависит от наличия в обществе достаточно единообразного представления о том, какую аргументацию считать хорошей, а какую — плохой, так что хотя у разных людей будут складываться разные мнения на этот счет, расхождения между ними будут не настолько глубоки и будут возникать не так часто, чтобы система стала неработоспособной или опасной для тех, кто в своих действиях руководствуется собственным пониманием закона. На мой взгляд, существует достаточно единообразный взгляд на критерии оценки аргументации, чтобы избежать этих ловушек, хотя одна из основных задач философии права как раз и состоит в том,

чтобы выявлять и разъяснять эти критерии. Во всяком случае, до сих пор не была доказана ошибочность тех обычаев, о которых я говорил; следовательно, они должны учитываться при определении того, будет ли справедливо проявлять снисхождение к людям, которые нарушают законы, признаваемые другими.

Я говорил, что на правительство возложена особая ответственность по отношению к тем гражданам, кто в своих действиях исходит из вполне здорового убеждения в том, что некоторый закон не имеет юридической силы. Правительству следует максимально использовать компромиссы, когда это совместимо с другими политическими стратегиями. Возможно, правительству будет трудно решить, как следует поступить в том или ином конкретном случае с учетом этой ответственности. Решение должно зависеть от того, какие соображения перевесят, и простые правила тут не помогут. Но все же можно сформулировать ряд принципов.

Я начну с решения прокурора о том, предъявлять ли обвинение. Прокурор должен взвесить, с одной стороны, свою обязанность проявлять снисхождение и тот риск, что обвинительный приговор вызовет раскол в обществе, а с другой стороны — возможный ущерб для правовой политики от его решения оставить «отказников» в покое. В своих рассуждениях он должен учитывать не только масштабы ущерба для других людей, но и то, как этот ущерб оценивается с точки зрения права; а потому он должен проводить следующее различие. Каждую правовую норму подкрепляет и, видимо, оправдывает определенный комплекс стратегий, осуществлению которых она должна способствовать, и принципов, которые должны в ней соблюдаться. Некоторые правовые нормы (например, законы, запрещающие убийство и воровство) опираются на предположение о том, что оберегаемые законом люди имеют моральное право не подвергаться тому виду ущерба, о котором идет речь в данном законе. Другие правовые нормы (например, наиболее технические положения антитрестовского законодательства) не опираются на предположения о лежащих в их основе правах; они главным образом основываются на предполагаемой полезности экономических и социальных стратегий, осуществлению которых они способствуют. Эти соображения пользы можно вдобавок подкрепить моральными принципами (например положением о том, что жестоко сбивать цену для уничтожения слабого конкурента), но это еще не означает признания морального права не подвергаться соответствующему ущербу.

Различие здесь состоит в следующем: если некоторая правовая норма выражает решение правительства о том, что граж-

дане имеют моральное право не подвергаться тому или иному ущербу, это составляет убедительный довод против терпимого отношения к правонарушениям, связанным с причинением такого ущерба. Например, законы, защищающие людей от нанесения им телесных повреждений или от уничтожения их имущества, отражают решения именно такого рода, и это очень сильный аргумент против терпимого отношения к гражданскому неповиновению, связанному с насилием.

Разумеется, можно спорить о том, опирается ли тот или иной закон на предположение о моральных правах. Вопрос состоит в следующем: оправданно ли предположить, учитывая историю создания и проведения в жизнь данного закона, что его авторы признавали такое моральное право? В некоторых случаях (сюда относятся не только нормы, запрещающие насилие) это совершенно очевидно; примером могут служить законы о гражданских правах. Многие искренние и ревностные сегрегационисты считают, что законы и судебные решения о гражданских правах неконституционны, поскольку нарушают принципы местного самоуправления и свободу объединений. В пользу такой точки зрения можно приводить различные, хотя и не очень убедительные, доводы. Но эти законы и судебные решения, очевидно, воплощают ту точку зрения, что негры как индивиды имеют право не подвергаться сегрегации. Эти законы не опираются на предположение о том, что запрет на расовую сегрегацию способствует более успешному проведению в жизнь других политических стратегий. Если мы не принимаем никаких мер против человека, загородившего перед чернокожей девочкой дверь в школу, значит, мы нарушаем подкрепленные законом моральные права этой чернокожей девочки. Так далеко снисходительность не должна заходить.

Но положение девочки-школьницы отличается от положения призывника, которого могут раньше призвать на военную службу или отправить в более опасное место, если нарушители закона о призыве не будут наказаны. Нельзя сказать, что законы о призыве, взятые в целом и с учетом их проведения в жизнь, отражают решение, согласно которому человек имеет моральное право быть призванным на военную службу только после того, как будут призваны какие-то другие люди или группы людей. Категории призывников и очередность призыва в каждой категории устанавливались, исходя из соображений общественного и административного удобства. В них также учитываются соображения справедливости, например, мать, потерявшую на войне одного или двух сыновей, нельзя заставлять рисковать еще одним сыном. Но здесь не предполагаются никакие твердо установленные права. Призывным комиссиям даны довольно широкие полномочия при определении катего-

рий призывников, а армия, безусловно, имеет почти неограниченные полномочия при распределении призывников в опасные места службы. Если прокурор проявляет терпимость по отношению к уклоняющимся от призыва, он всего лишь немного изменяет лежащее в основе закона соотношение справедливости и пользы. Это может поставить других людей из числа призывников в более невыгодное положение, но это совсем не то же самое, что нарушение их моральных прав.

Данное различие между законами о сегрегации и призыве определяется не тем, в какой форме им случилось быть записанными. Было бы нарушением векового обычая предполагать, что граждане обладают моральными правами в отношении порядка их призыва на военную службу; например, при таком предположении система отбора посредством жеребьевки была бы совершенно недопустима. Если бы наша история была иной, и если бы общество признало такое моральное право, было бы справедливо предположить, что, по крайней мере, некоторые «отказники» повели бы себя по-другому, стараясь соблюсти эти права. Поэтому неправильно анализировать судебные дела об уклонении от призыва наравне с делами о насилии или о гражданских правах, как это делают многие критики, когда рассматривают вопрос о том, оправдана ли в данном случае терпимость. Я не хочу сказать, что судебные дела о призыве вообще никак не затрагивают справедливость в отношении других людей; ее тоже нужно учитывать, соотнося со справедливостью в отношении «отказников» и общественным благом в конечном счете. Но здесь этот фактор не играет той главенствующей роли, как в случаях, когда дело касается чьих-то прав.

Как же устанавливается равновесие между справедливостью и пользой в деле тех, кто советовал уклоняться от призыва? Если бы эти люди подстрекали к насильственным действиям или каким-то иным способом нарушали права других людей, были бы веские основания отдать их под суд. Но за отсутствием таких действий равновесие между справедливостью и пользой, на мой взгляд, устанавливается иначе, и поэтому я считаю неправильным решение о судебном преследовании Коффина, Спока, Раскина, Гудмена и Фарбера. Можно было бы возразить, что, если освободить от судебной ответственности тех, кто советует уклоняться от призыва, число «отказников» возрастет; но, я думаю, оно ненамного превысит число тех, кто в любом случае стал бы уклоняться от призыва.

Если это неверно и уклоняться от призыва стали значительно больше граждан, значит, тем, кто определяет политику государства, важно знать об имеющемся в обществе недовольстве, а не загонять его вглубь посредством запрета на

свободу слова. Это очень тесно связано с соображениями совести; трудно представить, чтобы большинство из тех, кто советовал уклоняться от призыва, делали это на каких-либо иных основаниях. Сильны доводы в пользу того, что законы, объявляющие подобные советы преступлением, неконституционны. Даже те, кто не считает эти доводы убедительными, не будут отрицать их вескость. Ущерб, причиненный потенциальным призывникам, как тем, которых могли убедить уклониться от призыва, так и тем, кого могли призвать раньше из-за того, что другие уклонились, был очень косвенным и умозрительным.

Более сложные дела касаются людей, которые во время призыва отказывались идти на военную службу. Здесь решающее значение имеет следующий вопрос: если не преследовать таких людей в судебном порядке, не приведет ли это к массовым отказам от военной службы? Вполне возможно, что не приведет; существуют социальные факторы (в их числе угроза карьерных осложнений), которые вынудили бы многих молодых американцев в случае призыва идти на военную службу, даже если бы они знали, что не попадут в тюрьму в случае отказа. Если бы число уклоняющихся от призыва не очень сильно возросло, государству следовало бы оставить «отказников» в покое, и я не вижу большого вреда в том, чтобы отложить судебное разбирательство этих дел до тех пор, пока не выяснятся результаты такой политики. Если число уклоняющихся от призыва оказалось бы большим, это говорило бы в пользу судебного преследования. Но в результате наш вопрос стал бы праздным, поскольку, если бы масштабы несогласия потребовали от нас таких мер, стало бы очень сложно вообще вести войну, разве только в условиях почти тоталитарного режима.

Может показаться, что в этих выводах заключен некий парадокс. Ранее я утверждал, что, когда закон неясен, граждане имеют право руководствоваться собственным мнением отчасти на том основании, что подобная практика позволяет сформулировать вопросы для рассмотрения в суде; теперь же я предлагаю курс, при котором судебное разбирательство отменяется или откладывается. Но это кажущееся противоречие. Если сложившаяся у нас практика облегчает судебное разбирательство и усиливает его роль в разработке законов, отсюда вовсе не следует, что судебный процесс должен иметь место всякий раз, когда граждане действуют, руководствуясь собственным пониманием закона. В каждом отдельном случае возникает вопрос о том, требует ли данная проблема судебного разбирательства и будет ли она решена в суде таким образом, что уменьшится вероятность дальнейшего уклонения от соблюдения закона или будут устранены причины такого уклонения.

В случае судебных дел о призыве ответ на оба эти вопроса был отрицательным: отношение общества к войне было неоднозначным, а кроме того, были неясны масштабы моральных проблем, затронутых призывом. Это было далеко не лучшее время для принятия судебных решений по данным вопросам, и, временно проявив терпимость, можно было позволить дебатам продолжаться, пока они не дадут более ясных результатов. Более того, было очевидно, что судебное разбирательство по конституционным вопросам не установит закона.

Те, кто сомневался в конституционности призыва, остались при своих сомнениях и после того, как Верховный Суд объявил его конституционным. Это один из тех случаев, касающихся фундаментальных прав, когда сложившаяся у нас практика прецедента поощряет подобные сомнения.

Но, даже если прокурор не предъявляет обвинения, это лишь на время снимает основную проблему. Пока считается, что по закону акты несогласия являются преступлениями, человек, поступающий по велению совести, находится в опасности. Что может сделать Конгресс (который также обязан проявлять снисходительность) для того, чтобы уменьшить эту опасность?

Конгресс может подвергнуть пересмотру данные законы с тем, чтобы выяснить, в какой мере возможен компромисс в отношении уклоняющихся от соблюдения этих законов. Всякая принятая законодателями программа представляет собой смесь стратегических соображений и ограничительных принципов. Например, мы соглашаемся мириться со снижением уровня раскрываемости преступлений и сокращением городского строительства ради того, чтобы соблюдались права обвиняемых и компенсировался ущерб, причиняемый владельцам недвижимости. Конгресс вполне может выполнять свои обязанности по отношению к «отказникам», согласовывая с ними свои политические стратегии или находя компромиссы. В связи с этим возникают следующие вопросы. Какие можно найти средства, чтобы обеспечить наибольшую возможную терпимость к отказывающимся выполнять закон по соображениям совести и в то же время минимизировать влияние таких «отказов» на политику? Насколько велика в данном случае обязанность правительства быть терпимым, насколько глубоко здесь затронуты соображения совести и насколько сильны доводы в пользу того, что рассматриваемый закон все-таки не имеет юридической силы? Насколько важна затрагиваемая политическая стратегия, будет ли нарушение этой стратегии для нас слишком дорогой ценой? Безусловно, эти вопросы излишне просты, но они позволяют понять суть выбора, который необходимо сделать.

По тем же самым причинам, по которым не следует предавать суду тех, кто дает советы об уклонении от призыва, необходимо, на мой взгляд, отменить и закон, объявляющий такие советы преступлением. Сильны доводы в пользу того, что этот закон ущемляет свободу слова. Он, безусловно, принуждает поступаться совестью и при этом, по всей вероятности, не дает желаемого результата. Если советы об уклонении от призыва убедили бы сделать это лишь немногих из тех, кто в противном случае не стал бы уклоняться, то ценность данного запрета невелика; если же такие советы убедили бы многих, то это важный политический факт и о нем должно быть известно.

Вопросы, встающие в связи с самим отказом от военной службы, опять-таки сложнее. Те, кто считал войну во Вьетнаме нелепой ошибкой, приветствовали бы любое изменение закона, увеличивающее вероятность заключения мира. Но если встать на позицию тех, кто считает эту войну необходимой, то приходится признать, что политика призыва, предусматривающая полное освобождение «отказников» от военной службы, не была бы мудрой. Тем не менее, следовало бы рассмотреть две не столь радикальные альтернативы: добровольную армию и расширение категории освобождаемых от призыва по соображениям совести, с включением в нее тех, кто считает эту войну безнравственной. Можно многое возразить против обоих этих предложений, но как только мы признаем требование уважать мнение несогласных, принципы могут склонить чашу весов в их пользу.

Итак, имелись веские доводы в пользу того, чтобы не предавать суду тех, кто уклоняется от призыва по соображениям совести, и чтобы изменить закон в их пользу. Однако было бы нереалистично ожидать, что такая стратегия могла бы возобладать, если учесть оказываемое ей политическое сопротивление.

Таким образом, следует рассмотреть, что суды могли бы и должны были бы сделать. Суд мог бы, конечно, поддержать доводы в пользу неконституционности законов о призыве, поддержать либо в целом, либо применительно к ответчикам по разбираемым им делам. Или же суд мог бы оправдать ответчиков за недоказанностью фактов, необходимых для вынесения обвинительного приговора. Я не стану здесь обсуждать конституционные вопросы или обстоятельства конкретных судебных дел. Вместо этого мне хотелось бы высказать следующее предположение: суд, по крайней мере в некоторых ситуациях, не должен выносить обвинительный приговор даже в том случае, если он поддерживает соответствующие законодательные акты и не оспаривает факты, выдвинутые обвинением. Когда возникло несколько дел об уклонении от призыва, Верховный Суд не воспользовался основными аргументами для вынесения

решения о неконституционности данного закона, но и не утверждал, что эти аргументы затрагивают политические вопросы, находящиеся вне юрисдикции суда. Имеются веские причины для того, чтобы Суд при таких обстоятельствах вынес оправдательный приговор, даже если впоследствии он поддержит закон о призыве. Суд должен вынести оправдательный приговор по той причине, что до решения Суда юридическая сила закона вызывала сомнения, а наказывать людей за неподчинение закону, вызывающему сомнения, несправедливо.

Нашлись бы и прецеденты в пользу подобного решения. Верховный Суд несколько раз отменял обвинительные приговоры по уголовным делам на основании статьи о надлежащей процедуре, потому что соответствующий закон был слишком неопределенным. (Например, были случаи, когда Суд отменял обвинительные приговоры, вынесенные на основании законов, по которым является преступлением взимание с покупателей «неразумных цен» или принадлежность к «банде».) Осуждение по неясному уголовному закону представляет собой двойное нарушение моральных и политических идеалов, связанных с надлежащей правовой процедурой. Во-первых, гражданин оказывается в заведомо несправедливом положении: либо он должен действовать на свой страх и риск, либо ему приходится соблюдать в жизни более строгие ограничения, чем, возможно, санкционировали законодатели. Как я утверждал выше, для нас неприемлема такая модель социального поведения, когда в подобных случаях человек должен предполагать худшее. Во-вторых, прокурору и суду предоставляются полномочия создавать уголовное право, выбирая *post factum* то или иное из возможных толкований закона. Это означало бы передачу им полномочий законодательной власти, что несовместимо с принятой у нас схемой разделения властей.

Осуждение по уголовному закону, который сформулирован достаточно ясно, но вызывает сомнения в своей конституционности, представляет собой нарушение статьи о надлежащей процедуре в первом из вышеизложенных смыслов. В этом случае гражданин вынужден предполагать худшее или действовать на свой страх и риск. Есть здесь что-то и от нарушения этой статьи во втором смысле. Большинство граждан предпочли бы подчиниться закону, который вызывает сомнения, если, нарушив его, они рискуют оказаться в тюрьме. Тогда Конгресс, а не суды, имел бы решающий голос в вопросе о конституционности уголовных законов, а это также нарушает принцип разделения властей.

Если акты отказа от выполнения закона продолжают и после того, как Верховный Суд постановил, что данный закон имеет юридическую силу или что в этом случае применима доктрина о политических вопросах, то оправдательный приго-

вор на описанных основаниях уже не будет уместным. Постановление Суда не даст окончательного решения в отношении данного закона по причинам, приведенным выше, но Судом будет сделано все возможное для такого решения. Тем не менее, суды могут по-прежнему решать по своему усмотрению вопрос о вынесении приговора и назначать минимальное или условное наказание в знак уважения к гражданской позиции человека, уклоняющегося от призыва.

Кто-то из юристов будет шокирован моим общим выводом, согласно которому у нас есть ответственность перед теми, кто уклоняется от призыва по соображениям совести, и, возможно, от нас требуется не предавать их суду, а, скорее, изменить наши законы или откорректировать процедуры вынесения приговора с тем, чтобы найти в отношении «отказников» компромисс. Простые драконовские принципы, гласящие, что преступление всегда должно быть наказано и что тот, кто неправильно понимает закон, должен отвечать за все вытекающие последствия, удивительно прочно держатся в сознании как широкой общественности, так и профессиональных юристов. Но правовое государство устроено более сложно и более разумно, и сохранить его важнее всего.

Дискриминация наоборот

1.

В 1945 г. чернокожий по имени Суэтт попытался поступить в Школу права Техасского университета, но не был принят, поскольку по закону штата обучаться там могли только белые. Верховный Суд постановил, что данный закон нарушает права Суэтта, обеспечиваемые Четырнадцатой поправкой к Конституции Соединенных Штатов, согласно которой государство не должно лишать человека равной защиты законом¹. В 1971 г. еврей по имени ДеФьюнис попытался поступить в Школу права Вашингтонского университета; он получил отказ, хотя по результатам тестирования и по оценкам, полученным в колледже, он был бы принят, если бы был чернокожим, филиппинцем, чикано² или американским индейцем. ДеФьюнис обратился в Верховный Суд с заявлением о том, что принятая в Вашингтоне практика установления более низкого уровня требований к представителям меньшинств нарушает его права, обеспечиваемые Четырнадцатой поправкой³.

Процедура приема в Вашингтонскую школу права была довольно сложна. Заявления о приеме делились на две группы. Большинство — те, кто не входит в установленный список меньшинств — сначала подвергалось отбору, в ходе которого исключались абитуриенты, чей прогнозируемый средний балл (определяемый на основании оценок, полученных в колледже, и результатов тестирования) оказывался ниже определенного уровня. Оставшиеся после этого предварительного отсеивания абитуриенты из числа большинства затем распределялись по категориям, которые уже рассматривались более внимательно и подробно. А абитуриенты из числа меньшинств не проходили предварительный этап отсеивания; каждый из них внимательнейшим образом рассматривался специальной комиссией, состоящей из чернокожего преподавателя права и белого преподавателя, ранее принимавшего участие в каких-либо учебных программах помощи чернокожим студентам-юристам. Большинство абитуриентов из числа меньшинств, принятых в том году, когда не смог поступить ДеФьюнис, по своему про-

¹ Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629, 70 S. Ct. 848.

² Американец мексиканского происхождения. — *Прим. пер.*

³ DeFunis v. Odegaard, 94 S.Ct. 1704 (1974).

гнозируемому среднему баллу оказывались значительно ниже уровня отсева, и Школа права признала, что абитуриент из какого-либо меньшинства с таким же средним баллом, как у ДеФьюниса, несомненно, был бы принят.

Дело ДеФьюниса внесло раскол в ряды политических активистов, традиционно поддерживающих либеральный курс. Например, Антидиффамационная лига при организации Б'най Брит и АФТ-КПП¹ обратились в суд с предложениями выступить в качестве *amici curiae*² в поддержку требования ДеФьюниса, в то время как Американский Совет еврейских женщин, Профсоюз рабочих автомобильной промышленности и Профсоюз шахтеров предложили свои соображения против него.

Этот раскол между давними союзниками выявил как практическое, так и философское значение данного дела. В прошлом либералы выдвигали в качестве единой позиции три положения: деление людей по расам есть зло само по себе; каждый человек имеет право получить образование, соответствующее его способностям; государству надлежит принять конструктивные меры для исправления серьезного неравенства, существующего в американском обществе. Однако в последнее десятилетие все большее распространение получает мнение, что эти три либеральных положения на деле несовместимы, поскольку среди государственных программ наиболее эффективными являются те, которые предоставляют расовым меньшинствам преимущество в конкурентной борьбе.

Конечно, есть и другие мнения. Некоторые деятели в сфере образования утверждают, что льготные квоты при приеме в учебные заведения неэффективны и даже ухудшают положение, поскольку предоставление преимуществ усиливает ощущение собственной неполноценности, которое и без того присуще многим чернокожим. Другие выдвигают возражение более общего характера. Они утверждают, что всякая расовая дискриминация, даже имеющая целью благо меньшинств, на деле вредит этим меньшинствам, поскольку допущение различий по расовому признаку всегда плодит предрассудки, какие бы цели ни преследовались. Но все это сложные и спорные эмпирические оценки, и в настоящее время, как признают мудрые критики, еще рано судить о том, приносят ли льготы меньшинствам больше вреда или пользы. И в задачи судей, особенно при рассмотрении су-

¹ Американская Федерация Труда — Конгресс Производственных Профсоюзов, AFL-CIO. — *Прим. пер.*

² Дословно: друг суда (*лат.*), имеется в виду не участвующее в деле лицо, которое представляет суду с его согласия свои соображения и т. п. — *Прим. пер.*

дебных дел, связанных с конституционными вопросами, не входит отмена решений других должностных лиц, поскольку среди судей нет единого мнения по поводу эффективности той или иной социальной политики. Таким образом, эмпирическая критика подкрепляется тем морально-этическим аргументом, что даже если «дискриминация наоборот» действительно приносит пользу меньшинствам и в конечном итоге способствует преодолению предрассудков, все же она несправедлива, поскольку расовые различия несправедливы по самой своей сути. Они несправедливы, потому что нарушают права отдельных представителей групп, не имеющих льгот, которые могут из-за этого лишиться места в учебном заведении, как случилось с ДеФьюнисом.

Этот морально-этический аргумент ДеФьюнис и представил в суд в виде конституционного иска. Верховный Суд в конце концов так и не вынес решения о том, хорош или плох этот довод. ДеФьюнис был принят в Школу права после того, как один из низших судов решил дело в его пользу, и Школа права заявила, что ему будет позволено доучиться независимо от окончательного решения дела. В связи с этим Верховный Суд постановил, что дело представляет лишь чисто академический интерес, и на этом основании отклонил иск. Но судья Дуглас не согласился с таким неопределенным решением вопроса; он записал особое мнение, в котором утверждал, что Суд должен был поддержать требование ДеФьюниса по существу дела. Многие университеты и колледжи восприняли мнение судьи Дугласа как «зловещее предзнаменование» и изменили свою практику приема в предвидении последующего решения Верховного Суда, в котором это особое мнение одержит верх. На самом деле в своем особом мнении судья Дуглас отмечал, что школы права могли бы достичь того же самого результата посредством более усовершенствованной политики, чем та, что использовалась в Вашингтоне. Школа права могла бы, например, поставить условием, чтобы абитуриенты всех рас и слоев экзаменовались вместе, но чтобы результаты тестирования для абитуриентов из некоторого меньшинства оценивались по другой шкале или имели меньше веса при вычислении общего прогнозируемого среднего балла, поскольку как показывает опыт, по самым разным причинам стандартные экзамены служат не столь хорошим показателем реальных способностей таких абитуриентов. Но если данный способ применяется сознательно с целью достижения того же результата, то это просто хитрая уловка, и остается спросить, в чем же тогда несправедливость или неконституционность «откровенной» программы, применяемой в Вашингтонском университете.

Совершенно очевидно, что ДеФьюнис не имел конституционного права на то, чтобы государство предоставило ему юридическое образование определенного качества. Его права не были бы нарушены, если бы в его штате вообще не было школы права, или если бы в этой школе было так мало мест, что его интеллектуальный уровень не позволил бы ему туда поступить. Не имел он права также требовать, чтобы прием проводился исключительно по интеллектуальным критериям. Действительно, школы права при приеме придают большое значение тестированию интеллектуальных способностей. Но это представляется уместным не потому, что абитуриенты имеют право быть оцениваемыми именно таким образом, а потому что есть основания считать, что общество в целом выиграет, если у юристов будет высокий уровень интеллекта. Стало быть, критерии, основанные на уровне интеллекта, оправданы не потому, что они вознаграждают умных, а потому, что, видимо, служат полезной социальной политике.

Кроме того, иногда школы права лучше служат этой политике, дополняя проверку интеллектуального уровня различными другими критериями: иногда, например, трудолюбивым абитуриентам отдается предпочтение перед более способными, но и более ленивыми. Эти критерии также служат какой-то специальной политике, для которой не важен уровень интеллекта. Например, Вашингтонская школа права ведет льготный прием не только для представителей меньшинств, но и для ветеранов, учившихся в данной школе до поступления на военную службу, и ни ДеФьюнис, ни те, кто его поддерживает, не выдвигают претензий в связи с этой льготой.

ДеФьюнис не имеет абсолютного права на место в юридической школе и не имеет права на то, чтобы при приеме использовался исключительно критерий интеллекта. И тем не менее, он утверждает, что имеет право на то, чтобы расовые различия *не* использовались в качестве критерия, независимо от того, насколько эффективно расово дифференцированный подход способствует достижению общего блага или сглаживанию социального и экономического неравенства. ДеФьюнис, однако, не утверждает, что обладает этим правом как отдельным независимым политическим правом, оговоренным в Конституции, — таким как право на свободу слова и вероисповедания. Конституция не осуждает прямо расово дифференцированную политику, подобно тому, как она осуждает цензуру или установление государственной религии. ДеФьюнис утверждает, что его право на неиспользование расовых различий в качестве критерия при приеме вытекает из более абстрактного права на равенство, которое защищает Четырнадцатая

поправка, предусматривающая, что государство не должно лишать человека равной защиты законом.

Но юридические доводы, выдвинутые обеими сторонами, показывают, что ни текст Конституции, ни предыдущие постановления Верховного Суда не позволяют окончательно решить правовой вопрос о том, действительно ли статья о равной защите законом объявляет неконституционной всякую расово дифференцированную политику. Статья определяет понятие равенства в качестве критерия оценки законодательных актов, но она не оговаривает какого-то конкретного истолкования этого понятия¹. Авторы данной статьи ставили себе задачу бороться с определенными последствиями рабства и расовых предрассудков, но маловероятно, чтобы они намеревались поставить вне закона любые расовые различия, или что они ожидали подобного запрещения как следствия составленной ими статьи. Они объявили незаконной любую политику, нарушающую равенство, но предоставили другим возможность время от времени решать, что это означает. Поэтому невозможно привести веские юридические доводы в пользу ДеФьюниса, если только не существует убедительного морального довода, согласно которому любая расово дифференцированная политика, даже та, которая обеспечивает большее равенство в обществе в целом, по самой своей сути нарушает право индивида на равную защиту со стороны закона.

Разумеется, нет ничего парадоксального в идее о том, что право индивида на равную защиту законом может иногда вступать в конфликт с социальной политикой, вполне желательной в других отношениях, в том числе и с политикой обеспечения большего равенства в обществе в целом. Предположим, школа права решит взимать с некоторых студентов из среднего класса, выбранных по жребью, двойную плату за обучение, чтобы увеличить фонд стипендий для бедных студентов. Это служило бы желательной цели — равенству возможностей — при помощи средств, нарушающих право выбранных по жребью студентов на то, чтобы с ними обращались наравне с другими студентами, которые также могли бы себе позволить повышенную плату. В сущности, значение дела ДеФьюниса отчасти как раз и состоит в том, что оно заставляет признать различие между равенством как политикой и равенством как правом, — различие, которое до сих пор практически игнорировалось в политической теории. Истец утверждает, что Вашингтонская школа права нарушила его индивидуальное право на равенство ради политики обеспечения большего общего равенства, — точно так же удво-

¹ См. главу 5.

енная плата за обучение для произвольным образом выбранных студентов нарушала бы их права ради той же самой цели.

Следовательно, мы должны сосредоточить наше внимание на требовании истца. Нужно попытаться определить центральное понятие, на которое оно опирается, а это понятие индивидуальных прав на равенство, ставших благодаря статье о равной защите законом конституционными правами. Какими обладает отдельный гражданин правами на равенство, которые могли бы иметь приоритет перед программами, направленными на осуществление важных экономических и социальных стратегий, в том числе и перед социальной политикой обеспечения большего общего равенства?

Можно сказать, что граждане обладают правами двух разных типов. Первые — это права на *равное обращение*, то есть права на равное распределение некоторых возможностей, ресурсов или обязанностей. Например, каждый гражданин в демократическом обществе имеет право на равное участие в выборах; в этом состоит главный смысл решения Верховного Суда о том, что одному человеку должен предоставляться один голос, даже если иная, более сложная система голосования могла бы лучше обеспечивать общее благосостояние. Вторые — это права на обращение *как с равным*, то есть права не на то, чтобы получать равную долю некоторого блага или некоторого бременя, а на то, чтобы по отношению к данному человеку проявлялось то же уважение и та же забота, что и по отношению к любому другому. Если у меня двое детей и один из них умирает от болезни, которая другому лишь причиняет неудобства, я не проявлю равной заботы, если с помощью подбрасываемой монетки буду решать, кому из них отдать оставшуюся дозу лекарства. Этот пример показывает, что право на обращение как с равным является основным, а право на равное обращение — производным. При каких-то обстоятельствах право на обращение как с равным влечет за собой право на равное обращение, но отнюдь не при любых обстоятельствах.

ДеФьюнис не имеет права на равное обращение при распределении учебных мест в школе права; у него нет права поступить в школу только потому, что другие поступили. Индивиды могут иметь право на равное обращение в области начального образования, поскольку человек, не получивший начального образования, вряд ли сможет стать полезным членом общества. Но юридическое образование не столь жизненно важно, чтобы каждый имел на него равные права.

А вот право второго рода у ДеФьюниса действительно есть, а именно право на обращение с ним как с равным при принятии решения о том, какие должны использоваться критерии при приеме в учебное заведение. Стало быть, он имеет право на

такое же всестороннее и доброжелательное отношение к своим интересам, как и к интересам других, при принятии школой права решения о том, учитывать ли расовую принадлежность как один из критериев отбора при приеме. Но здесь нужно быть осторожным и не преувеличить значение сказанного.

Предположим, абитуриент жалуется, что его право на обращение с ним как с равным нарушается при тестировании, которое ставит менее интеллектуально одаренных претендентов в менее выгодное положение по сравнению с более одаренными. Школа права может с полным основанием ответить на это следующим образом. Любой критерий отбора ставит часть претендентов в невыгодное положение по сравнению с другими, но, тем не менее, та или иная политика приема может быть оправданной, если оправданно ожидать, что в целом польза от нее для общества превысит общий ущерб, и если никакая другая политика, не связанная с подобными невыгодными последствиями, не дает даже приблизительно такой же пользы. Право индивида на обращение с ним как с равным означает, что его возможные потери должны быть предметом заботы, но, тем не менее, польза для общества в целом может перевешивать эти потери. Если дело обстоит именно так, то наименее одаренный из абитуриентов не может утверждать, что его обманным путем лишили права на обращение как с равным, только потому, что он, в отличие от других, оказался в невыгодном положении.

Такой же ответ Вашингтон может дать ДеФьюнису. Любая политика приема неизбежно ставит кого-то из поступающих в невыгодное положение, и в то же время вполне можно предположить, что политика льготного приема для представителей меньшинств приносит пользу обществу в целом, даже с учетом ущерба для таких абитуриентов, как ДеФьюнис. Если у нас будет больше черных юристов, они будут способствовать лучшему обеспечению черного населения юридическими услугами и, следовательно, снижению социальной напряженности. К тому же и общий уровень юридического образования, вероятно, повысится, если в обсуждении социальных проблем на занятиях будет участвовать больше чернокожих студентов. Кроме того, видя пример чернокожих, успешно поступивших в школу права, и другие чернокожие, обладающие нужным уровнем интеллектуального развития, решатся поступить, а это, в свою очередь, повысит общий интеллектуальный уровень наших юристов. В любом случае, льготный прием чернокожих должен привести к сглаживанию различий в распределении богатства и власти между разными расовыми группами, благодаря чему будет обеспечено большее равенство в обществе в целом. Как я уже говорил, можно спорить о том, действительно ли программа льготного приема будет способствовать достижению этих

разнообразных целей, но это нельзя назвать неправдоподобным. Согласно этому предположению невыгодное положение, в котором оказываются ДеФьюнис и подобные ему абитуриенты, является той ценой, которую необходимо заплатить ради более значительной пользы; в этом смысле данная ситуация подобна той, когда менее интеллектуально одаренные студенты оказываются в невыгодном положении по сравнению с более одаренными в случае обычной политики приема¹.

Теперь мы видим разницу между делом ДеФьюниса и нашим воображаемым случаем, когда школа права взимала бы повышенную плату за обучение со студентов, выбранных случайным образом. Невыгодное положение, в котором оказывались бы эти студенты, не было бы необходимым для увеличения фонда стипендий, поскольку те же самые денежные средства можно было бы собрать путем более равного распределения дополнительной платы между всеми студентами, которые могут себе это позволить. В случае ДеФьюниса дело обстоит иначе. Он, действительно, пострадал от политики приема Вашингтонской школы права больше, чем поступившие абитуриенты из числа большинства. Но дискриминация здесь не проводилась произвольным образом. Она являлась следствием меритократических критериев, которые он одобряет. Поэтому аргументация ДеФьюниса не достигает своей цели. Статья о равной защите законом служит конституционным основанием для прав индивидов на обращение с ними как с равными, но эти права ничем не подкрепляют утверждение ДеФьюниса о том, что в соответствии с данной статьей любая расово дифференцированная политика является незаконной.

¹ Далее в этой главе я попытаюсь доказать, что бывают ситуации, когда некоторая политика нарушает чье-то право на обращение как с равным, несмотря на то, что польза от этой политики в каком-то смысле перевешивает связанные с нею потери. Такая ситуация возникает, когда перевешивающая потери польза предполагает удовлетворение предрассудков и других видов предпочтений, которые официальным лицам и государственным учреждениям вообще не надлежит принимать в расчет. Но гипотетическое социальное благо, описанное в этом абзаце, не связано с подобными вещами. Конечно, если бы ДеФьюнис обладал каким-то иным правом, помимо права на обращение с ним как с равным, которое нарушала бы Вашингтонская школа права в своей политике приема, это нарушение не оправдывалось бы возможностью достижения общего социального блага в результате проведения такой политики (см. главу 6). Если бы процедура приема в Вашингтонскую школу включала, например, религиозный критерий, нарушающий право абитуриента на свободу вероисповедания, ее не могло бы оправдать то соображение, что использование такого критерия может способствовать большей сплоченности общества. Но ДеФьюнис не опирается ни на какое отдельное право, помимо своего права на равенство, обеспечиваемого статьей о равной защите законом.

Однако, если мы вот так напрямую отбросим требование ДеФьюниса, мы останемся со следующей загадкой. Как могли многие знающие юристы, поддержавшие его требование как в моральном, так и в юридическом плане, совершить подобную ошибку? Все эти юристы согласны с тем, что при приеме в школу права вполне уместно использовать критерий, связанный с интеллектуальными способностями. Они не считают, что данный критерий ставит под угрозу чье-то конституционное право на обращение как с равным. Так почему же они не допускают, что расовые различия, если учесть обстоятельства нынешнего десятилетия, также могут служить надлежащим критерием?

Возможно, они опасаются, что расовыми критериями будут злоупотреблять, что такими критериями станут оправдывать предубеждения против меньшинств, к которым в обществе нет благосклонного отношения, например, против евреев. Но это не может объяснить занятую этими юристами позицию. Любым критерием можно злоупотреблять, и, во всяком случае, они считают критерий по расовому признаку принципиально неправильным, а не просто допускающим злоупотребления.

Почему? Ответом служит их убежденность в том, что как в теории, так и на практике судебные дела ДеФьюниса и Суэтта должны либо оба решаться в пользу истцов, либо оба — против. Они убеждены, что нелогично со стороны либералов осуждать Техас за установление барьера для Суэтта на основании цвета кожи, а затем аплодировать Вашингтону за установление барьера для ДеФьюниса на том же основании. Разница между этими двумя случаями, как они предполагают, состоит всего лишь в субъективном предпочтении, которое либералы оказывают некоторым модным сейчас меньшинствам. Если есть что-то неправильное в расово дифференцированной политике, значит, это связано с самой этой политикой, а не просто с тем, что эта политика идет вразрез с интересами тех групп, которые сейчас в моде. Именно эта невысказанная посылка скрывается за лозунгом, на который опираются защитники ДеФьюниса и согласно которому Конституция не различает цвета кожи. Этот лозунг означает, разумеется, как раз противоположное тому, что он гласит: он означает, что Конституция настолько чувствительна к цвету кожи, что лишает законной силы расово дифференцированный подход в рамках любого института.

Следовательно, чрезвычайно важно проанализировать предположение о том, что Суэтт и ДеФьюнис должны либо оба выиграть, либо оба проиграть. Если это предположение разумно, тогда прямые доводы против ДеФьюниса, должно быть, все-таки невер-

ны, поскольку никакая аргументация не может убедить нас, будто сегрегация того рода, какая была применена к Суэтту, может быть оправдана или признана конституционной¹. Кроме того, на первый взгляд представляется, что аргументы против ДеФьюниса действительно применимы и против Суэтта, поскольку можно сформулировать доводы, которые Техас мог бы использовать для доказательства того, что сегрегация повышает общее благосостояние, поэтому частный ущерб для черных есть цена, которую приходится платить ради достижения всеобщей пользы.

Предположим, что тexasская приемная комиссия, хотя и состояла из мужчин и женщин без предрассудков, приняла решение о том, что экономика Техаса нуждается в большем числе белых юристов, чем они в состоянии обучить, а черным юристам вообще не находится применения. В конце концов, это могло бы быть и реалистичной оценкой состояния коммерческого рынка в Техасе, например, сразу после Второй мировой войны. Корпоративные юридические фирмы нуждались в юристах, чтобы обслуживать бурно развивающийся бизнес, но не могли позволить себе нанимать чернокожих юристов, независимо от уровня их квалификации, поскольку из-за этого они лишились бы своей клиентуры. Безусловно верно, что черное население Техаса крайне нуждалось в квалифицированных юристах и предпочло бы обращаться к черным юристам, если бы такие имелись. Но приемная комиссия вполне могла решить, что коммерческие потребности штата в целом перевешивают эту частную потребность.

Или, предположим, приемная комиссия решила — и совершенно справедливо, — что пожертвования бывших студентов на нужды школы резко сократились бы, если бы в школу был принят чернокожий. Комиссия, возможно, сожалела об этом, но тем не менее считала, что связанный с этим коллективный ущерб будет больше ущерба, причиненного чернокожим студентам, отвергнутым по расовому признаку.

Могут сказать, что эти гипотетические доводы не так уж бесхитростны, поскольку всякая политика, предусматривающая исключение черных, по сути основана на предубеждении против черных как таковых, а рассуждения наподобие только что приве-

¹ В принятом решении по делу Суэтта Верховный Суд применил старое правило, гласящее, что по Конституции сегрегация допустима, если черным предоставляются «отдельные, но равные» возможности. В Техасе имелаась отдельная школа права для чернокожих, но Суд счел, что эта школа далеко не равна школе дня белых. Дело Суэтта заслушивалось до знаменитого дела Брауна, когда Суд наконец отверг правило об «отдельных, но равных» возможностях, и нет сомнений в том, что школа права «только для белых» сегодня была бы признана неконституционной, даже если бы имелаась школа «только для черных», в существенных отношениях равная школе для белых.

денных представляют собой всего лишь рационализацию. Но если эти доводы на самом деле основательны, они могут быть приняты и людьми, не разделяющими тех предубеждений, которые подразумеваются данным возражением. Поэтому из того, что члены приемной комиссии имели предубеждения (если они их имели) не следует, что, не имея таких предубеждений, они отвергли бы эти доводы.

Во всяком случае, аргументы наподобие только что изложенных действительно приводились официальными лицами, которые, возможно, были свободны от предубеждений против тех, кого они исключали. Много десятков лет назад, как напоминает нам покойный профессор Бикель в своем кратком изложении дела в пользу Б'най Брит, президент Гарвардского университета Лоуэлл выступил за введение квоты, ограничивающей число евреев, принимаемых в его университет. Он заявил, что, если принимать евреев в соотношении, превышающем их процент в общей численности населения, что наверняка случилось бы, если бы единственным критерием служил уровень интеллекта, то Гарвард не смог бы впредь выпускать из своих стен людей, обладающих теми качествами и темпераментом, которые он стремится развивать в своих выпускниках, то есть людей, более разносторонних и не столь замыкающихся в сфере интеллекта, какими склонны быть евреи, и, следовательно, более приспособленных к тому, чтобы быть лидерами как в составе правительства, так и вне его. Без сомнения, когда Лоуэлл говорил это, евреи с меньшей вероятностью могли бы занимать руководящие посты в правительстве или во главе крупных государственных компаний. Если Гарвард хотел послужить общему благу путем повышения интеллектуального уровня лидеров нации, было разумно не допускать заполнения его аудиторий евреями. Вполне возможно, что люди, принимавшие это решение, предпочитали общество евреев обществу Wasp-ов¹, которые с большей вероятностью могли стать сенаторами. Лоуэлл намекал, что так обстояло дело лично с ним, хотя, возможно, должностные обязанности не позволяли ему слишком часто доставлять себе это удовольствие.

И все же в настоящее время можно утверждать, что дискриминация против черных, даже если она служит достаточно реалистичной политике, все равно будет неоправданной, потому что она является возмутительной и оскорбительной. В своих заявлениях противники ДеФьюниса приводят именно этот довод, чтобы отличить его требование от требования Суэтта.

¹ WASP или Wasp (White Anglo-Saxon Protestant) — прозвище американцев, потомков выходцев из Северной Европы и особенно Великобритании, а также выходцев из протестантской среды и вообще представителей привилегированного класса американского населения. — *Прим. пер.*

По той причине, что черные были жертвами рабства и правовой сегрегации, говорят они, всякая дискриминация против черных будет воспринята ими как оскорбление, какими бы соображениями общего блага она ни подкреплялась. Но, вообще говоря, неверно, что любая социальная политика является несправедливой, если те, кого она ставит в невыгодное положение, чувствуют себя оскорбленными. Прием в школу права по интеллектуальным способностям не является несправедливым из-за того, что менее одаренные в интеллектуальном плане абитуриенты чувствуют себя оскорбленными отказом. Все зависит от того, вызвано ли чувство обиды какими-то более объективными причинами, которые делали бы такую политику неправомерной, даже если бы никто не чувствовал обиды. Если сегрегация действительно способствует повышению общего благосостояния (при оценке которого в полной мере учитывается невыгодное положение черных) и если не удастся найти никакой другой причины, почему сегрегация все же является неоправданной, то обида, которую чувствуют черные, хотя ее и можно понять, видимо, основана на неверном восприятии ситуации.

Во всяком случае, было бы неверно предполагать, что люди в положении ДеФьюниса не сочтут за оскорбление тот факт, что их не приняли. Скорее всего, они не станут думать о себе как о членах других меньшинств, например, евреев, поляков, или итальянцев, которых благополучные и преуспевающие либералы готовы принести в жертву ради того, чтобы отсрочить более резкие социальные перемены. Если мы хотим различить дела ДеФьюниса и Суэтта, основывая свои доводы на понятии оскорбления, мы должны показать, что с одним из них действительно поступили несправедливо, а с другим — нет.

4.

Итак, известные нам аргументы, которые могли бы позволить различить эти два случая, неубедительны. Это как будто подтверждает ту точку зрения, что с Суэттом и ДеФьюнисом должно было поступить одинаково, а стало быть, расово дифференцированный подход следует признать незаконным в обоих случаях. Но, к счастью, можно найти более удачную основу для их различения, которая согласуется с нашим первоначальным чувством, что между этими двумя случаями существует важное различие. В отличие от приведенных неубедительных аргументов, это различие не связано со спецификой расовых или сегрегационных вопросов или даже со спецификой вопросов о возможностях образования. Напротив, оно опирается на дальнейший анализ идеи, которая была

центральной в моей аргументации против ДеФьюниса и согласной которой при определенных обстоятельствах политика, ставящая многих индивидов в невыгодное положение, тем не менее является оправданной, поскольку улучшает положение общества в целом.

Использование этой идеи для обоснования дискриминационной политики в рамках любого института, сталкивается с рядом теоретических и практических трудностей. Прежде всего, можно в двух разных смыслах говорить об улучшении положения общества в целом (при том что ухудшается положение некоторых его членов) и при обосновании той или иной политики следует указывать, какой из этих смыслов имеется в виду. Может иметь место улучшение в *утилитаристском* смысле, когда повышается средний или коллективный уровень благосостояния в обществе, хотя благосостояние некоторых индивидов ухудшается. Или же может иметь место улучшение в *идеальном* смысле, когда общество становится более справедливым или в каком-то другом отношении приближается к идеальному обществу независимо от того, повышается ли при этом средний уровень благосостояния его граждан. Вашингтонский университет мог бы применить для обоснования своей расово дифференцированной политики приема либо утилитаристскую, либо идеальную аргументацию. Можно было бы, например, утверждать, что увеличение числа чернокожих юристов снижает расовую напряженность, а это повышает благосостояние практически всех членов общества. Это утилитаристский довод. Или же можно было бы утверждать, что независимо от того, как скажется льготный прием представителей расовых меньшинств на среднем уровне благосостояния граждан, он приведет к большему равенству и, следовательно, к большей справедливости в обществе. Это идеальный, а не утилитаристский довод.

С другой стороны, Техасский университет не может привести идеальных доводов в пользу сегрегации. Он не может утверждать, что благодаря сегрегации общество становится более справедливым независимо от того, повышается ли средний уровень благосостояния граждан или нет. Таким образом, все аргументы в защиту сегрегации неизбежно должны быть утилитаристскими. Придуманные мною доводы, вроде тех, что белые юристы лучше черных будут содействовать повышению экономической эффективности в Техасе, являются утилитаристскими, поскольку коммерческая эффективность способствует улучшению положения общества только в том случае, если повышает средний уровень благосостояния.

Утилитаристские доводы сталкиваются с особой трудностью, которая не возникает в случае идеальных доводов. Что

означает средний или коллективный уровень благосостояния? Как можно измерить благосостояние индивида, хотя бы в принципе, и как можно суммировать общий выигрыш в благосостоянии отдельных индивидов, а затем сравнить его с убытками, обосновать, что он превышает убытки? Утилитаристский довод в пользу повышения среднего уровня благосостояния благодаря сегрегации, подразумевает, что такие вычисления можно провести. Но как?

Иеремия Бентам, считавший, что только утилитаристские доводы могут служить обоснованием политических решений, предложил следующий ответ. По его словам, воздействие той или иной политики на благосостояние индивида можно определить, выяснив, какое количество удовольствий или страданий принесла ему эта политика, а воздействие ее на коллективное благосостояние можно вычислить, суммируя все удовольствия и вычитая из этой суммы все страдания, которые эта политика принесла членам общества. Но, как подчеркивали критики Бентама, сомнительно, чтобы существовало простое психологическое состояние удовольствия, общее для тех, кто выиграл от данной политики, или состояние страдания, общее для тех, кто от нее проиграл; и, во всяком случае, невозможно было бы выделить, измерить и суммировать все разнообразные удовольствия и страдания, ощущаемые громадным количеством людей.

Философы и экономисты, которых привлекает утилитаристская аргументация, но которые отвергают психологический утилитаризм Бентама, предлагают другое понятие индивидуального и общего благосостояния. Они исходят из того, что всякий раз, когда некий институт или должностное лицо должны выбрать ту или иную политику, для каждого члена общества последствия одного решения являются более предпочтительными, чем последствия других решений. Для ДеФьюниса, например, более предпочтительны последствия стандартной политики приема, чем последствия применяемой в Вашингтонской школе права политики льготного приема для меньшинств, в то время как черные обитатели какого-нибудь городского гетто могли бы предпочесть второй вариант политики. Если бы удалось выяснить, что предпочитает каждый индивид и насколько сильны его предпочтения, то можно было бы доказать, что какая-то конкретная политика в целом позволяет удовлетворить большее число предпочтений (с учетом их интенсивности), чем альтернативные ей варианты политики. В соответствии с таким пониманием благосостояния, политика улучшает положение общества в утилитаристском смысле, если она лучше альтернативных ей вариантов позволяет удовлетворить имеющуюся совокупность

предпочтений, даже если она и не отвечает чьим-то конкретным предпочтениям¹.

Конечно, никакая школа права не имеет в своем распоряжении средств, позволяющих достоверно оценить предпочтения тех, кого будет затрагивать проводимая ею политика приема. Но все же она может составлять подобные оценки, и хотя они являются умозрительными, их нельзя отбросить как неправдоподобные. Например, есть основания считать, что в послевоенном Техасе для людей в целом были более предпочтительны последствия проведения сегрегации в школах права, даже если при расчетах мы учтем не просто количество тех, кто предпочитал интеграцию, но и силу их предпочтений. Возможно, руководители Техасской школы права при выборе политики приема опирались на результаты голосований, на газетные статьи и просто на собственное представление о своем обществе. Хотя они могли и ошибаться, но даже сейчас, задним числом, мы не можем утверждать, что они действительно ошибались.

Таким образом, даже если отвергнуть психологический утилитаризм Бентама, школы права могут воспользоваться утилитаризмом предпочтений в целях хотя бы приблизительного и умозрительного обоснования своей политики приема, ставящей некоторые категории абитуриентов в невыгодное положение. Но как только мы выяснили, что эти утилитаристские доводы основаны на оценке реальных предпочтений членов общества, возникает новая, гораздо более серьезная трудность.

Утилитаристский довод о том, что политика оправдана, если в целом позволяет удовлетворить большее число предпочтений, представляется, на первый взгляд, эгалитаристским доводом, основанным на строго беспристрастной оценке. Если имеющихся в обществе лекарств хватает только для части больных, данный довод, видимо, говорит в пользу лечения прежде всего тех, кто болен сильнее. Если общество может позволить себе или плавательный бассейн, или новый театр, но не то и другое вместе, и если большее число людей хотят бассейн, этот довод говорит в пользу строительства бассейна, если только сторонники театра не сумеют доказать, что их предпочтения настолько сильнее, что перевешивают, несмотря на

¹ Многие экономисты и философы оспаривают осмысленность как утилитаризма предпочтений, так и психологического утилитаризма. По их мнению, нельзя даже в принципе вычислить и сравнить интенсивность индивидуальных предпочтений. Поскольку я хочу выявить другой недостаток некоторых утилитаристских доводов, то в целях настоящей работы я предполагаю, что возможны, по крайней мере, очень приблизительные и умозрительные оценки предпочтений общества в целом.

меньшее количество. Нельзя предпочесть одного больного другому на том основании, что он более достоин заботы со стороны государства; нельзя отдать предпочтение вкусам театралов из-за того, что они более достойны восхищения. По выражению Бентама, каждый человек должен считаться за одного и никто не должен считаться больше, чем за одного.

Эти простые примеры наводят на мысль, что утилитаристский довод не только означает уважение к праву каждого гражданина на обращение с ним как с равным, но и воплощает это право. Шансы каждого индивида на то, что его предпочтения одержат верх в конкурентной борьбе за ту или иную социальную политику, будут зависеть от того, насколько важны для индивида его предпочтения и сколько других людей их разделяют, если сравнить с конкурирующими предпочтениями по интенсивности и количеству. На его шансы никак не влияет, уважают или презирают его точку зрения сограждане и должностные лица, и, следовательно, он не должен подчиняться или подлаживаться к их мнению.

Но если рассмотреть весь диапазон реально существующих предпочтений индивидов, мы увидим, что эгалитарный характер утилитаристского довода часто оказывается обманчивым. Согласно утилитаризму предпочтений должностным лицам следует как можно лучше удовлетворять предпочтения людей. Но в предпочтении индивидом последствий определенной политики можно увидеть, при более глубоком анализе, либо *личное* предпочтение в отношении собственного удовольствия, получаемого от тех или иных благ или возможностей, либо *внешнее* предпочтение в отношении предоставления благ или возможностей другим людям, либо то и другое вместе. Например, белый, поступающий в школу права, может иметь личное предпочтение в отношении последствий сегрегации, потому что эта политика повышает его собственные шансы на успешное поступление, или же он может иметь внешнее предпочтение, потому что он презирает чернокожих и не одобряет социальных ситуаций, связанных со смешением рас.

Разница между личными и внешними предпочтениями очень важна по следующей причине. Если в утилитаристском доводе учитываются, наряду с личными, и внешние предпочтения, этим подрывается эгалитарный характер данного довода, поскольку в этом случае шансы любого человека на то, что его предпочтения одержат верх, будут зависеть не только от того факта, что в своих личных предпочтениях другие люди претендуют на ресурс, которого не хватает на всех, но и от их уважения к данному человеку или к его образу жизни. Если исход дела зависит от внешних предпочтений, то обоснование некоторой политики тем, что она улучшает положение общества в

утилитаристском смысле, несовместимо с правом тех, кого эта политика ставит в невыгодное положение, на то, чтобы с ними обращались как с равными.

Этот порок утилитаризма становится очевидным, когда внешние предпочтения некоторых людей обуславливаются политическими взглядами, несовместимыми с утилитаризмом. Предположим, многие граждане по своим политическим убеждениям являются расистами и поэтому, не будучи сами больными, предпочитают, чтобы редкое лекарство лучше дали белому человеку, которому оно нужно, чем черному, которому оно нужнее. Если утилитаризм предписывает учитывать эти политические предпочтения, как если бы они были личными, то он сам себя опровергает, поскольку в этом случае распределение лекарств вообще не будет утилитаристским. И уж во всяком случае, такое распределение не будет эгалитарным в указанном нами смысле. Черные пострадают (насколько серьезно, зависит от силы расистских предпочтений) из-за того, что другие считают их менее достойными уважения и заботы.

Аналогичный недостаток имеет место, когда принимаемые в расчет внешние предпочтения являются альтруистическими или моралистическими. Предположим, многие граждане, сами не умеющие плавать, предпочитают бассейн театру, потому что одобряют спорт и восхищаются спортсменами, или потому что считают, что театральное искусство безнравственно и его необходимо пресечь. Если учесть эти альтруистические предпочтения, подкрепляющие личные предпочтения пловцов, в результате получится двойная арифметика: каждый пловец воспользуется не только своим предпочтением, но и предпочтением кого-то еще, кому будет приятен его успех. Если учитывать моралистические предпочтения, результат будет тот же самый: актеры и зрители пострадают, потому что их предпочтения невысоко ценятся гражданами, чьи личные предпочтения в данном случае не затронуты.

В этих примерах внешние предпочтения не зависят от личных предпочтений. Но, разумеется, часто политические, альтруистические и моралистические предпочтения не являются независимыми, а представляют собой «нарост» на личных предпочтениях, которые они усиливают. Если я белый и болен, я могу к тому же придерживаться расистских политических убеждений. Если я предпочитаю бассейн для собственного удовольствия, я могу при этом еще проявлять альтруизм по отношению к другим спортсменам или могу считать театр безнравственным. Если учитывать эти внешние предпочтения, последствия для равенства будут столь же серьезными, как если бы они (внешние предпочтения) не зависели от личных предпочтений, поскольку может случиться, что те, против кого на-

правлены эти внешние предпочтения, не могут или не хотят выработать у себя аналогичные внешние предпочтения, которые восстановили бы равновесие.

Следовательно, внешние предпочтения представляют собой большую трудность для утилитаризма. Эта теория своей популярностью во многом обязана тому предположению, что она включает в себя право граждан на обращение с ними как с равными. Но если при оценке общих предпочтений учитываются внешние предпочтения, это предположение оказывается под угрозой. Этот момент важен сам по себе, хотя он недостаточно учитывается в политической теории; он связан, например, с либеральным тезисом, который стал известным благодаря Миллю и согласно которому государство не имеет права с помощью закона обеспечивать соблюдение общепринятой морали. Часто говорят, что этот либеральный тезис несовместим с утилитаризмом, поскольку, если, к примеру, предпочтения большинства, требующего искоренения гомосексуализма, окажутся достаточно сильны, утилитаризм будет предписывать подчиниться желанию большинства. Но предпочтение, направленное против гомосексуалистов, — это внешнее предпочтение, а в своем аргументе мы привели общее обоснование того, почему утилитаристам не следует учитывать внешние предпочтения какого бы то ни было вида. Если переформулировать утилитаризм таким образом, чтобы учитывались только личные предпочтения, тогда либеральный тезис становится следствием из утилитаристской теории, а не доводом против нее.

Однако не всегда возможно переформулировать утилитаристский довод таким образом, чтобы учитывались только личные предпочтения. Иногда личные и внешние предпочтения так тесно переплетаются и так сильно зависят друг от друга, что практически никакой критерий, предлагаемый для измерения предпочтений, не позволит различить личные и внешние компоненты в общих предпочтениях индивида. Это особенно верно в тех случаях, когда предпочтения связаны с предрассудками. Рассмотрим, например, предпочтение белого студента-правоведа иметь белых товарищей по учебе. Это можно назвать личным предпочтением заниматься совместной деятельностью только с определенными коллегами. Но это личное предпочтение «паразитирует» на внешних предпочтениях: за очень редким исключением, белые студенты предпочитают компанию других белых из-за своих расистских, социальных и политических убеждений или из-за того, что они презирают чернокожих как таковых. Если подобные предпочтения в отношении совместной деятельности будут учитываться в утилитаристской аргументации в пользу сегрегации, это сведет на нет эгалитарный характер данной аргументации точно так же, как если бы непосредственно учитывались лежащие в их основе внеш-

ние предпочтения. Чернокожим было бы отказано в праве на обращение с ними как с равными, поскольку их шансы на то, что их предпочтения одержат верх при определении политики приема, были бы подорваны недостатком уважения со стороны других людей. В любом обществе, где сильно предубеждение против определенного меньшинства, личные предпочтения, на которые должен опираться утилитаристский довод, оказываются пронизанными этим предубеждением; отсюда следует, что в таком обществе не может быть справедливым утилитаристский довод, направленный на оправдание невыгодного положения этого меньшинства¹.

Таким образом, эта последняя трудность оказывается фатальной для утилитаристских доводов Техасской школы права в пользу сегрегации. Предпочтения, которыми можно было бы подкрепить любой такой довод, оказываются либо определенно внешними, как, например, предпочитаемое обществом в целом расовое разделение, либо они неразрывно связаны с внешними предпочтениями и зависят от них, как, например, предпочтение белых студентов иметь белых товарищей по учебе или предпочтение белых юристов иметь белых коллег. Эти внешние предпочтения так широко распространены, что неизбежно разрушают любой подобный довод. Следовательно, утверждение Техаса о том, что сегрегация улучшает положение общества в утилитаристском смысле, противоречит праву Суэтта на обращение с ним как с равным, гарантированному статьей о равной защите законом.

Для этого вывода не имеет значения, фигурируют ли внешние предпочтения в обосновании фундаментальной политики или в обосновании какой-либо производной политики, предназначенной способствовать осуществлению более фундамен-

¹ Аргументация, приведенная в этом параграфе, довольно весома, но одной ее недостаточно для опровержения всех утилитаристских доводов, оправдывающих существенно неблагоприятные условия для меньшинств, в отношении которых в обществе имеются предубеждения. Предположим, государство на основании утилитаристских соображений решает не сдерживать рост безработицы, потому что убытки тех, кто потеряет работу, перевешиваются выгодой для тех, кто в противном случае пострадает от инфляции. Бремя такой политики в непропорциональном объеме ляжет на плечи черных, которых будут увольнять в первую очередь из-за имеющегося против них предубеждения. Но хотя предубеждения скажутся таким образом на последствиях политики роста безработицы, они даже косвенно не будут фигурировать в утилитаристской аргументации в поддержку этой политики. (Если они вообще будут фигурировать, то в качестве утилитаристского довода против нее.) Поэтому нельзя утверждать, что тот особый ущерб, который черные понесут от политики роста безработицы, является несправедливым по причинам, описанным в данной работе. Он вполне может быть несправедливым по другим причинам; например, если прав Джон Ролз, этот ущерб несправедлив, потому что такая политика улучшает условия для большинства за счет тех, чье положение и без того хуже, чем у других.

тальной политики. Предположим, Техас оправдывает сегрегацию, ссылаясь на, казалось бы, нейтральную экономическую политику увеличения общественного богатства, направленную на удовлетворение личных предпочтений каждого гражданина в отношении лучшего жилища, еды и отдыха. Если довод о том, что сегрегация будет способствовать росту общественного богатства, зависит от внешних предпочтений (например, предполагается, что из-за наличия предубеждений промышленность будет работать более эффективно при введении сегрегации на производстве), тогда данный довод имеет то следствие, что над личными предпочтениями чернокожих одержит верх мнение о них других людей. Утилитаристские доводы, оправдывающие невыгодное положение представителей какой-либо расы, против которой в обществе существует предубеждение, всегда будут несправедливыми, если только не удастся доказать, что точно такое же невыгодное положение было бы оправданным и при отсутствии этого предубеждения. Если предубеждение широко распространено и глубоко укоренилось, как в действительности и обстоит дело в случае с чернокожими, то доказать это не удастся никогда. Предпочтения, на которые должны опираться любые доводы экономического характера в пользу сегрегации, окажутся так тесно переплетены с предубеждениями, что их невозможно будет развести и тем самым придать некоторое правдоподобие столь противоречащей фактам гипотезе.

Теперь у нас есть объяснение тому, почему в Соединенных Штатах всякая форма сегрегации, ставящая черных в невыгодное положение, автоматически является оскорбительной для них и почему такая сегрегация нарушает их право на обращение с ними как с равными. Предложенная аргументация подтверждает наше интуитивное чувство, что утилитаристские доводы в пользу сегрегации не просто неверны в частностях, но и неуместны в принципе. Впрочем, данное возражение против утилитаристских доводов касается не только расовых проблем и предубеждений. Есть и другие случаи, когда принимать в расчет внешние предпочтения значило бы нарушить права граждан на обращение с ними как с равными, и их стоит коротко отметить, хотя бы для того, чтобы отвести обвинение в том, будто наша аргументация построена *ad hoc*¹ для расовых проблем. Допустим, я из моралистических соображений предпочитаю, чтобы женщины не работали, или из альтруистических соображений отдаю предпочтение добродетельным людям. Было бы несправедливо, если бы какая-то школа права стала учитывать подобные предпочтения при решении вопроса о том, кого следует принимать в учебные заведе-

¹ Специально (лат.). — Прим. пер.

ния такого рода, — несправедливо, потому что эти предпочтения, так же как и расовые предрассудки, ставят успешность личных предпочтений абитуриента в зависимость от уважения и одобрения других людей, а не от конкуренции с их личными предпочтениями.

Но такое возражение не имеет силы в случае утилитаристского довода, оправдывающего прием абитуриентов по интеллектуальным критериям. Эта политика необязательно прямо или косвенно опирается на бытующее в обществе представление о том, что интеллектуально одаренные юристы, по сути, более достойны уважения. В основе данной политики лежит составленное Школой права (верное или неверное) мнение о том, что интеллектуально одаренные юристы более эффективно удовлетворяют личные предпочтения других людей, связанные, например, с богатством или выигрышем в судебных процессах. Бесспорно, юридические фирмы и их клиенты предпочитают пользоваться услугами умных юристов; этот факт мог бы вызвать у нас сомнения по поводу утилитаристских доводов, якобы не зависящих от данного предпочтения, подобно тому, как мы с подозрением относимся к доводам в пользу сегрегации, которые якобы не зависят от расовых предрассудков. Но распространенное предпочтение в пользу умных юристов в общем и целом не «паразитирует» на внешних предпочтениях: юридические фирмы и их клиенты предпочитают умных юристов, поскольку также придерживаются мнения, что такие юристы будут более эффективно обслуживать их личные предпочтения. Инструментальные предпочтения такого рода сами не фигурируют в утилитаристской аргументации, хотя Школа права могла бы на свой страх и риск принять гипотезу, на которую опираются подобные предпочтения¹.

5.

Итак, в нашем распоряжении есть все необходимое, чтобы провести различие между делом ДеФьюниса и делом Суэтта. Все

¹ Несомненно, предпочтение, которое некоторые мужчины и женщины отдают общению с интеллектуалами, «паразитирует» на внешних предпочтениях; они ценят таких собеседников не ради достижения каких-либо целей, а потому, что считают умных людей более достойными уважения. Если бы такие предпочтения были достаточно сильными и распространенными, мы могли бы прийти к тому же выводу, как и в случае с сегрегацией, а именно что нельзя считать справедливым любой утилитаристский довод, оправдывающий дискриминацию в отношении менее интеллектуально одаренных мужчин и женщин. Но нет никаких оснований предполагать, чтобы Соединенные Штаты были настолько интеллектуализированы; и уж наверняка нет причин полагать, будто интеллектуализм распространен у нас в такой же степени, как и расизм.

доводы в поддержку программы приема, основанной на дискриминации против чернокожих, являются утилитаристскими и опираются на внешние предпочтения таким образом, что нарушают конституционное право черных на обращение с ними как с равными. В поддержку программы приема, основанной на дискриминации в пользу чернокожих, приводят как утилитаристские, так и идеальные доводы. Правда, некоторые из утилитаристских доводов опираются, по крайней мере косвенно, на внешние предпочтения, такие, например, как предпочтение, отдаваемое частью чернокожих юристам своей же расы; но утилитаристские доводы, не опирающиеся на такие предпочтения, сильны, и, возможно, их даже достаточно. Идеальные же доводы совсем не опираются на предпочтения, в основе их лежит независимое соображение о том, что большее равенство в обществе лучше, даже если его граждане предпочитают неравенство. Это соображение не отрицает права любого человека на обращение с ним как с равным.

Следовательно, в деле ДеФьюниса мы располагаем только тем доводом, с которого начали. Расовые критерии необязательно являются подходящими при отборе студентов в школы права. Но то же самое можно сказать и об интеллектуальных критериях, да и вообще о любом другом множестве критериев. Справедливость и конституционность любой программы приема следует оценивать одним и тем же способом. Программа оправдана, если она служит правильной политике, при которой соблюдается право всех членов общества на обращение с ними как с равными, а не наоборот. Критерии, применявшиеся в школах, отказавших в приеме чернокожим, не выдерживают такой проверки, а критерии, применявшиеся в Школе права Вашингтонского университета, — выдерживают.

Все мы не напрасно относимся с подозрением к расово дифференцированной политике. Случалось, что ее использовали для нарушения, а не для соблюдения права на равенство, и мы все помним, к каким несправедливостям это приводило. Но если мы неверно понимаем природу несправедливости из-за того, что не проводим простых различий, то мы рискуем получить в результате еще большую несправедливость. Возможно, система льготного приема не обеспечит большего равенства в обществе, поскольку она может не иметь тех последствий, на которые рассчитывают ее сторонники. Этот стратегический вопрос должен стоять в центре дискуссии по поводу льготного приема. Но мы не должны искажать суть проблемы, предполагая, что такая система несправедлива, даже если она работает. Нужно с осторожностью использовать статью о равной защите законом, чтобы не лишиться равенства.

Свобода и нравственное поведение

Большинство американцев и англичан, бесспорно, считают гомосексуализм, проституцию и порнографию чем-то безнравственным. Какую роль этот факт должен сыграть при принятии решения о том, относить ли их к преступлениям? Это сложный вопрос, включающий в себя множество проблем, уходящих корнями в философские и социологические разногласия. Однако юристы неизбежно сталкиваются с этим вопросом, и недавние, получившие неоднозначную оценку события, — публикация доклада Вулфендена в Англии¹ с последовавшим за ней публичным дебатом о гомосексуализме и проституции,² а также ряд решений Верховного Суда Соединенных Штатов² по поводу непристойности — настоятельно требуют его рассмотрения.

По этому вопросу имеется несколько позиций, каждая из которых сталкивается со своими трудностями. Можем ли мы утверждать, что самого по себе общественного осуждения достаточно, чтобы оправдать квалификацию некоторого деяния как преступления? Это кажется несовместимым с нашими традициями индивидуальной свободы и нашим знанием того, что моральные нормы, пусть даже самого большого количества людей, не могут служить гарантией истины. Если общественного осуждения недостаточно, то что же еще нужно? Не следует ли представить доказательство того, что рассматриваемые деяния причиняют ущерб определенным людям уже сегодня? Или же достаточно продемонстрировать их влияние на общественные обычаи и установления, которое вызывает изменения в социальной среде и таким образом косвенно затрагивает каждого члена общества? Если верно последнее, следует ли также показать, что эти социальные изменения угрожают нанести некий типичный долгосрочный ущерб вроде роста преступности или

¹ Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. № 247. 1957. (Доклад комитета под председательством Дж. Вулфендена, подготовившего рекомендации о некоторых мерах по борьбе с уличной проституцией и либерализации законов о гомосексуализме, был опубликован в 1957 г. — *Прим. пер.*)

² *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U.S. 413 (1966); *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966); *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966).

падения производительности труда? Или же можно было бы обойтись доказательством того, что в большинстве своем члены современного общества с сожалением восприняли бы такие изменения? Много ли в таком случае добавляет наш довод о причиняемом ущербе к простому доводу об общественном осуждении?

В 1958 г. лорд Девлин выступил в Британской Академии со своей второй маккавеевской лекцией. Он назвал ее «Обеспечение соблюдения моральных норм» и посвятил вышеупомянутым принципиальным вопросам¹. Свои выводы он суммировал в следующих замечаниях о практике гомосексуализма: «Прежде всего нам следует спросить самих себя, действительно ли при спокойном и беспристрастном взгляде на вещи мы считаем его (гомосексуализм) столь гнусным пороком, что само его существование для нас оскорбительно. Если это действительно выражает отношение общества, в котором мы живем, я не вижу, как можно отказать обществу в праве искоренить гомосексуализм»².

Эта лекция и особенно указанное предположение о наказании гомосексуалистов, вызвала волну опровержений, захлестнувшую не только академические журналы, но и радио и массовую прессу³. Впоследствии лорд Девлин переиздал свою макавеевскую лекцию вместе с шестью другими очерками, в которых он развивает и защищает представленную там позицию, снабдив их общим предисловием и добавив некоторые новые и важные примечания в первоначальный текст лекции⁴.

Американские юристы должны внимательно отнестись к аргументам лорда Девлина. По-видимому, его выводы не найдут у них сочувствия, хотя при вдумчивом чтении его работ исчезает ощущение напыщенного бесчувствия, которое ему приписывают его критики. Популярны его аргументы или нет, но мы не вправе игнорировать их, пока не убедимся в том, что их можно парировать. Один из этих аргументов — второй из двух, что я буду рассматривать, — имеет то важное достоинство, что обращает наше внимание на связь между демократической теорией и обеспечением соблюдения моральных норм. Он побуждает нас более внимательно,

¹ *Devlin L. The Enforcement of Morals. 1959. Переиздано в: Devlin L. The Enforcement of Morals. 1965.* (В последующем я буду ссылаться на эту работу, указывая Devlin и номер страницы.)

² *Devlin. P. 17.* Эту свою позицию он осторожно определил как предположительную. По-видимому, лорд Девлин не считает сегодня, что это условие выполняется, поскольку он публично выступал за изменение законов о гомосексуализме после выхода этой книги.

³ Лорд Девлин включает ссылки на эти комментарии в библиографию: *Devlin. P. xiii.*

⁴ *Devlin.*

чем прежде, рассмотреть ключевое понятие, от которого зависит эта связь, а именно понятие общественной морали.

Разочарование лорда Девлина

В предисловии к новой книге лорд Девлин разъясняет, как он пришел к своим вызвавшим острую полемику взглядам. Незадолго до того, как ему предложили подготовить маккавеевскую лекцию, знаменитый Комитет под председательством Вулфендена обнародовал свои выводы, в которых рекомендовал не считать более преступлением гомосексуальные отношения, если они устанавливаются между взрослыми с их согласия. Полное одобрение нашло у лорда Девлина то, как, согласно Комитету, надлежит проводить границу между преступлением и проступком:

«В этой области его [закона] функция, в нашем понимании, состоит в том, чтобы охранять общественный порядок и соблюдение приличий, защищать граждан от того, что наносит им вред или оскорбление, и обеспечивать достаточно надежные средства против морального разложения и эксплуатации одних другими... На наш взгляд, в функцию закона не входит вмешательство в частную жизнь граждан или навязывание какого-то определенного образа поведения в большей мере, чем это необходимо для достижения вышеназванных целей...

[Д]олжна сохраняться сфера частной морали и аморальности, которая, если говорить кратко, в общем не является делом закона»¹.

Лорд Девлин считал бесспорными эти идеалы, которые, как он признавал, вытекают из учений Иеремии Бентама и Джона Стюарта Милля. Он решил посвятить свою лекцию тщательному рассмотрению вопроса о том, какие еще изменения в уголовном праве Англии, помимо рекомендованных Комитетом изменений в законах о гомосексуализме, необходимо провести для того, чтобы это право отвечало данным идеалам. Однако изучение этого вопроса, по его словам, «вместо того, чтобы укрепить, подорвало мою бесхитростную веру, с которой я приступал к делу»², и в итоге он пришел к заключению, что эти идеалы не только сомнительны, но и ошибочны.

Его разочарование очевидно, хотя не понятно, как далеко оно заходит. Порой кажется, что он отстаивает точку зрения прямо противоположную позиции Комитета, а именно что об-

¹ Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution. P. 9-10, 24.

² *Devlin*. P. vii.

щество имеет право карать за поведение, резко осуждаемое его членами, даже если это поведение не имеет последствий, которые можно счесть вредными для других. Это право основывается на том, что государство призвано играть роль морального наставника, а уголовное право служит подходящим средством наставления. Тех читателей, которые приписывают Девлину эту точку зрения, приводит в замешательство тот факт, что известные философы и юристы считают нужным отреагировать на его выступление, ведь в таком виде его точку зрения с уверенностью можно признать эксцентричной. В действительности же, он отстаивает не эту точку зрения, а несколько других, более сложных, которые и не столь эксцентричны, и не столь прямо противоречат идеалам Вулфендена. Его взгляды нигде не изложены в обобщенном и четком виде (по сути, заявление о гомосексуализме, приведенное мной выше, есть одно из тех обобщений, которые он дает), но их необходимо извлекать из развиваемых им замысловатых аргументов.

Он предлагает два основных аргумента. Первый подробным и четким образом излагается в его маккавеевской лекции. Этот аргумент основывается на праве общества защищать свое существование. Второй аргумент, довольно отличающийся от первого и гораздо более важный, разрабатывается по частям во многих его статьях. Этот аргумент основывается на праве большинства следовать своим собственным нравственным убеждениям, защищая социальную среду от изменений, которым оно (большинство) противится. Я рассмотрю эти два аргумента по очереди, однако второй — более подробно.

Первый аргумент: право общества на самозащиту

Первый аргумент — именно он удостоился наибольшего внимания критиков — состоит в следующем¹.

(1) В современном обществе существует целый ряд моральных принципов, которыми руководствуются не все, а те, кто их придерживается, не пытаются навязывать их другим. Вместе с тем, имеются моральные нормы, в отношении которых большинство не признает терпимости и навязывает их тем, кто с ними не согласен. Для нас примером первого вида норм служат предписания определенной религии, а практика моногамии — примером второго вида. Общество не может существовать, если некоторые из его норм не относятся ко второму виду, поскольку для его выживания принципиально важное значение имеет неко-

¹ Главным образом излагается в: *Devlin*. P. 7—25.

торый нравственный конформизм. Каждое общество имеет право охранять свое собственное существование, и, следовательно, имеет право настоятельно требовать подобного конформизма.

(2) Если общество обладает таким правом, оно вправе использовать учреждения и меры наказания, предусматриваемые уголовным законодательством, для осуществления этого права: «...Общество может использовать закон для защиты собственной морали так же, как оно использует его для защиты всего того, что принципиально важно для его существования»¹. Подобно тому, как общество использует закон для предупреждения тяжких преступлений, оно может использовать его и в целях предупреждения тех действий, которые подрывают объединяющий его конформизм.

(3) Однако право общества карать по закону за аморальное поведение необязательно следует осуществлять против всех видов аморального поведения и при любых обстоятельствах — мы должны признать действие и важность некоторых ограничительных принципов. Таких принципов несколько, однако наиболее важный из них состоит в том, что «должно терпимо относиться к максимальной индивидуальной свободе, не противоречащей целостности общества»². Вместе взятые, эти ограничительные принципы требуют, чтобы мы с большой осмотрительностью делали вывод о глубокой аморальности той или иной практики. Закон не следует применять, если обнаруживается, что общество с некоторым беспокойством или нерешительностью осуждает какую-то практику или в непроявленном виде относится к ней терпимо. Однако ни один из этих ограничительных принципов не применим и, стало быть, общество вольно осуществлять свои права в тех случаях, когда его отношение очень эмоционально, устойчиво и бескомпромиссно, когда, по словам лорда Девлина, в своих проявлениях оно достигает «нетерпимости, негодования и отвращения»³. Отсюда следует общий вывод в отношении гомосексуализма: если его действительно считают отвратительным пороком, обществу нельзя отказать в праве его искоренить.

Мы должны остерегаться возможного неправильного истолкования этого аргумента, каким бы заманчивым оно ни было. Он не опирается на допущение о том, что если огромное количество людей в обществе считают некоторую практику безнравственной, они, скорее всего, правы. По мнению лорда Девлина, когда нашей общественной морали бросают вызов,

¹ *Devlin*. P. 11.

² *Ibid.* P. 16.

³ *Ibid.* P. 17.

под угрозой оказывается само существование общества, и поэтому общество вправе защитить себя, не прибегая к оправданию спланирующей его морали.

Убедителен ли этот аргумент? В своей оценке этого аргумента, как он формулируется в маккавеевской лекции, профессор Г. Л. Харт¹, отмечает, что он опирается на ошибочное представление об обществе. Если придерживаться более или менее традиционного представления об обществе, то, по мнению Харта, абсурдно предполагать, что любая практика, считающаяся в обществе безнравственной или отвратительной, представляет угрозу для существования общества. По своей нелепости это равносильно утверждению о том, что существованию общества угрожает рождение какого-то одного человека и смерть какого-то другого, и лорд Девлин, напоминая Харт, не приводит никаких оснований в качестве подтверждения такого рода заявлений. Если, однако, взять какое-нибудь искусственное определение общества (например, соотносящее общество с той конкретной совокупностью моральных идей и установок, которых, как оказалось, его члены придерживаются в какой-то конкретный момент времени), то совершенно недопустимо в отношении каждого состояния *status quo* в развитии общественной морали признавать право силой охранять его случайное существование. Таким образом, утверждает профессор Харт, аргумент лорда Девлина несостоятелен независимо от того, понимаем ли мы «общество» в традиционном или искусственном смысле.

Свой ответ профессору Харту лорд Девлин дает в новом довольно большом примечании к лекции. После краткого изложения критических доводов Харта он замечает: «Я не утверждаю, что *любое* отклонение от принятой в обществе морали представляет угрозу существованию общества, как не утверждаю и того, что *любая* разрушительная деятельность угрожает его существованию. Я утверждаю, что обе эти деятельности в силу своей природы способны представлять угрозу существованию общества и поэтому не могут не находиться в ведении закона»². Этот ответ обнаруживает серьезный изъян в построении аргумента.

Он означает, что второй шаг в рассуждении лорда Девлина, а именно важнейшее положение о праве общества насаждать общественную мораль с помощью закона, нам следует понимать как простое отрицание того, что общество никогда не имеет такого права. Очевидно, лорд Девлин истолковал доклад Вулфендена в той его части, где говорится о «сфере частной

¹ Hart H. L. A. Law, Liberty and Morality. 1963. P. 51.

² Devlin. P. 13.

морали... которая не является делом закона», как утверждение о необходимости жесткого барьера, препятствующего отнесению частных сексуальных практик к подсудным деяниям, что навсегда выводит их из области действия закона. По его словам, аргументы, приводимые им в новых примечаниях, призваны показать, что не следует возводить подобных конституционных барьеров, поскольку укоренившейся морали может быть брошен настолько серьезный вызов, что под угрозой окажется само соблюдение моральных норм, а, следовательно, и существование общества как такового¹.

Вполне возможно, что нас не убедит аргумент лорда Девлина даже в этой его более узкой формулировке. Мы могли бы счесть опасность, грозящую существованию общества со стороны непопулярной практики, настолько малой, что мудрым политическим решением и разумной защитой индивидуальной свободы при возникающей время от времени истерии как раз и было бы установление такого рода конституционного барьера и запрещение периодически проводимой оценки степени этой опасности.

Но если бы нас убедили отказаться от этого конституционного барьера, то неизбежно возник бы вопрос, на который мы ожидали бы получить ответ на третьем шаге аргументации: если практика, бросающая вызов глубоко укоренившейся подлинной морали общества, действительно может угрожать существованию общества и поэтому должна находиться в ведении закона, то как мы установим, что опасность достаточно очевидна и что пора от рассуждений переходить к действиям? Что еще, помимо резкого общественного осуждения, необходимо для того, чтобы счесть опасность действительно реальной?

Если судить по риторике, используемой на третьем шаге аргументации, — здесь много говорится о «свободе», «терпи-

¹ Такому истолкованию можно найти подтверждение в самом тексте лекции, не обращаясь к новым примечаниям: «Я полагаю, следовательно, что невозможно теоретически установить пределы, в которых государство имеет власть издавать законы против безнравственности. Невозможно заранее предусмотреть исключения из общего правила или определить те области морали, в которые ни при каких обстоятельствах закон не может быть допущен» (*Devlin*. P. 12—13).

Представленные в примечаниях доводы подкрепляют это истолкование. По своему характеру они относятся к аргументам *reductio ad absurdum* (сведение к абсурду) и в них развивается та мысль, что безнравственное поведение теоретически может стать губительным для общества. «Но предположим, что четверть или половина населения предается пьянству каждый вечер, каким было бы общество? Вы не можете теоретически установить то предельное количество пьющих людей, превышение которого дает государству право издавать законы против пьянства. То же самое можно сказать и об азартных играх» (*Ibid*. P. 14).

мости» и даже «уравновешивании», — то создается впечатление, будто этот вопрос находится в поле зрения лорда Девлина. Однако в самом обосновании он не учитывается, ибо обращение к свободе, терпимости и уравновешиванию оказывается уместным только в том случае, когда доказывается, что общественное возмущение, диагностируемое на втором шаге, было преувеличено, то есть когда лихорадка оказалась простой симуляцией. Когда же лихорадка подтверждается, когда нетерпимость, негодование и отвращение неподдельны, о применении принципа, провозглашающего «максимальную индивидуальную свободу, совместимую с целостностью общества», совершенно забывают. Но это означает, что в конечном счете ничего и не требуется, кроме страстного общественного осуждения.

Короче говоря, в предложенной аргументации содержится некоторый интеллектуальный трюк. На ее втором шаге общественное возмущение представляется как «пороговый» критерий, позволяющий отнести рассматриваемую практику к категории деяний, которые допускается регулировать с помощью закона. Однако незаметно при переходе к третьему шагу этот «пороговый» критерий сам становится позитивным основанием для действия, так что когда его требования выполнены, для применения закона больше ничего не требуется. Возможности этого маневра демонстрируются в приведенном отрывке о гомосексуализме. Лорд Девлин приходит к выводу, что если отвращение нашего общества к гомосексуализму достаточно сильно, то общество имеет все основания объявить его вне закона и поставить людей перед выбором между муками фрустрации и преследованием, поскольку эта практика представляет опасность для существования общества. Лорд Девлин приходит к этому выводу, не предоставив никаких доказательств того, что гомосексуализм представляет какую-либо опасность для существования общества, если не считать голословного утверждения о том, что любые «отклонения от принятой в обществе морали... в силу своей природы способны представлять угрозу существованию общества» и поэтому «не могут не находиться в ведении закона»¹.

Второй аргумент: право общества следовать своим собственным убеждениям

Итак, у нас есть все основания отставить первый аргумент в сторону и обратиться ко второму. В своей реконструкции

¹ *Devlin*. P. 13, прим. 1.

второго аргумента я формулирую в явном виде многие положения, которые, как мне кажется, неявно в нем присутствуют, поэтому не исключена возможность искажения, но, на мой взгляд, второй аргумент сводится к следующему¹.

(1) Если бы те, кто испытывает гомосексуальные желания, свободно их удовлетворяли, наша социальная среда претерпела бы изменения. Нельзя с точностью вычислить, какие именно произошли бы изменения, однако есть основания предположить, например, что было бы подорвано положение семьи как естественного социального института, вокруг которого, как некоего центра, организуются воспитание, экономическая деятельность и отдых человека, а это повлекло бы колоссальные последствия. Мы слишком искушены, чтобы предполагать, будто последствия широкого распространения гомосексуализма затрагивали бы только тех, кто занимается им, так же, как мы слишком искушены, чтобы предполагать, будто цены и заработная плата затрагивают только тех, кто о них договаривается. Среда, в которой мы и наши дети должны жить, определяется, среди прочего, тем, каких отношений и какой манеры поведения придерживаются в своей частной жизни другие люди.

(2) Само по себе это не дает обществу права запрещать заниматься гомосексуализмом. Мы не можем оберегать любившиеся нам обычаи, отправляя в тюрьму тех, кто не хочет их соблюдать. Но это означает, что нашим законодателям неизбежно придется решить несколько моральных проблем. Они должны установить, обладают ли достаточной ценностью оказавшиеся под угрозой социальные институты, чтобы их сохранять ценой человеческой свободы. Также они должны решить, не является ли безнравственной практика, несущая угрозу тому или иному институту, ибо, если она такова, то не имеет большого значения, предоставляется ли человеку свобода заниматься ею или нет. Нам нет необходимости приводить строгое обоснование, ссылаясь на социальную важность защищаемых нами социальных институтов, если мы уверены в том, что ни у кого нет морального права делать то, что мы хотим запретить. Стало быть, нам нужно меньше обоснований в пользу урезания чьей-то свободы лгать, мошенничать или ездить без соблюдения правил уличного движения, чем в пользу урезания свободы выбирать себе работу или устанавливать цену на свои товары. Это не означает, что для отнесения некоторого поведения к преступным деяниям достаточно, чтобы оно было

¹ По большей части этот аргумент излагается в главах 5, 6 и 7 рассматриваемой книги Девлина. См. также статью, опубликованную после выхода книги: *Devlin L. Law and Morality* // 1 *Manitoba L.S.J.* 243. 1964/65.

безнравственным; утверждается, скорее, что это необходимое условие при определенных обстоятельствах.

(3) Каким же образом законодатель будет решать, является ли гомосексуальное поведение безнравственным? Наука здесь не может дать ответа, да и к организованной религии законодатели, строго говоря, больше не могут обращаться. Если, однако, получится так, что огромное большинство в обществе единодушно в своем ответе на этот вопрос и лишь незначительное меньшинство образованных людей не разделяет их мнения, то долг законодателей — действовать исходя из этого единодушия. Этот долг определяется двумя тесно связанными причинами, (a) В конечном счете это решение должно основываться на некотором нравственном догмате, а при демократии такого рода вопросы должны решаться прежде всего в соответствии с демократическими принципами. (b) В конце концов, действует именно общество, когда пускаются в ход угрозы и санкции уголовного права. Общество должно взять на себя моральную ответственность и, следовательно, должно действовать исходя из собственных убеждений, то есть исходя из морального кредо своих членов.

В этом, как я понимаю, и состоит второй аргумент лорда Девлина. Он является сложным, и почти каждая его часть вызывает сомнения и требует анализа. Кто-то из читателей не согласится с его главным допущением, состоящим в том, что изменение социальных институтов представляет собой то зло, от которого общество вправе себя оберегать. Другие же, придерживающиеся не столь жесткой позиции (возможно, потому, что одобряют законы, призванные защитить экономические институты), тем не менее сочтут, что, какой бы безнравственной ни была та или иная практика, подобные действия со стороны общества правомерны только в том случае, если можно доказать, что опасность для социальных институтов является неминуемой, а не умозрительной. Третьи подвергнут сомнению тезис о том, что при отнесении некоторого поступка к преступным деяниям должен приниматься в расчет его нравственный или безнравственный характер (хотя они бесспорно признали бы, что при существующей практике это принимается в расчет). Кто-то еще указал бы на то, что даже при демократии законодатели обязаны сами решать моральные вопросы, а не передавать их на рассмотрение широкой общественности. Я не намерен здесь доказывать или опровергать ни одну из этих позиций. Вместо этого я хотел бы проанализировать, являются ли выводы лорда Девлина корректными согласно его собственным критериям, то есть согласно его допущению о том, что общество действительно имеет право защищать свои главные и наиболее ценные институты, запрещая поведение,

которое огромное большинство его членов осуждает из моральных принципов.

Я покажу, что его выводы не являются корректными даже на таких условиях, поскольку он неправильно понимает, что значит осуждать из моральных принципов. Я хотел бы предупредить читателя о том, какие доводы будут мной представлены. Отчасти они будут сводиться к напоминанию о том, что определенные типы морально-этических терминов (например, «предубеждение» и «моральная позиция») имеют стандартное значение в рассуждениях на нравственные темы. Моя цель состоит не в том, чтобы решать вопросы политической морали, подчиняясь диктату словаря, а в том, чтобы выявить, какие, на мой взгляд, ошибки содержатся в принятой лордом Девлином социологии морали. Я постараюсь показать, что наши традиционные моральные обычаи более сложны и более структурированы, чем это представляется лорду Девлину, и что поэтому он неправильно понимает смысл утверждения о том, что уголовное право следует отделить от общественной морали. Этот популярный и привлекательный тезис выражает чуть ли не главный момент в представлениях о праве и морали, которых придерживается не только лорд Девлин, но и многие другие. Важно хорошо понимать вытекающие из него следствия.

Понятие моральной позиции

Для начала мы могли бы отметить, что в нашей традиционной морали такие термины, как «моральная позиция» или «моральное убеждение», используются как для оправдания и критики, так и для описания. Мы действительно порой говорим, применительно к какой-то группе людей, о «морали», «принципах морали», «моральных верованиях», «моральных позициях» или «моральных убеждениях», так сказать, в антропологическом смысле, имея в виду любые демонстрируемые данной группой позиции в отношении правильности поведения человека, его личных качеств и целей. В этом смысле мы говорим, что моральные принципы, нацистской Германии основывались на предубеждении или были иррациональными. Но мы также используем эти термины, особенно «моральную позицию» и «моральное убеждение», с иной целью — для противопоставления обозначаемых ими взглядов предубеждениям, рационализациям, личным антипатиям или пристрастиям, произвольно выбранным точкам зрения и тому подобному. Возможно, с наиболее характерным способом такого использования этих терминов мы имеем дело, когда прибегаем к не столь часто используемому, но очень важному виду оправдания поступков,

которые сопряжены с довольно неясными или спорными моральными вопросами.

Допустим, я говорю вам, что намерен голосовать против человека, который баллотируется на ответственный государственный пост, поскольку знаю, что он гомосексуалист, а я считаю гомосексуализм глубоко безнравственным. Если вы не согласны со мной в отношении безнравственности гомосексуализма, вы можете обвинить меня в том, что я проголосую нечестно, основываясь на предубеждении или личностной антипатии, не имеющей отношения к данному моральному вопросу. Я мог бы тогда попытаться склонить вас на свою сторону в отношении гомосексуализма, а если мне это не удастся, то постарался бы убедить вас в том, что и для вас, и для меня составляет отдельный вопрос, а именно что мое решение о голосовании имеет под собой моральную позицию, хотя она и отличается от вашей. Я постараюсь убедить вас в этом, поскольку в случае успеха я вправе буду ожидать, что вы измените свое мнение обо мне и о том, что я собираюсь делать. Вы станете по-другому оценивать мой характер: вы можете все также считать меня чудачком, пуританином или наивным человеком, но будете видеть в этом уже склад характера, а не недостаток. Ваше мнение о моем поступке тоже станет в этом отношении другим. Вы признаете, что, коль скоро я придерживаюсь моральной позиции, я имею моральное право голосовать против гомосексуалиста, поскольку мое право (а, по сути, и долг) состоит в том, чтобы голосовать согласно собственным убеждениям. Вы не признавали бы за мной этого права (или долга), если бы все еще были убеждены в том, что я действую из предубеждения или личного пристрастия.

Я вправе ожидать подобного изменения в вашем мнении обо мне, поскольку эти различия составляют часть нашей общей с вами традиционной морали, которая и служит основой для нашего обсуждения. Благодаря им проводится различие между позициями, которые мы должны уважать, даже если считаем их неверными, и позициями, которые мы не обязаны уважать, поскольку они нарушают некоторое базовое правило моральных рассуждений. По большей части споры по нравственным вопросам (в реальной жизни, а не в философских трактатах) состоят из обоснования того, что какая-то позиция находится по ту или другую сторону этой решающей черты.

Именно эта особенность традиционной морали придает силу аргументу лорда Девлина о праве общества следовать собственным убеждениям. Поэтому нам следует более тщательно проанализировать понятие моральной позиции (во втором отличительном смысле), и это можно сделать, продолжив нашу

воображаемую беседу. Что я должен сделать, чтобы убедить вас в том, что я придерживаюсь моральной позиции?

(а) Я должен привести некоторые основания в пользу этого. Это не означает, что я должен сформулировать моральный принцип, которому я следую, или общую моральную теорию, которой я придерживаюсь. Очень немногие люди могут это сделать, однако способность иметь моральную позицию присуща не только тем, кто это может сделать. Мне вовсе не нужно в качестве основания приводить принцип или теорию. Я должен только указать некоторую сторону или черту гомосексуализма, которая заставляет меня считать его безнравственным: например, я могу сослаться на то, что Библия запрещает гомосексуализм или что те, кто им занимается, непригодны для брака и отцовства. Несомненно, любое такое основание предполагало бы, что я принимаю некоторый общий принцип или теорию, но от меня не требуется, чтобы я мог их сформулировать или чтобы я осознавал, что основываюсь на них.

Отнюдь не все основания, которые я мог бы привести, подойдут. Некоторые из них будут исключены по общим критериям, устанавливающим, какие основания не принимаются в расчет. Мы можем указать четыре наиболее важных критерия этого вида.

(I) Если я скажу вам, что гомосексуалисты морально неполноценны, поскольку у них нет гетеросексуальных желаний и они не «настоящие мужчины», вы отвергли бы это основание как предубеждение определенного типа. В общем предубеждения — это такой способ оценки, при котором принимаются во внимание соображения, исключаемые нашими принятыми нормами. В структурированном контексте, таком как судебное разбирательство или соревнование, базовыми правилами не исключаются только определенные соображения, и предубеждение создает основу для решения, нарушающего эти правила. Наши принятые нормы предусматривают некоторые базовые правила моральной оценки, которые действуют не только в таких специальных контекстах, и наиболее важное среди них гласит, что человека нельзя считать морально неполноценным на основании его физических данных, расовой принадлежности и прочих особенностей, которых он не может не иметь. Поэтому о человеке, который в своих моральных суждениях о евреях, неграх, южанах, женщинах или женоподобных мужчинах исходит из того, что эти категории людей автоматически заслуживают меньшего уважения, независимо от того, что каждый из них совершил, говорят, что этот человек имеет против них предубеждение.

(II) Если я в своем суждении о гомосексуалистах буду основываться на личной эмоциональной реакции («они мне против-

ны»), вы также не приняли бы это основание. Мы отличаем моральные позиции от эмоциональных реакций не потому, что первые считаются бесстрастными или не связанными с эмоциями — верно как раз обратное, — а потому, что именно моральная позиция должна оправдывать эмоциональную реакцию, а не наоборот. Если человек не в состоянии представить подобные основания, мы не отрицаем сам факт его эмоционального переживания, который может иметь серьезные социальные или политические последствия, однако мы не должны рассматривать подобное переживание как проявление его моральных убеждений. По сути, именно такое отношение человека к какой-то практике или ситуации, когда он очень эмоционально на них реагирует, но не может объяснить почему, мы склонны в повседневной жизни называть фобией или одержимостью.

(III) Если я основываю свою позицию на некотором фактическом суждении («гомосексуальные акты подрывают физическое здоровье»), которое не только ошибочно, но и настолько неправдоподобно, что нарушает минимальные стандарты обоснования и аргументации, которые я в общем считаю обязательными для себя и для других, то вы сочли бы мое мнение, пусть даже искреннее, некоторой формой рационализации и по этой причине отвергли бы приведенное мной основание. (Рационализация является сложным понятием и включает в себя, как мы увидим далее, приведение таких оснований, которыми предполагаются неприемлемые, с моей точки зрения, общие теории.)

(IV) Если я могу подкрепить свою позицию только ссылкой на убеждения других людей («все знают, что гомосексуализм — это грех»), то вы решите, что я повторяю за другими как попугай, а не опираюсь на собственные моральные убеждения. Нет никаких моральных авторитетов (за исключением, пожалуй, Бога, но и это сложный вопрос), на которые я мог бы ссылаться и которые автоматически делали бы мою позицию моральной. Я должен приводить свои собственные основания, хотя, естественно, научиться им я мог у других людей.

Несомненно, многие читатели не согласятся с этим кратким описанием предубеждений, чисто эмоциональных реакций, рационализаций и «попугайничества». Кто-то, возможно, придерживается иного представления о них. Здесь я только хочу подчеркнуть, что это разные понятия, в чем бы ни состояло их различие в деталях, и что они играют определенную роль при принятии решения о том, считать ли мнение другого человека моральным убеждением. Это не просто эпитеты, которыми мы награждаем позиции, вызывающие у нас крайнюю неприязнь.

(b) Предположим, я привожу основание, которое нельзя отвергнуть по этим (или сходным) причинам. Такое основание

будет предполагать некоторый общий моральный принцип или теорию, даже если я не способен их сформулировать и не имею их в виду, высказывая свою точку зрения. Если я привожу в качестве основания то, что Библия запрещает гомосексуализм или что для занимающихся гомосексуализмом мала вероятность вступить в брак и завести детей, то я подразумеваю, что принимаю теорию, предполагаемую приведенным мной основанием, и вы не признаете мою позицию моральной, если будете считать, что я этого не подразумеваю. Может возникнуть вопрос о моей искренности — действительно ли я верю, что предписания Библии, как таковые, обладают моральной обязательностью или что долг всех людей — заводить потомство? Впрочем, может встать вопрос не только об искренности, но и о непротиворечивости. Я могу считать, что принимаю одну из этих общих точек зрения, но на самом деле это заблуждение, поскольку другие мои убеждения и мое поведение в иных случаях могут быть несовместимыми с ней. Я могу отвергать какие-то другие предписания Библии или могу считать, что люди имеют право оставаться холостяками, если пожелают, или могут пользоваться всю жизнь контрацептивами.

Разумеется, мои общие моральные позиции могут сопровождаться оговорками и иметь исключения. Различие между исключением и несовместимостью состоит в том, что первое можно подкрепить доводами, предполагающими другие моральные позиции, которых я вправе придерживаться. Допустим, со ссылкой на авторитет Библии я осуждаю всех гомосексуалистов, но при этом не осуждаю прелюбодеев. Какое основание я могу привести для такой разной оценки? Если я не могу привести никаких оснований в оправдание, то и не могу претендовать на то, что занимаю общую позицию в отношении авторитета Библии. Если же я привожу основание, которое, видимо, оправдывает столь разную оценку, то в отношении него могут возникнуть такого же рода вопросы, как и в случае моего первоначального ответа. Какую общую позицию предполагает основание, приведенное в пользу указанного исключения? Могу ли я искренне утверждать, что придерживаюсь еще и этой общей позиции? Допустим, к примеру, что в качестве основания я ссылаюсь на то, что прелюбодеяние очень широко распространено и уже узаконено обычаем. Считаю ли я тогда, что безнравственное становится нравственным, получив широкое распространение? Если нет и если я не могу привести никаких других оснований в пользу своего различия, значит я не могу утверждать, что придерживаюсь той общей точки зрения, что все осуждаемое Библией является безнравственным. Когда мне на это укажут, я, конечно, могу изменить свою точку зрения о прелюбодеянии. Но вы бы с настороженностью

отнеслись к этому: искренне ли я изменил свое мнение или же сделал нил, чтобы сохранить свои доводы?

В принципе, из моего исходного утверждения можно вывести неограниченное количество следствий, но в реальности ни одно доказательство не может охватить большую их часть.

(с) Но действительно ли я должен приводить какие-то основания, чтобы моя позиция была признана моральным убеждением? Большинство людей считают такие поступки, как неоправданное причинение страданий или нарушение без уважительных причин важного обещания, безнравственными, и тем не менее они не могли бы привести никаких оснований в пользу этого. По их мнению, никаких оснований и не нужно, поскольку безнравственность подобных действий самоочевидна и не требует доказательств. По-видимому, отрицать моральный характер выраженной здесь позиции значит противоречить здравому смыслу.

Однако важно понять, что это разные вещи — считать свою точку зрения самоочевидной и не иметь оснований в пользу своей точки зрения. В первом случае предполагается уверенность человека в том, что не нужны больше никакие основания, что безнравственность рассматриваемого поступка не зависит от его последствий для общества или для того, кто совершает этот поступок, что она не определяется запретами религии или чем-то еще, а вытекает из природы самого поступка. Другими словами, утверждать, что какая-то точка зрения не требует доказательства, значит предоставлять основание особого вида, а именно: что данный поступок безнравственен сам по себе, и это особое основание, как и другие рассмотренные нами, может оказаться несовместимым с общими моими представлениями.

Выдвигаемые нами моральные доводы предполагают не только определенные моральные принципы, но и более абстрактные установки в отношении морального рассуждения. В частности, эти установки определяют, какие виды поступков могут быть безнравственными сами по себе. Когда я критикую ваши моральные суждения или пытаюсь оправдать свое несоблюдение традиционных моральных норм, которые я считаю неразумными, я, скорее всего, говорю об отсутствии у рассматриваемого поступка тех качеств, которые необходимы для безнравственного деяния, — например, он не влечет за собой нарушение обязательств или долга, не причиняет никому вреда, включая и того, кто его совершает, не запрещается никакой организованной религией и не является противозаконным. Поступая так, я исхожу из того, что критерии безнравственности в конечном счете сводятся к небольшому набору очень общих стандартов. Я могу прямо высказать это до-

пущение, или оно может явствовать из характера моих рассуждений. В любом случае, когда я называю *произвольными* позиции, не согласующиеся ни с одним из этих фундаментальных стандартов, я использую это допущение. Именно так я определил бы вашу позицию, если бы вы, к примеру, стали утверждать, что фотографирование или плавание являются безнравственными. Даже если я не могу сформулировать это основополагающее допущение, я все равно применяю его. Поскольку признаваемые мною фундаментальные критерии относятся к наиболее абстрактным из моих моральных норм, они не будут сильно отличаться от тех, что признают и используют мои соседи. Хотя многие люди, презирающие гомосексуалистов, не могут сказать, почему они так к ним относятся, мало кто из них стал бы категорически заявлять, что для такого отношения и не требуется оснований, ибо в этом случае их позиция, согласно их собственным же стандартам, была бы произвольной.

(d) Можно и дальше продолжать детальный анализ нашего спора, но сказанного уже достаточно, чтобы сделать некоторые выводы. Если разногласие между нами касается того, являются ли мои взгляды о гомосексуализме моральной позицией, и, соответственно, вправе ли я, руководствуясь ими, голосовать против гомосексуалиста, то я не могу разрешить это разногласие, просто сославшись на свои чувства. Вы захотите узнать, какие основания я могу привести в поддержку своих взглядов и согласуются ли мои другие взгляды и мое поведение с теми теориями, которые предполагаются этими основаниями. Несомненно, вы будете исходить из собственного понимания предубеждений, рационализаций или несовместимости взглядов, которое в каких-то деталях может отличаться от моего. В итоге мы с вами можем разойтись во мнении о том, является ли моя позиция моральной, — отчасти из-за этих различий в понимании, а отчасти из-за того, что человек скорее признает использование этих неправомерных оснований другими, чем им самим.

Мы не должны поддаваться скептическому заблуждению и на основе этих фактов делать вывод о том, что не существует предубеждений, рационализаций и несовместимости или что употребление человеком этих терминов применительно к каким-то позициям означает лишь, что он резко негативно к ним относится. Это было бы равносильно утверждению, что зависти не существует, поскольку разные люди по-разному понимают зависть и искренне расходятся в оценке того, завидует ли один из них, поэтому, говоря о зависти какого-то человека, люди просто выражают свою неприязнь к нему.

Мораль в понимании лорда Девлина

Теперь мы можем вновь обратиться ко второму аргументу лорда Девлина. Он утверждает, что, когда законодатели должны решать моральные проблемы (согласно его гипотезе, эта необходимость возникает, когда какая-то практика начинает угрожать ценному социальному установлению), они должны следовать моральной позиции, относительно которой в обществе в целом достигнуто единодушное согласие, поскольку этого требуют демократические принципы и поскольку общество вправе следовать своим собственным убеждениям. Этот аргумент был бы похож на правду, если бы лорд Девлин, говоря о моральном согласии в обществе, имел в виду моральные позиции в том отличительном смысле, который мы здесь разбирали.

Однако он не имеет в виду ничего подобного. Его определение моральной позиции показывает, что он использует это понятие в антропологическом смысле. Так, по его словам, обыкновенный человек, мнение которого мы должны узаконить, «скорее всего, не будет ни о чем рассуждать, и его мнение в большей степени будет выражением чувств»¹. «Если здравомыслящий человек считает, — добавляет лорд Девлин, — что какая-то практика безнравственна, а также считает (не важно, правильно или ошибочно, главное — искренне и беспристрастно), что ни один добропорядочный гражданин в его обществе не мог бы думать иначе, то для закона эта практика безнравственна»². В другом месте он с одобрением приводит высказывание декана Ростоу, в котором тот приписывает ему ту точку зрения, что «общепринятая мораль общества в любой момент времени представляет собой смесь обычая и убеждения, разума и чувства, опыта и предубеждения»³. Его понимание морального убеждения яснее всего вырисовывается из известного высказывания о гомосексуалистах. Если обыкновенный человек считает гомосексуализм «столь гнусным пороком, что само его существование для [него] оскорбительно»⁴, то для лорда Девлина это означает, что чувства обыкновенного человека по поводу гомосексуалистов есть выражение морального убеждения⁵.

¹ *Devlin*. P. 15.

² *Ibid.* P. 22-23.

³ *Rostow E. V. The Enforcement of Morals* // 1960 *Camb. L. J.* P. 174, 197; переиздано в: *Rostow E. V. The Sovereign Prerogative*. 1962. P. 45, 78. Цитируется в: *Devlin*. P. 95.

⁴ *Ibid.* P. 17.

⁵ В предисловии (*Ibid.* P. viii) лорд Девлин признает, что лексика его первоначальной лекции, возможно, свидетельствует о его «слишком боль-

Выводы лорда Девлина несостоятельны, поскольку основываются на использовании понятия «моральная позиция» в антропологическом смысле. Даже если большинство людей действительно считают гомосексуализм гнусным пороком и не могут терпимо относиться к его существованию, все же возможно, что это общее мнение представляет собой смесь предубеждений (основывающихся на том допущении, что гомосексуалисты в силу своего женоподобия являются морально неполноценными людьми), рационализаций (опирающихся на столь необоснованные фактические допущения, что они нарушают принятые в обществе стандарты рациональности) и личных антипатий (выражающих не убеждение, а слепую ненависть, вырастающую из непризнаваемых подозрений в отношении самого себя). Не исключена возможность, что обычный человек не способен привести никаких оснований в пользу своей точки зрения и просто повторяет мнение соседа, который, в свою очередь, повторяет его мнение, или же приводимые им основания имеют под собой такую общую моральную позицию, которой он не мог бы искренне и последовательно придерживаться. Если так, то наши принципы демократии не призывают к проведению в жизнь такого единодушного решения, ибо в нашей общепринятой морали важное и фундаментальное значение имеет убеждение в том, что личные антипатии, рационализации и предубеждения не служат оправданием для ограничения чьей-либо свободы. Тогда и огромное большинство в обществе было бы не вправе следовать своим собственным убеждениям, ибо подобная привилегия не распространяется на тех, кто действует из предубеждений, рационализаций или личных антипатий. По сути, различие между ними и моральными убеждениями в основном проводится для того, чтобы подчеркнуть неправомерность таких позиций.

Добросовестный законодатель, когда ему говорят о существовании морального единодушия в обществе, должен удостовериться в этом. Разумеется, он не может изучить убеждения или

том внимании к чувствам и слишком незначительном внимании к разуму», и заявляет, что законодатель вправе не принимать в расчет «иррациональные» мнения. В качестве примера последних он приводит мнение о том, что гомосексуализм вызывает землетрясения, и утверждает, что исключить иррациональность «обычно не представляет труда и не очень важное дело». Думаю, отсюда справедливо заключить, что только это лорд Девлин и позволил бы законодателю исключить из рассмотрения. Если же я ошибаюсь и лорд Девлин попросил бы его исключить из рассмотрения предубеждения, личные антипатии, произвольно выбранные мнения и тому подобное, он бы сказал об этом и попытался бы сформулировать некоторые из этих различий. Если бы он так поступил, его выводы были бы другими и, несомненно, встретили бы иной отклик.

поведение отдельных граждан, не может устроить опрос в общественном транспорте. Суть не в этом.

Утверждение о существовании морального единодушия само основывается не на опросе общественного мнения. Оно апеллирует к пониманию законодателем того, как в его обществе реагируют на непопулярную практику. Однако то же самое понимание предполагает и осведомленность о причинах, по которым такая реакция получает общую поддержку. Если были проведены общественные дебаты, сопровождающиеся статьями на первых страницах газет, выступлениями коллег-законодателей и открытыми признаниями заинтересованных сторон, и если сюда добавить его собственную переписку, то законодатель будет лучше осведомлен о высказываемых доводах и отстаиваемых позициях. Он должен тщательно проанализировать эти доводы и позиции, пытаясь выявить среди них предубеждения, рационализации и мнения, основанные на общих принципах или теориях, неприемлемых для огромного большинства населения и т. д. Может так получиться, что, закончив этот анализ, он сочтет необоснованным утверждение о моральном единодушии. Думаю, в случае гомосексуализма это утверждение не было бы доказано, и именно поэтому предположение лорда Девлина, в котором не учитываются указанные различия, является очень серьезным заблуждением. Шокирует и является ошибочной не его мысль о важности общественной морали, а его представление о том, что считать общественной моралью.

Разумеется, законодатель должен применить эти критерии сам. Если он разделяет общепринятую точку зрения, он с меньшей вероятностью найдет ее неадекватной, но, если он самокритичен, в ходе анализа он может изменить свое мнение. Его ответ в любом случае будет зависеть от того, как он понимает требования нашей общепринятой морали. Это неизбежно, ибо, каким бы критериям мы ни предписывали ему следовать, он сможет применять их только по собственному разумению.

Законодателя, который отказывается видеть в широко распространенных проявлениях негодования, нетерпимости и отвращения моральную позицию общества, нельзя обвинять в моральном высокомерии. Он не просто противопоставляет свои просвещенные взгляды взглядам широкой публики, которая их не приемлет. Он делает все возможное, чтобы утвердить особую и принципиально важную часть общественной морали, утвердить согласие, более необходимое для существования известного нам общества, чем то, о котором говорит лорд Девлин.

Ни один законодатель не может позволить себе игнорировать общественное возмущение. С ним он обязан считаться. Именно оно устанавливает границы его политических возможностей и определяет, какие стратегии убеждения и давления он

может использовать в этих границах. Однако мы не должны смешивать стратегию и справедливость, факты политической жизни и принципы политической морали. Лорд Девлин понимает эти различия, однако его аргументы, боюсь, обращены к тем, кто их не осознает.

Постскриптум о порнографии

Я рассматривал гомосексуализм, поскольку этот пример был выбран лордом Девлином, но мне бы хотелось сказать несколько слов о порнографии хотя бы потому, что именно этот вопрос широко дебатировался в американской печати в то время, когда Великобритания обсуждала идеи лорда Девлина. Не так давно Верховный Суд принял решение по трем важным судебным делам: Гинзбурга, Мишкина и Фанни Хилл¹. В двух случаях признание виновности (и тюремный приговор) за распространение порнографии было оставлено в силе, а в третьем случае, хотя Верховный Суд и отменил запрещение штата в отношении якобы непристойного романа, трое судей высказали свое несогласие.

В двух из этих случаев были пересмотрены процедуры, применяемые судами штатов при установлении конституционности законов, в третьем случае пересмотру подверглись интерпретация и применимость федерального законодательного акта. Таким образом, Верховному Суду пришлось высказаться по конституционному вопросу о рамках, в которых штат или нация могут на законных основаниях ограничивать публикацию эротической литературы, и по вопросу толкования законодательных актов. Вместе с тем, каждое решение поднимало принципиальные политические вопросы того рода, что мы рассматриваем здесь.

Большинство судей заявили о своей приверженности конституционному критерию, сформулированному несколько лет назад в деле Рота². Согласно этому критерию, книга является порнографической, и, следовательно, ее не защищает Первая поправка, если: «(а) преобладающая тема при рассмотрении материала в целом обращена к похотливому сексуальному интересу; (b) материал является явно оскорбительным, поскольку открыто нарушает существующие общественные стандарты в отношении описания и изображения сексуальных отношений; и (с) материал совершенно лишен возмещающей общественности»

¹ См. выше.

² Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

ной ценности»¹. Мы могли бы сформулировать принципиальный политический вопрос следующим образом: Что дает федеральному правительству или правительству любого штата моральное право запрещать публикацию книг, которые по критерию, сформулированному в деле Рота, являются непристойными?

В решении судьи Бреннана по делу Мишкина содержался такой ответ: эротическая литература, по его словам, побуждает некоторых читателей к совершению преступления. Если это так, если в значительном числе подобных случаев тех же самых читателей не подтолкнули бы к совершению тех же самых преступлений другие стимулы и если данную проблему нельзя успешно разрешить другим образом, то это могло бы дать обществу основание для запрещения этих книг. Но это лишь умозрительные предположения, и они в любом случае не имеют отношения к делам вроде дела Гинзбурга, в котором решение Верховного Суда основывалось не на непристойном характере самих публикаций, а на том обстоятельстве, что они были представлены публике как развращающие, а не просвещающие. Можно ли дать какое-либо иное оправдание запрещению непристойных книг?

Можно сформулировать аргумент по аналогии со вторым аргументом лорда Девлина. По сути, многие из тех, кто признает право общества на запрещение порнографии, такого рода доводами и руководствуются. Этот аргумент мог бы иметь следующий вид.

(1) Если мы разрешим свободную продажу и распространение непристойной литературы, в итоге изменится общая атмосфера в обществе. То, что сегодня считается непристойным и вульгарным в речах, одежде и поведении на людях, станет вполне приемлемым. Публика, которая могла бы законно пользоваться порнографией, вскоре не стала бы довольствоваться ничем более скромным, и все формы массовой культуры неизбежно приобрели бы более непристойный характер. Мы уже наблюдали действие этих сил — смягчение закона в отношении таких книг, как «Тропик Рака», которые было разрешено опубликовать, уже оказало свое влияние на то, что сегодня мы видим в кинофильмах и иллюстрированных журналах, на пляжах и городских улицах. Возможно, мы должны заплатить такую цену, когда речь идет о том, что, по мнению многих критиков, является произведением искусства, однако это слишком высокая цена за халтуру — массовую продукцию, создаваемую только ради прибыли.

¹ *Memoirs v. Massachusetts (Fanny Hill)*, 383 U. S. 413, 418 (1966).

(2) В ответ недостаточно указать, что социальные обычаи не изменятся, если только большинство населения не будет готово участвовать в их изменении. Моральное разложение в обществе осуществляется через средства массовой информации, оно не находится под контролем людей и вообще не подчиняется какому-либо сознательному управлению. Безусловно, вызывая отвращение, порнография притягивает к себе, и на каком-то этапе снижения общественных стандартов большинство перестанет возражать против их дальнейшего снижения, но это будет доказывать не отсутствие морального разложения, а его успешное осуществление. Именно эта возможность предписывает нам силой охранять наши стандарты, пока мы их еще имеем. Это пример — и не единственный, — когда мы хотим, чтобы закон защитил нас от самих себя.

(3) Запрещение порнографии ограничивает свободу авторов, издателей и потенциальных читателей. Но если они хотят делать нечто безнравственное, мы вправе защищать себя ценой ограничения их свободы. Таким образом, перед нами встает моральный вопрос: имеет ли человек моральное право публиковать или читать «крутую» порнографию, которая лишена какой-либо ценности или достоинства, кроме оказываемого ею эротического воздействия? Этот моральный вопрос не следует решать простым декретированием или прибегая к помощи самозванных наставников, его следует передать на рассмотрение обществу. В настоящее время общество считает «крутую» порнографию безнравственной, а тех, кто ее производит, — пособниками порока; кроме того, оно считает защиту существующих в обществе сексуальных нравов достаточно важным оправданием для ограничения их свободы.

Как бы мы ни оценивали этот аргумент, для него очень важно, чтобы единодушие, о котором говорится в последнем предложении, выражало моральное убеждение. Если бы оказалось, что неприязнь обычных людей к порнографии является делом вкуса или произвольно выбранной точкой зрения, данный аргумент был бы несостоятельным, поскольку эти основания не являются достаточными для ограничения свободы.

Многим читателям покажется парадоксальным уже сам вопрос о том, являются ли взгляды среднего человека относительно порнографии моральными убеждениями. Для большинства людей нормы сексуального поведения составляют сердцевину морали, и, если взгляды обычных людей о прелюбодеянии, адюльтере, садизме, эксгибиционизме и других излюбленных темах порнографической литературы не относятся к моральным убеждениям, трудно вообразить, какие другие их взгляды к ним относятся. Однако писать и читать об этих вещах — не то же самое, что заниматься ими, и, если можно привести основания

для осуждения самих практик (причиняют боль, кощунственны, оскорбительны, вызывают раздражение в обществе), то эти основания не распространяются на создание и смакование подобных фантазий.

Те, кто заявляет о единодушной моральной позиции в отношении порнографии, должны предоставить подтверждение этому. Они должны привести моральные основания и доводы, которых мог бы искренне и последовательно придерживаться средний гражданин общества (в описанном нами смысле). Возможно, это осуществимо, но простое заявление о том, что обычный человек — неважно, находится ли он на скамье присяжных или нет, — все эти практики совершенно отвергает, заменить такое обоснование не может.

Свобода и либерализм

Известный очерк Джона Стюарта Милля «О свободе» в целом сослужил лучшую службу консерваторам, нежели либералам. Начиная с Фицджереймса Стефена и кончая Уилмором Кендаллом и лордом Девлином критики либерализма с удовольствием приводили этот очерк в качестве наиболее убедительной философской защиты данной теории, а затем, указав изъяны в его аргументации, заявляли о несостоятельности либерализма. В своей работе «Свобода и либерализм: доказательство Джона Стюарта Милля» Гертруда Химмельфарб использует этот очерк в тех же целях, но с некоторым отличием. Она не критикует доводы Милля, а выдвигает аргументы *ad hominem* против него самого. Она утверждает, что Милль в других своих работах отвергает те философские посылки, на которых строится очерк «О свободе». Фридрих Хайек уже высказывал эту мысль раньше, и мисс Химмельфарб затрагивала ее в подготовленном ею в 1962 г. издании очерков Милля. Теперь же она находит ей подробные документальные подтверждения.

Если, как она полагает, «О свободе» противоречит всему написанному Миллем до и после этой работы, необходимо объяснить, почему он потратил столько сил и времени на опровержение самого себя в данном очерке. Мисс Химмельфарб находит этому объяснение в его долгой близости с Гарриеттой Тэйлор, которая стала его женой перед тем, как очерк был написан, но умерла до его публикации. Милль посвящает ей очерк «О свободе» и с явным преувеличением пишет, что ее идеи вдохновили его на создание этого очерка и что она была деятельным помощником в долгом процессе его доработки и совершенствования. Мисс Химмельфарб же считает, что это недооценка роли мисс Тэйлор, которая настолько преобладала в их творческом союзе, что ей удалось склонить Милля к столь несвойственной ему интеллектуальной позиции. Она также полагает, что поводом для написания очерка стало возмущение мисс Тэйлор угнетенным правовым и социальным положением женщины в Викторианской Англии; хотя эта тема едва ли упоминается в очерке, но она представляет огромный интерес для мисс Тэйлор.

Однако единственный довод мисс Химмельфарб в пользу предположения о серьезном влиянии мисс Тэйлор на Милля состоит в отсутствии какого-либо иного объяснения этой несогласованности в его мышлении. Никаких прямых свиде-

тельств этому нет ни в самом очерке, ни вне его. По мнению мисс Химмельфарб, отсутствие свидетельств в самом очерке лишний раз доказывает, насколько тесным было их сотрудничество; отсутствие же внешних свидетельств она объясняет тем, что во время работы над очерком Милль жил в отрыве от всех своих друзей. Если же реального несоответствия между очерком «О свободе» и другими трудами Милля нет, то и для интересных домыслов мисс Химмельфарб нет оснований.

Она подкрепляет предполагаемое несоответствие следующими доводами. Милль рассматривает свободу не только в этом известном очерке, но и во многих других книгах и статьях, в том числе в автобиографии, в более раннем очерке «Дух века», в знаменитом очерке о Кольридже и в основном труде по утилитаризму. Во всех перечисленных произведениях он обосновывает сложность и историзм политической теории. Он критикует основоположника утилитаризма Бентама за сведение социальной психологии и политической теории к простым аксиомам. Он развивает пессимистическую теорию человеческой природы, подчеркивает важность культурных и исторических ограничений на проявление эгоизма и придает важное значение роли государства в воспитании у граждан общественного сознания и неприятия индивидуализма.

Очерк «О свободе», по мнению мисс Химмельфарб, противоречит каждому из этих положений. Он начинается с установления «одного очень простого принципа, на котором должны основываться отношения общества к индивидууму, т.е. на основании которого должны быть определены принудительные и контролирующие действия общества по отношению к индивидууму. Принцип этот заключается в том, что люди, индивидуально или коллективно, могут справедливо вмешиваться в действия индивидуума только ради самосохранения, что каждый член цивилизованного общества только в таком случае может быть справедливо подвергнут какому-нибудь принуждению, если это нужно для того, чтобы предупредить с его стороны такие действия, которые вредны для других людей, — личное же благо самого индивидуума, физическое или нравственное, не составляет достаточного основания для какого бы то ни было вмешательства в его действие»¹.

Во-первых, она осуждает абсолютный характер данного утверждения: по ее словам, Милль изменяет своей собственной искушенности, когда говорит, что на «одном очень простом принципе» могут «основываться» сложные взаимосвязи между обществом и индивидуумом. Она определяет этот простой

¹ Милль Д.С. О свободе // О свободе. Антология западно-европейской классической либеральной мысли. М.: Наука, 1995. С. 295—296.

принцип как «крайнее» требование свободы и противопоставляет его более характерным для Милля высказываниям о традиции и воспитании. Очерк «О свободе», утверждает она, поощрял в людях склонность «высоко ценить и лелеять свои личные желания, побуждения, наклонности и намерения, видеть в них единственный источник блага, силу, создающую личное и общественное благосостояние»; в нем находила поддержку философия, для которой «не существовало никакого более высокой и более ценного субъекта, кроме отдельного человека, которая усматривала в отдельном человеке кладезь мудрости и добродетели, а его свободу провозглашала единственной целью социальной политики». Все это идет вразрез с собственной философией Милля, изложенной в других работах, согласно которой человек достигает добродетели и совершенства, проявляя заботу о других, а не сосредотачиваясь исключительно на себе.

Свою аргументацию мисс Химмельфарб начинает с грубой ошибки, от которой ей так и не удастся избавиться. Она смешивает силу принципа и область его действия. Представления Бентама о человеческой природе и пользе, которые Милль находит слишком простыми, были абсолютными по своей области применения. Бентам считал, что за любым человеческим поступком или решением стоит некий расчет удовольствий и страданий и что каждое политическое решение должно приниматься с учетом такого же расчета с тем, чтобы в итоге максимизировать для общества в целом общую сумму простых удовольствий по сравнению со страданиями.

Однако принцип Милля имеет очень ограниченную область действия. Он распространяется на те относительно редкие случаи, когда от правительства требуют запретить некоторое действие только на том единственном основании, что оно представляет опасность для человека, который его совершает, как, например, вождение мотоцикла без шлема. Или же на том основании, что оно нарушает общественные нормы морали, как, например, занятия гомосексуализмом или издание и чтение порнографической литературы. Такие решения составляют очень небольшую часть забот, находящихся в ведении правительства. Этот принцип ничего не говорит о том, как правительству следует распределять такие ограниченные ресурсы, как доход, безопасность или власть, или о том, когда следует ограничивать свободу ради осуществления каких-то других ценностей. Он не содержит, к примеру, рекомендаций, предписывающих правительству уважать свободу совести «отказников» от военной службы в ущерб боеспособности вооруженных сил, или свободу выражения протеста в ущерб чьей-то собственности, или свободу землепользования несмотря на связанное с нею нарушение общественного порядка.

Чем более ограниченной является область действия принципа, тем с большей вероятностью его можно назвать абсолютным. Даже наиболее искушенные философы могли бы, к примеру, считать, что со стороны правительства всегда будет несправедливым ничем не вызванное оскорбление какой-то категории граждан. Милль полагал, что его принцип также имеет достаточно ограниченную область действия, чтобы быть абсолютным, и, хотя он мог ошибаться в этом, его едва ли стоит по этой причине обвинять в бесхитростности или фанатизме.

Допущенное мисс Химмельфарб смешение области действия и силы миллевского принципа имеет своим следствием курьезные аргументы в заключительной части ее книги. По ее словам, в последние годы либералы довели этот принцип до его логической крайности, и это означает, что они еще не усвоили, что «абсолютная свобода может полностью развратить» и что «население, не способное уважать принципы благоразумия и умеренности, неизбежно ведет себя настолько неблагоразумно и неумеренно, что нарушает все остальные принципы, в том числе и принцип свободы». Однако из ее собственного изложения с трудом усматривается какая-либо связь между позицией Милля и общественными беспорядками. Например, она говорит, что радикальная «контркультура» превозносит стихийность, и на этом основании настаивает, что она является творением Милля. Вместе с тем, она признает, что язык, которым выражает себя эта «контркультура», больше подчеркивает общность, чем индивидуальность. Она могла бы добавить, что приверженцы «контркультуры» с особым презрением относятся к либерализму вообще и к Миллю в частности и отдают намного больше предпочтения таким писателям, как Маркузе, резкое неприятие которым очерка «О свободе» близко им по духу.

Другие приводимые ею подтверждения морального разложения общества сводятся к известным примерам откровенного сексуального поведения. Верно, законы, преследующие гомосексуалистов, были смягчены, порнофильм «Deer Throat» был показан без купюр во многих городах, и сегодня гораздо чаще встретишь обнаженных купальщиков на пляжах, чем прежде.

Однако это не представляет угрозы какому-либо принципу справедливости. Подлинный ущерб свободе был нанесен, когда Гарвард отказался, а Йель оказался неспособным предоставить профессору Шокли возможность выступить, но это произошло не из-за избытка, а из-за недостатка нашего внимания к тому, что говорит Милль.

По мнению мисс Химмельфарб, подобные изменения в сексуальных нравах являются предвозвестником или симптомом более общей социальной анархии и беззакония. Она полагает, что Милль сформулировал новую и всеобъемлющую идею свободы;

что предложенное им различие между решениями человека, касающимися его самого, и решениями, касающимися других, является чисто произвольным и нелогичным и что оно было проведено с тем, чтобы положить пределы этой разрушительной идее; но поскольку это различие провести нельзя, данная идея должна вскоре обернуться насилием и анархией, тем полным развращением, которое гарантируется абсолютной свободой. Эту риторику в последней трети книги мисс Химмельфарб можно объяснить только ее убеждением в том, что принцип Милля обладает внутренней логикой и неизбежными последствиями и что его область действия и сила должны быть абсолютными.

Однако ее аргументация, при всех других недостатках, обнаруживает колоссальное непонимание ею очерка «О свободе»; она смешивает два понятия свободы и приписывает Миллю не то, которое он развивает в этом очерке. Она не различает идею свободы как вольности, выражающую ту степень, в какой человек свободен от социальных и правовых ограничений делать то, что он пожелает, и идею свободы как независимости, выражающую независимое и равноправное, а не подчиненное положение человека. Разумеется, эти две идеи тесно связаны между собой. Если человека сильно сковывают правовые и социальные ограничения, то это, по меньшей мере, убедительно свидетельствует о том, что он занимает политически подчиненное положение по отношению к некоторой группе, которая использует свою власть над ним для навязывания ему этих ограничений. Тем не менее, эти две идеи имеют очень важные различия.

Понятие свободы как вольности не позволяет провести границу между разными формами поведения. Любой запретительный закон урезывает свободу гражданина, понимаемую как вольность: справедливые законы (например, законы, запрещающие убийства) ограничивают свободу точно так же и, возможно, даже в большей мере, как и несправедливые законы (например, законы, запрещающие политические выступления). В связи с любым таким законом встает вопрос не о том, ущемляет ли он свободу, ибо он действительно ее ущемляет, а о том, оправдано ли это ущемление какими-либо конкурирующими ценностями, например, равенством, безопасностью или общественным удобством. Если философ-обществовед придает очень высокое значение свободе как вольности, его могут понять так, будто он ставит относительно низко эти конкурирующие ценности. Если, к примеру, он отстаивает свободу слова, выдвигая некоторый общий аргумент в пользу вольности, то тем самым он также выступает в поддержку, по крайней мере *pro tanto*¹, свободы создавать монополии или крушить витрины магазинов.

¹ В такой же мере, соответственно, пропорционально (лат.). — Прим. пер.

Однако понятие свободы как независимости позволяет провести такого рода различия. Например, вполне возможно, что законы, запрещающие убийства или создание монополий, в целом не угрожают политической независимости граждан, но, напротив, необходимы для ее обеспечения. Если философ-обществовед придает большое значение свободе как независимости, то вовсе необязательно, что он пренебрегает такими ценностями как безопасность или удобство, пусть даже и в относительном смысле. Например, если он отстаивает свободу слова, выдвигая общий аргумент в пользу независимости и равенства, он не выступает автоматически за большую вольность, когда этим другим ценностям ничего не угрожает.

Доказывая, что в силу своей внутренней логики миллевский принцип грозит привести к анархии, мисс Химмельфарб допускает, что этот принцип поощряет свободу как вольность. В действительности же этот принцип выражает более сложную идею свободы как независимости. Бентам и отец Милля, Джон Милль, полагали, что политическая независимость будет в достаточной мере обеспечиваться широким распространением права голоса и других политических свобод, то есть будет обеспечиваться демократией. Милль же видел в независимости еще один аспект равенства; он утверждал, что угрозу независимости человека представляют не просто политические процедуры, отрицающие за ним равное право голоса, но и политические решения, отказывающие ему в равном уважении. Законы, признающие и защищающие общие интересы (например, законы, запрещающие насилие и создание монополий), не причиняют ущерба каким-либо классам или индивидам; но законы, ограничивающие действия человека на том лишь основании, что он не способен сам решать, что для него правильно, наносят ему серьезный ущерб. Они ставят человека в духовное и моральное подчинение конформистам, составляющим большинство населения, и отказывают ему в независимости, на которую он имеет право. Милль настаивает на политической важности таких моральных понятий, как достоинство, личность и оскорбление. Именно эти сложные понятия, а не более простую идею вольности он пытался внести в политическую теорию и положить их в основу лексики либерализма.

Разделение совершаемых человеком действий на те, которые касаются его самого, и те, которые касаются других, не является произвольно принятым компромиссом в отношении требований вольности и других ценностей. Оно вводилось для того, чтобы определить политическую независимость, поскольку им устанавливается четкая граница между управлением, предполагающим равное ко всем уважение, и управлением, отрицающим такое уважение. Это объясняет, почему Миллю так трудно было

определить это различие и почему он проводил его по-разному в разных случаях. Он признавал то, чему всегда столь много внимания уделяли его критики: любой поступок, каким бы личным он ни был, может иметь важные последствия для других людей. Он отмечал, к примеру, что, если человек беспробудно пьет, это доставляет боль другим мужчинам и женщинам, которые не могут равнодушно смотреть, как он впустую растрачивает свою жизнь. Тем не менее решение человека в отношении пьянства касается его самого не потому, что оно не имеет последствий для общества или эти последствия не важны, а потому, что они проявляются, как говорит Милль, *через* личность того, кто совершает эти действия. Мы не могли бы признать за обществом право не испытывать сочувствия или сожаления, не признав одновременно его право решать, какими, как личности, должны быть члены общества, а это право Милль считал несовместимым со свободой.

Как только проведено различие между двумя понятиями свободы, сразу рушится довод мисс Химмельфарб о том, что Милль в других своих работах противоречит очерку «О свободе». Она приводит, например, отрывок из одной его ранней работы:

«Свобода в своем исходном смысле означает свободу от ограничений. В этом отношении любой закон, любая норма морали направлены против свободы. Только деспот, над которым не властны ни законы, ни моральные нормы, обладает полной свободой действий. Правительственная мера, следовательно, не является обязательно плохой только потому, что она противоречит свободе; ее осуждение на этом основании ведет к смешению идей».

Под «исходным» смыслом понятия свободы юный Милль, несомненно, имел в виду свободу как вольность, и ничто в этом отрывке не противоречит очерку «О свободе» ни духом, ни буквой. Мисс Химмельфарб также приводит отрывки из очерка о Кольридже, где Милль среди задач, которые призвано решать воспитание в добропорядочном обществе, указывает развитие у человека «привычки, а значит, и способности подчинять свои личные побуждения и стремления тому, что считается интересами общества...» Однако, воспитывая в людях способность считаться с целями общества, мы приучаем их признавать определенные границы для вольности и уважать интересы других людей, но отнюдь не ставить себя в зависимость от этих интересов, когда они не затрагиваются.

Мисс Химмельфарб отмечает, что Милль в той же работе с одобрением говорит о национальном чувстве как об общепринятой общественной философии. По ее мнению, такое национальное чувство идет вразрез с индивидуальностью, отстаивае-

мой в очерке «О свободе». Однако она не упоминает, что Милль тут же оговаривается: «единственной формой проявления [этого] чувства в будущем» скорее всего будет общее уважение к «принципам индивидуальной свободы и общественного равенства, как оно воплощается в установлениях, которые еще нигде не существуют или существуют только в зачаточном виде». Не упоминается ею и то, что в очерке о Кольридже Милль характеризует воспитание и национальное чувство не как некоторые компромиссы с целями свободы (в понимании *philosophie*¹), а как условия достижения этих целей, как условия, необходимые для сохранения «силы и мужественности характера». Все работы, упоминаемые мисс Химмельфарб, скорее подтверждают, чем противоречат высказанной в очерке «О свободе» идее о том, что независимость личности следует отличать от вольности и анархии и что она составляет особое и очевидное условие справедливого общества.

Если бы она понимала это, то не стала бы повторять нелепое утверждение о том, что истинные либералы должны уважать и экономическую свободу, и свободу мысли, равно как не стала бы обвинять социалиста Милля в том, что и в этом вопросе он занимает непоследовательную позицию. Экономическую свободу и свободу мысли можно ставить на одну доску только в том случае, если под свободой понимается вольность; если же под свободой понимать независимость, то эти два вида свободы имеют очевидные различия и в чем-то являются несовместимыми.

Верховный Суд спутал эти две идеи, когда несколько десятилетий назад на какое-то время принял решение о том, что, если Конституция защищает свободу вообще, то она защищает и свободу работодателя нанимать рабочих на любых, удобных ему, условиях. Консерваторы смешивают эти идеи, когда и к сексуальной независимости, и к политическому насилию применяют понятие «вседозволенности», полагая, что различаются они только по степени. Радикалы смешивают эти идеи, когда отождествляют либерализм с капитализмом, полагая, таким образом, что индивидуальные права повинны в социальной несправедливости. Собрание трудов Милля — не источник подобной путаницы, а противоядие от нее.

¹ Философ (франц.). — Прим. пер.

Какие у нас есть права?

1. Нет права на свободу

Есть ли у нас право на свободу¹? Томас Джефферсон полагал, что есть, и с его времени право на свободу было в ходу значительно больше, нежели конкурентные ему и упомянутые Джефферсоном права на жизнь и стремление к счастью. Свобода (liberty) дала свое имя наиболее влиятельному политическому движению прошлого столетия, и многие из тех, кто сегодня ни во что не ставят либералов, оправдывают свое отношение к ним тем, что либералы недостаточно борются за свободу. Разумеется, почти все признают, что свобода — это не единственное политическое право и что, стало быть, мы должны ограничивать требования свободы, например в пределах, обеспечивающих защиту безопасности и собственности других людей. Тем не менее велико единодушие в поддержке того или иного права на свободу, хотя это, как я постараюсь показать в настоящей главе, является заблуждением.

Право на свободу пользуется популярностью у всех разнообразных политических сил. Риторика свободы вдохновляла все радикальные движения — от интернациональных освободительных войн до кампаний, проводимых в защиту сексуальной свободы и за освобождение женщин. Еще более выдающиеся услуги свобода оказывала консерваторам. Даже умеренные социальные преобразования, выдвинутые антимонополистическим и тред-юнионистским движениями или предусматривавшиеся политикой «нового курса» на ее начальном этапе, встречали противодействие по той причине, что они ущемляли право на свободу. По этой же причине в недавнем прошлом натолкнулись на ожесточенное сопротивление и те, кто попытался в Америке добиться расовой справедливости такими методами, как перевозка черных и белых школьников², и те, кто старался добиться социальной справедливости в Великобритании посредством ограничений на частное образование.

Фактически, стало привычным видеть в великих социальных вопросах внутренней политики, и прежде всего в расовом

¹ В этом эссе я употребляю слово «свобода» в значении, которое Исайя Берлин назвал «негативным».

² Имеется в виду перевозка школьников в школы других районов в целях социальной и расовой интеграции. — *Прим. пер.*

вопросе, выражение конфликта между требованиями свободы и равенства. Бытует мнение, что хотя бедные, негры, необразованные и неквалифицированные, возможно, и имеют абстрактное право на равенство, но вместе с тем состоятельные, белые, образованные и квалифицированные имеют право на свободу. Какие бы усилия в борьбе за социальные преобразования в поддержку первой совокупности прав мы ни предпринимали, необходимо учитывать и соблюдать вторую совокупность прав. За исключением экстремистов, все, следовательно, признают необходимость компромисса между равенством и свободой. Любое важное социальное законодательство — касается ли оно налоговой политики или интеграционных планов — испытывает на себе воздействие предполагаемого конфликта между этими двумя целями.

Именно этот предполагаемый конфликт между равенством и свободой я имел в виду, когда спрашивал, есть ли у нас *право* на свободу, как полагают Джефферсон и все остальные. Это ключевой вопрос. Если свобода выбирать себе школы, наемных работников или соседей — это просто то, чего мы все хотим, как хотим кондиционирования воздуха или омаров, то тогда мы не имеем права цепляться за эти свободы как за некий противовес признаваемым нами правам других людей на равную долю уважения и ресурсов. Но если мы можем утверждать, что мы не просто хотим этих свобод, но что у нас есть на них право, то тогда мы, по крайней мере, заложили основание для того, чтобы требовать компромисса.

Сейчас, к примеру, существует движение в поддержку предложенной поправки к Конституции Соединенных Штатов, которая гарантировала бы каждому школьнику законное право посещать «соседнюю школу» и тем самым лишала бы юридической силы перевозку школьников. Предположение о том, что соседние школы наряду с судами присяжных принадлежат к числу конституционных ценностей, кажется нелепым, но только не тем многим американцам, для которых принудительная перевозка школьников в такой же мере является нарушением основополагающего права на свободу, в какой было надругательством над равенством сегрегированное школьное образование. Но это представляется мне абсурдным; в действительности, мне кажется абсурдным само предположение о том, будто мужчины и женщины обладают каким-то общим правом на свободу, по крайней мере, в том смысле, в каком понимают свободу ее поборники.

Я имею в виду традиционное определение свободы как отсутствия налагаемых правительством ограничений на то, что человек мог бы при желании совершить. Исая Берлин в наиболее известном современном эссе о свободе сформулировал

это так: «Значение, в каком я употребляю термин "свобода", предполагает не просто отсутствие сорванных намерений, но отсутствие препятствий для любого возможного выбора или действия — отсутствие преград на дорогах, которыми человек, возможно, решит пройти». Для этого представления о свободе как о вольности не важно, какие разнообразные действия человек мог бы совершить, какими разнообразными дорогами он мог бы при желании пройти. Свобода человека урезается, когда мы препятствуем ему высказываться или заниматься любовью так, как он того желает, но его свобода ущемляется и тогда, когда мы препятствуем ему убивать или бесчестить других людей. Эти последние ограничения, вероятно, оправданы, но только потому что они служат необходимым компромиссом для защиты свободы или безопасности других людей и отнюдь не потому что сами по себе они не посягают на независимую ценность свободы. Бентам говорил, что любой закон есть «нарушение свободы», и хотя некоторые из этих нарушений могут быть необходимыми, было бы заблуждением представлять их как ненарушения вовсе. В этом нейтральном всеобъемлющем смысле вольности свобода со всей очевидностью составляет конкуренцию равенству. Законы нужны для защиты равенства, и неизбежно законы представляют собой компромиссы относительно свободы.

Либералов вроде Берлина удовлетворяет нейтральное понятие свободы, поскольку оно, как им представляется, способствует ясному мышлению. Оно позволяет точно определить, что утрачивается, возможно, неминуемо, когда люди соглашаются на ограничения своих действий во имя какой-то другой цели или ценности. С этой точки зрения, было бы несносной путаницей употреблять понятие свободы в том его значении, когда потеря свободы усматривалась бы только в случаях воспрепятствования действиям, которые люди считают необходимым совершить. Это позволило бы тоталитарным правительствам выдавать себя за либеральные на том основании, что они препятствуют людям совершать только дурные поступки. Хуже того, это лишало бы ясности наиболее отличительную идею либеральной традиции, согласно которой посягательство на свободный выбор человека, препятствующее ему совершить действия, которые он мог бы при желании совершить, само по себе наносит ущерб человечеству — зло, которое можно оправдать, но никогда нельзя сгладить с помощью иных ценностей. Для истинного либерала хорошее правительство должно с сожалением относиться к любому ограничению свободы и соглашаться только на минимум ограничений, необходимый для соблюдения других прав своих избирателей.

Однако вопреки этой традиции мне представляется, что нейтральное понятие свободы больше порождает путаницы, нежели устраняет, в особенности, когда оно используется в сочетании с той популярной и вдохновляющей идеей, что мужчины и женщины имеют право на свободу. Ибо мы можем отстаивать эту точку зрения, только до такой степени ослабив идею прав, что право на свободу становится едва ли достойным того, чтобы его иметь.

Термин «права» употребляется в политике и в философии во многих разных значениях, часть из которых я попытался разъяснить в другом месте¹. Чтобы наш вопрос о том, имеем ли мы право на свободу в ее нейтральном понимании, был осмысленным, мы должны остановиться на каком-то одном значении «прав». Было бы нетрудно найти такое значение этого термина, которое позволило бы нам с уверенностью утверждать, что у нас есть право на свободу. Мы могли бы, к примеру, сказать, что человек имеет право на свободу, если в его интересах обладать свободой, то есть если он желает иметь свободу или для него было бы благом иметь ее. Я готов согласиться, что в этом смысле граждане имеют право на свободу. Но тогда я должен был бы признать, что в этом смысле они имеют право, по крайней мере в большинстве случаев, и на ванильное мороженое. Более того, эта моя уступка в отношении свободы имела бы ничтожную ценность в случае политических разногласий. Например, я хотел бы в значительно более сильном смысле утверждать, что люди имеют право на равенство, что они не просто желают равенства, но что у них есть на него право, и для меня, следовательно, из констатации желания некоторых мужчин и женщин иметь свободу не вытекала бы необходимость компромисса для осуществления мер, которые, по моему убеждению, нужны для соблюдения равенства в отношении других мужчин и женщин, имеющих на него право.

Чтобы право на свободу действительно играло ту роль, которая уготована ему в политических дебатах, оно должно, следовательно, быть правом в значительно более сильном смысле. В главе 7 я дал определение прав в сильном смысле, охватывающее, как мне представляется, требования, которые выдвигают люди, когда апеллируют к своим политическим и моральным правам. Я не намерен повторно излагать здесь свой анализ, но лишь подытожу его таким образом. Реализуемое требование права в сформулированном мною сильном смысле имеет следующие следствия. Если человек имеет на что-то

¹ См. главу 7.

право, то правительству было бы несправедливо отказывать ему в этом праве, даже если бы этот отказ отвечал общим интересам. Это истолкование прав (которое можно было бы назвать антиутилитаристским понятием прав), как мне представляется, очень близко по значению тому понятию прав, которое в последние годы в основном и фигурировало в политико-правовых трудах и доводах. Оно является отличительной особенностью той концепции индивидуальных прав как противовеса государству, которая составляет, к примеру, сердцевину конституционной теории в Соединенных Штатах.

Не думаю, что о праве на свободу было бы очень уместно упоминать или оно пользовалось бы большим весом в политической аргументации, если бы оно опиралось на какое-то более слабое значение прав. Однако, если мы выберем именно это истолкование прав, то тогда станет совершенно очевидным, что никакого общего права на свободу как такового не существует. У меня нет политического права ехать по Лексингтон авеню в сторону от центра. Если правительство принимает решение об одностороннем движении по Лексингтон авеню в сторону центра, достаточным оправданием этому решению служит то, что оно отвечает общим интересам, и было бы неразумно утверждать, что по какой-то причине это решение все же несправедливо. Огромное большинство законов, урезающих мою свободу, имеют своим оправданием утилитаристские соображения, такие как общий интерес или общее благосостояние. Даже если, как полагает Бентам, каждый из этих законов уменьшает мою свободу, все же они не отнимают у меня ничего такого, на что я имею право. В случае одностороннего движения было бы неуместно говорить, что хотя у меня есть право ездить по Лексингтон авеню в сторону от центра, тем не менее в силу особых причин у правительства есть оправдание действовать вопреки этому моему праву. Это представляется нелепым, поскольку для введения подобных законов правительство не нуждается ни в каком специальном оправдании — а лишь хоть в каком-нибудь оправдании. Поэтому если мое политическое право на свободу понимать так, что любой ограничивающий закон уменьшает или посягает на него, то я могу иметь это право, но только в том слабом смысле прав, когда так называемое право на свободу вовсе не составляет конкуренции для таких сильных прав, как право на равенство. В любом сильном смысле, когда право на свободу могло бы составить конкуренцию праву на равенство, никакого общего права на свободу вообще не существует.

Здесь могут возразить, что я превратно понял тезис о существовании права на свободу. Он вовсе не означает, что существует право на всю свободу, но только лишь на важные или

основные свободы. Каждый закон, как говорил Бентам, это ущемление свободы, но мы имеем право быть огражденным только от существенных или серьезных посягательств на нашу свободу. Если ограничение свободы является достаточно серьезным или жестким, то тогда правительство действительно не имеет права налагать это ограничение на тех только основаниях, что оно отвечало бы общим интересам. Правительство, например, не имеет права ограничивать свободу слова, даже когда считает, что это улучшило бы общее благосостояние. Поэтому как таковое общее право на свободу все же существует, но при том условии, что оно ограничивается только важными свободами или защищает граждан от серьезных лишений. Это уточнение, как скажут далее, не сказывается на политических доводах, представленных мной ранее, поскольку из всех прав на свободу путь к полному равенству преграждают именно права на основные свободы, такие, например, как право посещать школу по своему выбору.

Однако это уточнение поднимает вопрос огромной важности для либеральной теории, с которым не сталкиваются те, кто отстаивает право на любую свободу. В каком смысле следует понимать утверждение о том, что право на свободу ограничивается основными свободами или что оно обеспечивает защиту только от серьезных посягательств на свободу? Это утверждение можно истолковать двумя разными способами с очень разными теоретическими и практическими следствиями. Предположим, что в двух следующих случаях правительство вводит ограничения, которые не позволяют гражданину совершить то, что он хотел бы совершить: правительство препятствует его открытым высказываниям по политическим вопросам и запрещает ему ездить по Лексингтон авеню в сторону от центра. Как связаны между собой эти два случая и каково между ними различие, если учесть, что в обоих этих случаях на гражданина налагаются ограничения и он лишается свободы, но при этом его право на свободу ущемляется только в первом случае и не ущемляется во втором?

Согласно первому из двух возможных объяснений, в обоих случаях гражданин лишается одного и того же продукта, а именно свободы; различие же состоит в том, что в первом случае у него по какой-то причине отнимается большее количество этого продукта или утрата свободы имеет больше последствий, чем во втором. Однако это объяснение представляется странным. Очень непросто думать о свободе как о каком-то продукте. Если же действительно попытаться придать свободе некоторый операциональный смысл с тем, чтобы можно было измерять относительное уменьшение свободы, вызванное разного рода законами или ограничениями, то тогда маловероят-

но, что результат будет соответствовать нашему интуитивному представлению о том, что относится к основным свободам, а что — нет. Допустим, к примеру, что мы измеряем уменьшение свободы, определяя степень вызванной им фрустрации. В таком случае мы неизбежно окажемся перед фактом, что законы против воровства или даже правила уличного движения налагают ограничения, которые воспринимаются большинством людей более обостренно, нежели ограничения на политические высказывания. Мы могли бы пойти по другому пути и измерять степень утраты свободы по тем последствиям, которые конкретное ограничение будет иметь для последующих возможностей выбора. Однако в таком случае мы должны были бы признать, что обычный уголовный кодекс сокращает для большинства людей возможности выбора в большей мере, нежели законы, запрещающие деятельность экстремистских политических группировок. Итак, первое объяснение, согласно которому различие между случаями, охватываемыми нашим предполагаемым правом на свободу, и случаями, не охватываемыми им, касается степени, оказывается несостоятельным.

Согласно второму объяснению, различие между этими двумя видами случаев имеет отношение не к степени затрагиваемой свободы, а к тому обстоятельству, что в случаях, когда действует указанное право, свобода имеет особый характер. Это означает, что закон, запрещающий свободу слова, является иным посягательством на свободу — иным по характеру, а не просто по степени, нежели закон, запрещающий движение по Лексингтон авеню в сторону от центра. Это похоже на правду, хотя, как мы убедимся, нелегко установить, в чем заключается это различие по характеру или почему в одних случаях оно доказывает необходимость права, а в других случаях — нет. Однако сейчас мой главный довод состоит в том, что если мы таким образом обосновываем различие между основными и неосновными свободами, то тогда понятие общего права на свободу, как таковое, оказывается полностью отброшенным. Если мы имеем право на основные свободы не потому, что в их случае для свободы как некоего продукта существует какая-то особая угроза, а потому, что посягательство на основные свободы наносит нам ущерб или подвергает нас унижениям, которые имеют последствия не только для нашей свободы, то тогда мы имеем право вовсе не на свободу, а на те ценности, интересы или социальный статус, которым это конкретное ограничение угрожает.

Это не просто терминологический вопрос. Право на свободу представляет собой ложную идею, которая оказывает плохую услугу политической мысли в двух отношениях. Во-первых, эта идея создает ложное представление о неизбежном

конфликте между свободой и другими ценностями при осуществлении программ социального регулирования вроде программы по перевозке школьников. Во-вторых, эта идея предлагает слишком простой ответ на вопрос, почему мы считаем определенные виды ограничений, например, ограничения на свободу слова или вероисповедания, особенно несправедливыми. Благодаря идее права на свободу мы можем утверждать, что эти ограничения несправедливы, поскольку они оказывают особое воздействие на свободу как таковую. Стоит нам признать этот ответ ложным, как мы неминуемо оказываемся перед трудным вопросом: что же действительно находится под угрозой в этих случаях?

Мне хотелось бы незамедлительно обратиться к этому вопросу. Если нет общего права на свободу, то почему граждане при демократии имеют право на конкретные виды свобод, такие как свобода слова, вероисповедания или политической деятельности? Вряд ли ответом на этот вопрос будет утверждение о том, что если индивиды обладают этими правами, то в конечном счете выигрывает сообщество в целом. Эта идея — о том, что права могут иметь своим последствием общую пользу, — возможно, истинна, а, возможно, нет, но она не имеет никакого отношения к защите прав как таковых, поскольку, когда мы говорим, что человек имеет право открыто высказываться в соответствующем политическом смысле этого слова, то мы имеем в виду, что он имеет это право, даже если оно не согласуется с общим интересом. Если мы хотим отстоять индивидуальные права в том их смысле, в каком мы их требуем, то мы должны попытаться найти, помимо пользы, какое-то иное обоснование этим правам.

Одну возможность я уже упоминал ранее. Мы могли бы доказать, что индивиды терпят какой-то особый ущерб при посягательстве на их традиционные права. Согласно этому доводу, свобода открыто высказываться по политическим вопросам включает в себе нечто такое, что, если человеку отказывают в этой свободе, он несет ущерб особого рода, который несправедливо причинять ему, даже если сообщество в целом извлекло бы из этого выгоду. Аргументируя таким образом, мы апеллируем к тем, кто испытывал бы особое чувство утраты, если бы лишился своих политических и гражданских свобод, однако это трудный способ аргументации по двум причинам.

Во-первых, очень многие мужчины и женщины, безусловно, составляющие большинство населения даже в таких демократических государствах, как Великобритания и Соединенные Штаты, не реализуют имеющиеся у них политические свободы и не сочли бы утрату этих свобод каким-то

особенно вопиющим злом. Во-вторых, у нас нет психологической теории, которая бы обосновывала и объясняла ту идею, что утрата гражданских свобод или любых конкретных свобод оборачивается неизбежным или хотя бы вероятным психологическим ущербом. Напротив, в современной психологии есть влиятельное направление, возглавляемое такими психологами, как Рональд Лэнг, которые утверждают, что значительную часть психической неуравновешенности людей в современных обществах можно отнести за счет требования слишком большой, а не слишком маленькой, свободы. Согласно их объяснению, необходимость выбора, предполагаемая свободой, создает лишний источник деструктивного напряжения. Эти теории необязательно являются убедительными, но до тех пор, пока мы не удостоверились в их ложности, мы не можем предполагать, что психология свидетельствует об обратном, каким бы привлекательным это предположение ни было по политическим соображениям.

Если мы хотим доказать право на определенные свободы, мы должны, следовательно, найти иное обоснование. Мы должны показать, что не по причине непосредственного психологического ущерба, а по соображениям политической морали несправедливо лишать людей этих свобод, даже если бы это отвечало общим интересам. Я формулирую это столь неопределенно, поскольку нет никаких оснований заранее предполагать, что эту моральную позицию можно будет подкрепить только соображениями одного какого-то вида. Вполне возможно, что справедливое общество признает разнообразные индивидуальные права и для обоснования разных совокупностей этих прав будет использовать разные моральные соображения. В оставшейся части этой главы я попытаюсь изложить только одно возможное обоснование прав. Отсюда не следует, что мужчины и женщины в гражданском обществе имеют только те права, которые подкрепляются предлагаемыми мной доводами; но отсюда действительно следует, что они имеют, по крайней мере, эти права, а это достаточно важно.

2. Право на свободы

Центральным в моей аргументации будет не понятие свободы, а понятие равенства. Я исхожу из того, что все мы принимаем следующие принципы политической морали. Правительство должно относиться к своим подданным, во-первых, с заботой, то есть должно видеть в них людей, подверженных страданиям и разочарованиям, а во-вторых, с уважением, то

есть должно видеть в них людей, наделенных способностью составлять разумные представления о том, как им следует жить и действовать согласно этим представлениям. Правительство должно относиться к людям не просто с заботой и уважением но с равной для всех заботой и уважением. Оно не должно распределять блага или возможности непорочно на том основании, что некоторые граждане имеют право на большую долю, поскольку они достойны большей заботы. Оно не должно ограничивать свободу на том основании, что представления одной группы граждан о достойной жизни благороднее или лучше, нежели представления другой группы. Взятые вместе, эти постулаты составляют то, что можно было бы назвать либеральной концепцией равенства — именно равенства, а не свободы как вольности.

Для государства, которым, как предполагается, управляют согласно либеральной концепции равенства, высшим вопросом политической теории является вопрос о том, какие неравенства при распределении благ, возможностей и свобод допустимы и почему. Для того, чтобы ответить на этот вопрос, для начала следует рассмотреть следующее различие. Все граждане, которыми управляют в соответствии с либеральной концепцией равенства, имеют право на равную заботу и уважение. Однако это абстрактное право может включать в себя два разных права. Первое — это право на равное обращение, то есть право на такую же долю распределяемых благ и возможностей, какую имеют или получают все остальные. При рассмотрении дел о переопределении нормы представительства Верховный Суд вынес решение, согласно которому граждане имеют право на равное обращение при распределении избирательных полномочий, то есть одному человеку должен предоставляться один голос несмотря на то обстоятельство, что другое распределение голосов, по сути, могло бы содействовать общей пользе. Второе — это право на обращение как с равным. Данное право касается не равного распределения какого-то блага или возможности. Это право на равную заботу и уважение при принятии политического решения о том, как должны распределяться эти блага и возможности. Допустим, на обсуждение ставится вопрос о том, отвечает ли экономическая политика, ущемляющая интересы держателей долгосрочных акций, общим интересам. Люди, которые в данном случае понесут ущерб, имеют право на то, чтобы их будущие потери были приняты в расчет при решении вопроса о том, отвечает ли эта политика общему интересу или нет. Их нельзя просто проигнорировать при проведении подобных расчетов. Однако учет их интересов вовсе не означает, что их не перевесят интересы других

людей, которые извлекут выгоду из этой политики, и поэтому право на равную заботу и уважение, как мы его определили, не давало бы тем, кто понесет убытки, оснований для возражений. Следовательно, можно сказать, что в случае экономической политики те, кто пострадает от допускаемой инфляции, имеют право на обращение с ними как с равными при решении вопроса о том, отвечает ли эта политика общим интересам или нет, но у них нет права на равное обращение, которое лишало бы законной силы эту политику, даже если бы она проходила по сформулированному мной критерию.

Я полагаю, что право на обращение как с равным должно считаться основополагающим в либеральной концепции равенства, а более ограниченное право на равное обращение должно действовать только при определенных обстоятельствах, когда в силу особых причин оно следует из более фундаментального права, как это, возможно, имеет место в случае дел о переопределении нормы представительства. Кроме того, я полагаю, что индивидуальные права на отдельные свободы только тогда должны признаваться, когда можно доказать, что этих прав требует более основополагающее право на обращение как с равным. Если это верно, то право на отдельные свободы не вступает в конфликт ни с каким, предположительно, конкурентным ему правом на равенство, но, наоборот, вытекает из концепции равенства, считающейся более фундаментальной.

Однако сейчас мне следует показать, почему можно считать, что эта фундаментальная концепция равенства предполагает известные права на отдельные свободы, закрепленные, к примеру, в Конституции Соединенных Штатов. Учитывая цели настоящей главы, я попытаюсь лишь в общих чертах наметить аргументацию, которая для того, чтобы стать обоснованием любой конкретной свободы, нуждается в более тщательной разработке, а затем покажу, почему было бы оправданно ожидать, что для наиболее известных политических и гражданских свобод эта аргументация была бы обоснованием, будь она на самом деле представлена.

Правительство, соблюдающее либеральную концепцию равенства, может, строго говоря, вводить ограничения на свободу, только опираясь на определенный, очень ограниченный, тип обоснования. Чтобы в этом удостовериться, я приведу следующую примерную типологию политических обоснований. Во-первых, имеются принципиальные доводы в поддержку некоторого конкретного ограничения свободы, основанные на том, что это ограничение требуется для защиты определенного права какого-то индивида, которому

будет нанесен ущерб при осуществлении этой свободы. Во-вторых, есть стратегические доводы в поддержку ограничений, основанные на том, что подобные ограничения требуются для достижения некоторой общей политической цели, то есть для осуществления некоторого состояния дел когда все сообщество в целом, а не только отдельные индивиды, окажутся в выигрыше благодаря этому ограничению. Стратегические доводы можно затем подразделить на следующие виды. Согласно утилитаристским стратегическим доводам, сообщество в целом окажется в выигрыше, поскольку (если сформулировать нестрого) большее число его граждан будет иметь большее количество того, что все они хотят иметь, даже если некоторые из них будут иметь меньше. С другой стороны, согласно идеальным стратегическим доводам, сообщество выиграет не потому, что большинство его членов будут иметь большее количество того, что они хотят иметь, но потому что оно в некотором отношении приблизится к идеальному сообществу, независимо от того, желают ли его члены указанного улучшения или нет.

Либеральная концепция равенства резко сужает область, в рамках которой могут использоваться идеальные стратегические доводы для оправдания любого ограничения свободы. К подобным доводам нельзя прибегать, если рассматриваемый идеал сам вызывает споры в данном сообществе. Ограничения свободы нельзя, к примеру, отстаивать на том основании, что они внесут вклад в создание сообщества с более совершенной культурой независимо от того, желает сообщество этого усовершенствования или нет, поскольку этот довод нарушал бы канон либеральной концепции равенства, запрещающий правительству руководствоваться тем принципом, что определенные формы жизни в своей сути являются более ценными, нежели другие.

Впрочем, утилитаристские стратегические доводы, видимо, защищены от подобного возражения. Они не предполагают, что какие-то формы жизни в своей сути являются более ценными, нежели другие, но вместо этого обосновывают необходимость ограничения свободы ради достижения некоторой коллективной цели данного сообщества только тем, что указанная цель, как оказывается, отвечает более широко распространенному и более глубокому желанию, нежели любая другая. Утилитаристские стратегические доводы, следовательно, на первый взгляд, не противоречат фундаментальному праву на равную заботу и уважение, но, напротив, воплощают его, поскольку они предполагают одинаковое отношение к желаниям всех членов сообщества, без предоставления кому-либо преимуществ или скидок, ибо иначе

это отражало бы ту позицию, что по сравнению с другими какой-то член общества в большей или меньшей степени достоин заботы или что его взгляды в большей или меньшей степени достойны уважения.

Этот внешний эгалитаризм был, я думаю, главным источником огромной притягательной силы утилитаризма как общей политической философии на всем протяжении прошлого столетия. В главе 9, однако, я отмечал, что эгалитарный характер утилитаристской аргументации часто является иллюзией. Не повторяясь, я лишь подытожу здесь свои доводы.

Утилитаристские доводы основываются на том факте, что благодаря какому-то конкретному ограничению свободы больше людей станут счастливыми или больше их предпочтений будет удовлетворено — в зависимости от того, идет ли речь о психологическом утилитаризме или утилитаризме предпочтений. Однако последующий анализ позволяет установить, что, когда люди предпочитают одну политику другой, это их предпочтение в целом включает в себя два компонента: *личные* предпочтения, формулируемые в отношении выделения им самим определенной совокупности благ и возможностей, и *внешние* предпочтения, формулируемые в отношении определенного выделения благ и возможностей другим людям. Однако утилитаристский довод, придающий решающее значение внешним предпочтениям членов общества, не будет эгалитарным в рассматриваемом смысле. В нем не будет соблюдаться право каждого человека на то, чтобы к нему относились с равной заботой и уважением.

Предположим, к примеру, что какое-то число людей в обществе придерживается расистских, а не утилитаристских, принципов. Они не разделяют той точки зрения, что при распределении благ каждый человек должен считаться за одного и только за одного; по их мнению, негр считается менее чем за одного, а белый — более чем за одного. Это является внешним предпочтением, но тем не менее оно выражает подлинную предпочтительность для этих людей одной политики перед другой, и реализация этого предпочтения принесет им удовлетворение. Тем не менее если этому предпочтению или удовлетворению приписать стандартное значение при утилитаристских расчетах, то негры понесут ущерб, однако в данном случае выделяемая им доля благ и возможностей будет зависеть не просто от конкуренции личных предпочтений, которая предполагается в абстрактных заявлениях утилитаристов, но именно от того факта, что негров считают менее достойными заботы и уважения, нежели других людей.

Предположим, если взять другой пример, что многие члены общества осуждают из моральных принципов гомосексуализм,

контрацепцию, порнографию или выражение приверженности коммунистической партии. Они не только предпочитают сами не принимать в этом участия, но им предпочтительнее, чтобы и никто другой этим не занимался, поскольку, по их убеждению, общество, не запрещающее, а разрешающее подобные действия, является в своей сути худшим обществом. Это внешние предпочтения, но опять же они не менее подлинные, нежели личные предпочтения, и в не меньшей степени являются источником удовольствия, когда они удовлетворены, и недовольства, когда ими пренебрегают. Однако, повторим, если эти внешние предпочтения принимаются в расчет при оправдании некоторого ограничения свободы, то те, кого касается это ограничение, оказываются наказанными, но не просто потому, что над их личными предпочтениями одержали верх в конкурентной борьбе за скудные ресурсы личные предпочтения других людей, но именно потому, что представления этих людей о надлежащей или желательной форме жизни ни во что не ставятся другими людьми.

Эти рассуждения служат обоснованием для следующего важного вывода. Чтобы использовать утилитаристские стратегические доводы для оправдания ограничений свободы, необходимо позаботиться о том, чтобы утилитаристские вычисления, на которых основываются эти доводы, затрагивали только личные предпочтения и не учитывали внешних предпочтений. Это важный вывод для политической теории, поскольку он разъясняет, к примеру, почему доводы Джона Стюарта Милля в его очерке «О свободе» не направлены против утилитаризма, а, напротив, являются доводами в пользу единственно оправданной формы утилитаризма.

Каким бы важным ни был этот вывод для политической философии, однако сам по себе он имеет ограниченное практическое значение, поскольку невозможно изобрести политические процедуры, которые бы позволяли четко проводить различие между личными и внешними предпочтениями. Представительную демократию повсеместно считают институциональной структурой, которая в сложном и разнообразном обществе лучше всего подходит для определения и осуществления утилитаристской политики. Она является несовершенным механизмом для реализации этих целей по той известной причине, что утилитаризм не способен в достаточной мере учитывать интенсивность конкурирующих предпочтений и учитывает только их количество, а также по той причине, что методы политического убеждения, подкрепленные финансовой поддержкой, могут вносить искажения в то, с какой точностью результаты голосования отражают подлинные предпочтения проголосовавших. Тем не менее несмотря на все эти несовершенства демократия,

видимо, проводит в жизнь утилитаризм удовлетворительней, нежели любая другая политическая структура.

Однако, не позволяя вычленять в общих предпочтениях, несовершенным образом выявляемых при голосовании, отдельные личные и внешние компоненты, демократия тем самым не предоставляет способа, каким можно было бы осуществлять первые и пренебрегать вторыми. Мы должны считать любой действительный голос при проведении выборов или референдума представляющим предпочтение в целом, а не какой-то его компонент, который можно было бы выявить при искусно проведенном перекрестном допросе участников голосовать, если бы на это было время и средства. Более того, личные и внешние предпочтения иногда так сложно переплетены, что их отделение друг от друга невозможно не только из-за отсутствия времени и средств, но и в психологическом плане. Например, это верно в тех случаях, когда для совместных занятий многие люди предпочитают представителей какой-то определенной расы или людей какой-то определенной творческой профессии или определенного уровня мастерства, ибо здесь личное предпочтение паразитирует на внешних предпочтениях, и поэтому невозможно определить, даже с помощью интроспекции, какие личные предпочтения сохраняются, если удалить лежащие в их основе внешние предпочтения. Это верно и в отношении определенных, свойственных многим людям, бескорыстных предпочтений. Эти предпочтения отражают стремление человека иметь меньшее количество определенного блага при допущении или, скорее, при условии, что другие люди будут иметь его больше. Какими бы благородными ни были эти предпочтения, они также паразитируют на внешних предпочтениях, представленных в виде политических и нравственных позиций, и их также нельзя принимать в расчет в оправданных утилитаристских доводах, как нельзя принимать в расчет менее привлекательные предпочтения, корнящиеся не в альтруизме, а в предрассудках.

Я хотел бы сейчас предложить следующую общую теорию прав. Понятие индивидуальных политических прав в строгом антиутилитаристском смысле, который я охарактеризовал ранее, — это реакция на философские несовершенства учитывающего внешние предпочтения утилитаризма и на практическую невозможность иного утилитаризма. Благодаря этому понятию мы можем пользоваться институтами политической демократии, которые проводят в жизнь общий или неусовершенствованный утилитаризм, и вместе с тем отстаивать фундаментальное право граждан на равную заботу и уважение, препятствуя решениям, относительно которых априорно известно, что они вероятней всего будут приняты в

силу внешних компонентов предпочтений, выявляемых при демократии.

Теперь должно быть ясно, как эту теорию прав можно было бы использовать для обоснования идеи, которая составляет предмет настоящей статьи и согласно которой у нас есть отдельные права на определенные свободы, такие как свобода самовыражения или свобода выбора личных или сексуальных отношений с другими людьми. Можно показать, что любое утилитаристское ограничение этих свобод неизбежно основывается на общих предпочтениях, вероятней всего содержащих, как нам известно из нашего общего знания общества, значительные компоненты внешних предпочтений, которые представлены в виде политических и нравственных позиций и которые политические процедуры не позволяют выявить и устранить. В мои цели здесь, как я указывал, не входило сформулировать доводы, которые можно было бы выдвинуть в защиту конкретных прав на свободу; моя задача — лишь продемонстрировать общий характер подобных доводов.

Однако я хотел бы упомянуть одно предполагаемое право, которое мои доводы могут поставить под вопрос; я имею в виду индивидуальное право на свободное пользование собственностью. В главе 11 я с сожалением отмечал популярный в определенных кругах довод, усматривающий непоследовательность либералов в том, что они отстаивают, к примеру, свободу слова и отказываются признавать параллельное право на определенную собственность и на пользование ею. Этот довод мог бы быть сильным, если бы утверждение о том, что у нас есть право на свободу слова, зависело бы от более общего тезиса, гласящего, что у нас есть право на нечто такое, что называется свободой как таковой. Но эта общая идея несостоятельна и непоследовательна; не существует такой вещи, как общее право на свободу. Поэтому аргументация в пользу одной конкретной свободы может совершенно не зависеть от аргументации в пользу любой другой свободы, и нет никакого изначального противоречия или даже неправдоподобия в том, чтобы бороться за одну свободу и оспаривать другую.

Что можно сказать, исходя из предложенной мной общей теории прав, относительно любого конкретного права собственности? Что можно сказать, к примеру, в пользу права на свободу заключения договоров, поддержанного Верховным Судом в известном деле Лохнера, о чем впоследствии сожалели не только сами судьи, но и либералы в целом? Мне не приходит в голову никакого довода, который доказывал бы, что политическое решение об ограничении такого права (как, к примеру, его ограничивали законы о минимальной заработной плате), с заранее известной вероятностью при-

ведет в действие внешние предпочтения и тем самым будет отказано в праве на равную заботу и уважение тем, чья свобода в этом случае ущемляется. На мой взгляд, если никакого такого довода предложить нельзя, то тогда предполагаемого права не существует; в любом случае нет никакого противоречия в том, чтобы отрицать его существование и одновременно горячо отстаивать право на другие свободы.

Глава 13

Могут ли права быть спорными?

В этой заключительной главе я должен защитить доводы, излагаемые в данной книге, от распространенного, а если он достигает цели, то и сокрушительного возражения. В своей аргументации я предполагаю, что существует один единственный правильный ответ на многие сложные вопросы права и политической морали. Согласно упомянутому возражению, во многих случаях существует не единственный правильный ответ, а несколько ответов.

Поддержкой этому возражению служит вполне привлекательная позиция. Она соединяет в себе элементы терпимости и здравого смысла и выражается в такого рода суждениях. Когда мужчины и женщины расходятся во мнениях относительно таких вопросов, как то: включает ли право на свободу слова использование оскорбительных выражений, или предполагает ли конституция столь исключительное и жестокое наказание, как смертная казнь, или устанавливает ли совокупность неубедительных прецедентов право на компенсацию за чисто экономический ущерб при гражданских правонарушениях? — то было бы нелепо и одновременно самонадеянно представлять дело так, будто каким-то, не проявленным в разногласии, образом существует единственный правильный ответ. Будет мудрей и реалистичней занять ту позицию, что хотя некоторые ответы могут быть совершенно неправильными, а некоторые доводы — целиком ошибочными, тем не менее какое-то множество ответов и доводов следует признать одинаково правильными с любой объективной или нейтральной точки зрения.

Если это так, то выбор одного из этих ответов — это всего лишь выбор, а не решение, диктуемое разумом. Если для решения вопроса о том, имеют ли протестующие моральное право протестовать или следует ли компенсировать экономический ущерб при гражданских правонарушениях, необходим прокурор, то общественность может рассчитывать только на то, что решение будет принято честно и хладнокровно, без предубеждений, без излишней страстности или пыла. Она не может рассчитывать на какое-то конкретное решение, поскольку это предполагало бы существование единственного правильного ответа на вопрос, подлежащий решению.

Автор не питает уважения к этой скромной позиции. В главах 2 и 3, например, я выступаю против той популярной точки

зрения, что судьи принимают решение по собственному усмотрению при рассмотрении сложных судебных дел. Я признаю, что правовые нормы иногда столь хорошо уравнивают друг друга, что те из них, которые поддерживают решение в пользу истца, будут, в своей совокупности, казаться одним судьям более сильными, тогда как другим — более слабыми. Я убежден, что даже в этом случае совершенно оправданно для каждой из сторон требовать, что она имеет право на победу, и, следовательно, отрицать, что судья может по собственному усмотрению решить дело в пользу другой стороны. В главе 4 я описываю процесс принятия решения, который наполняет содержанием это требование, но я не утверждаю (фактически я отрицаю), что в данном процессе принятия решения разные судьи будут всегда приходить к одному и тому же решению. Тем не менее я настаиваю на том, что даже в случае сложных судебных дел мы вправе утверждать, что указанный процесс имеет целью не изобретение, а выявление прав участвующих сторон и что политическое оправдание этого процесса зависит от правильности этой характеристики.

Поэтому тезис об отсутствии правильного ответа противоречит отстаиваемому мной тезису о правах. Поддержкой первого тезиса служит описанная мной привлекательная позиция. Можно ли его также подкрепить и доводами? Мы можем выделить два разных вида выдвигаемых в его пользу доводов. Доводы первого вида носят практический характер. В них *arguendo*¹ признается, что в принципе возможен один правильный, соответствующий закону, ответ на спорный вопрос. Однако подчеркивается, что бессмысленно утверждать, будто стороны имеют право на этот ответ или будто долг судьи — найти его, ибо никто не может быть уверен, в чем же состоит правильный ответ. Допустим, я выдвигаю пари, что «Король Лир» как пьеса лучше, нежели «Эндшпиль». Даже если мы придерживаемся объективистской позиции в эстетике и признаем, в принципе, существование правильного ответа на этот вопрос, тем не менее это пари нелепо, поскольку его никогда не удастся разрешить, полностью убедив противную сторону. Было бы бессмысленно пытаться разрешить это пари, призывая кого-либо еще в качестве третейского судьи. Он сможет предложить лишь третье личное мнение, сам факт которого не убедил бы (по крайней мере, не должен был бы убедить) ни одного из нас в нашей неправоте. Это верно и в отношении судьи при решении сложного судебного дела. Даже если, в принципе, имеется

¹ В порядке попутного замечания иллюстративного характера (*лат.*). - Прим. пер.

одна наилучшая правовая теория и, соответственно, одно правильное решение для сложного судебного дела, это правильное решение хранится в эмпириях философии права, будучи недоступным обыкновенным людям, будь то правоведы или судьи. Каждый может иметь только свое собственное мнение, а мнение судьи не в большей мере гарантирует истину, нежели мнение любого другого человека.

Этот практический довод в пользу тезиса «об отсутствии правильного ответа» легко парировать. Согласно этому доводу, бессмысленно требовать, чтобы судья стремился найти правильный ответ, даже если таковой существует, поскольку его ответ вероятней всего не будет правильнее любого другого ответа и поскольку нельзя доказать правильность его ответа, даже если это действительно так. Мы должны четко различать следующие три вопроса, (а) Расходятся ли когда-либо здравомыслящие юристы во мнениях относительно права тяжущихся сторон на победу в сложном судебном деле даже после того, как ими были согласованы все факты, включая факты из истории суда? (b) Возможно ли для тяжущихся сторон иметь право на победу в сложном деле несмотря на то, что здравомыслящие юристы сохраняют разногласия после того, как все факты согласованы? (с) Будет ли оправданным или справедливым государству проводить в жизнь решение конкретной группы судей по сложному судебному делу несмотря на то, что другая группа, столь же здравомыслящая и компетентная, вынесла бы другое решение?

Какие логические отношения имеют место между утвердительными ответами на эти три вопроса? Изложенный выше практический довод предполагает, что утвердительный ответ на первый вопрос исключает утвердительный ответ на третий даже при утвердительном ответе на второй вопрос. Но это явно ошибочно. Очевидно, что для утвердительного ответа на второй вопрос необходимо утвердительно ответить на третий. Если тяжущиеся стороны в сложном судебном деле не могут иметь права на какое-то конкретное решение, то бессмысленно и вместе с тем несправедливо допускать, чтобы по их делу принималось спорное (или, собственно говоря, бесспорное) решение о том, каковы их права. Вместе с тем совершенно ясно, что утвердительного ответа на второй вопрос, как такового, недостаточно для утвердительного ответа на третий. Необходимо также разделять убеждение в том, что хотя решение любой отдельной группы судей может оказаться ошибочным и, возможно, никогда не удастся подкрепить его доказательством, удовлетворяющим всех других юристов, тем не менее лучше оставить это решение в силе, нежели передавать право решения какому-то другому институту или же требовать от судей,

чтобы они принимали решение, исходя из политических соображений, или каким-либо иным образом, не обязывающим их как можно лучше оценивать права сторон. Но, конечно же, в каком-то смысле человек может разделять это убеждение, даже если он ответил утвердительно на первый вопрос. Есть немало оснований (и среди них совершенно практических) для того, чтобы судьи принимали решение в сложных судебных делах, исходя из собственной наилучшей оценки прав сторон, даже если нельзя привести удовлетворяющего всех доказательства истинности этой оценки или если эта оценка может оказаться ложной.

Упомянутый выше практический довод предполагает, что от ответа на первый вопрос зависит ответ на третий. Пусть когда-нибудь будет признано, что права могут быть спорными; в рассматриваемом же доводе подчеркивается, что спорным правам нет места при вынесении судебного решения. Но это упрощение. Третий вопрос — относительный. Предположим (хотя это можно оспорить), что утвердительный ответ на первый вопрос означает, что нельзя дать утвердительный ответ на третий вопрос. Нам больше бы подошел тезис о правах, если бы не было сложных судебных дел. Отсюда не следует, что мы должны отказаться от этого тезиса, раз сложные судебные дела неизбежны. Все зависит от того, какие у нас есть альтернативы. В главе 4 я изложил эти альтернативы и счел их непривлекательными; ни одна из альтернатив не была более осуществимой или более надежной, нежели тезис о правах, но все они были намного менее справедливыми.

Теперь мы должны рассмотреть аргумент второго вида, который является скорее теоретическим, нежели практическим, и более сильным. Согласно этому аргументу, на второй из поставленных нами трех вопросов необходимо ответить отрицательно. Если вопрос о том, имеет ли некоторая сторона какое-то юридическое или политическое право, в своей основе является спорным, то не может быть истинным, что она имеет это право.

В оставшейся части этой главы я рассмотрю, имеет ли силу этот аргумент для юридических прав. Однако вначале я хотел бы отметить то, насколько безоговорочно в этом аргументе признается непригодность обычной практики, не только в области права, но и во многих других областях. Историки и ученые, например, полагают, что их утверждения могут быть истинными, даже если их истинность нельзя доказать, как этого требует рассматриваемый теоретический аргумент. У них есть доводы в поддержку их суждений, и благодаря этим доводам они составляют свое мнение или меняют его. Но эти доводы не прикреплены логическими «цепями» к бесспорным посылкам. В главе 4 я обрисовал положение шахматного арбитра, вынужденного применить

правило, согласно которому игроки не должны неоправданно досаждать друг другу. Я утверждал, что арбитр в такой ситуации должен был бы дать оценку характеру шахматной игры и что здравомыслящие арбитры могли бы разойтись во мнениях относительно точного описания, которое потребовалось бы в случае некоторого конкретного вопроса. Допустим, два арбитра действительно расходятся во мнениях: один считает (напомним рассматриваемый в той главе пример), что шахматы — это интеллектуальная игра, исключая психологическое давление, а другой с ним не соглашается. Согласно теоретическому аргументу, ни одно из этих мнений не может быть истинным; не может быть единственного ответа на этот вопрос, а только лишь несколько ответов, каждый из которых должен быть столь же правилен, как и другие. Но, естественно, эти два спорящих арбитра не могут так же относиться к своим доводам, потому что при таком подходе каждый бы остался с особым мнением ни о чем. Каждый знает, что другой не согласен с ним и что не существует общего критерия, с помощью которого можно разрешить их спор, полностью устранив разногласие. Но тем не менее каждый считает свой ответ на спорный вопрос лучшим: если он так не считает, то что же он тогда считает?

К сказанному ничего не добавляет тот факт, что для каждого его оценка является неким выбором, а не решением, продиктованным разумом. Каждый выбирает наилучшее (как ему представляется) описание ситуации; его выбор обусловлен его способностью суждения, и это так же верно в случае, вызывающем разногласия, как и в простом случае, когда разногласий нет. Мы ничего не добьемся, если подчеркнем, что сделанный арбитром выбор — это всего лишь *его* оценка, как если бы это как-то меняло характер высказываемой им оценки; по сути, из предыдущего предложения можно убрать слова, заключенные в скобки, и это никак не изменит ни его смысла, ни его истинности. Шахматные арбитры могли бы счесть вполне здравым утверждение о том, что не существует «правильного ответа» на их вопрос. Но если для них это утверждение означает отрицательный ответ не только на первый, но и на второй из сформулированных мной трех вопросов, то это их здравомыслие лишает смысла то, что они делают, когда действуют как профессионалы, а не как философы.

Разумеется, отсюда не следует, что тезис об «отсутствии правильного ответа» ложен. Если некая философская теория вынуждает нас признать, что суждение не может быть истинным, раз не существует общепризнанного способа проверки, с помощью которого можно доказать его истинность, то тем хуже для повседневного опыта, включая и повседневный опыт в области права. Но, к счастью, все складывается не так. Теорети-

ческий аргумент не настолько сокрушителен, чтобы мы должны были ради него отказаться от повседневного опыта. Напротив, совершенно неясно, что вообще означает этот тезис об «отсутствии правильного ответа» при том истолковании, которое он получает благодаря данному теоретическому аргументу.

2.

Предположим, что судьи, работающие в судах определенной юрисдикции, собрались на съезде и обязали всех соблюдать тезис о правах, в противном же случае выносить решения по судебным делам так, как это делал Геркулес в главе 4. Стало быть, они согласились стать участниками некоего общего предприятия, в рамках которого оговариваются определенные условия истинности для суждений права, например, для суждений о том, что смертная казнь сама по себе не является жестоким и исключительным наказанием или что лица, понесшие экономический ущерб из-за небрежности при гражданских правонарушениях, могут получать компенсацию. Суждение права можно принять как истинное, если оно в большей мере, нежели противоположное ему суждение, согласуется с правовой теорией, которая наилучшим образом оправдывает существующее право. Его можно отвергнуть как ложное, если оно в меньшей степени согласуется с данной правовой теорией, нежели противоположное ему суждение. Предположим, что это судебское предприятие осуществляется с обычной для современных правовых систем эффективностью. Судьи часто приходят к согласию относительно истинностного значения суждений права, а, когда этого согласия нет, они достаточно хорошо понимают доводы своих оппонентов, чтобы оценить остроту возникших разногласий и расположить выдвинутые доводы в порядке (пусть приблизительном) их убедительности.

Теперь представим себе, что на следующий съезд этих судей приходит философ и заявляет им, что они совершают очень серьезную ошибку. Они, видимо, полагают, будто существует единственный правильный ответ на трудный правовой вопрос, тогда как в действительности существует не один правильный ответ, а несколько. Они заблуждаются, думая, будто при рассмотрении сложных судебных дел истинным может быть только одно определенное суждение права, а противоположное ему суждение ложно. Возможно, (добавляет философ) есть некий политический смысл в пропагандировании мифа о том, что существует правильный ответ и что поэтому судьи не выносят по собственному усмотрению решение в сложных судебных делах. Но судьи должны признать (по крайней мере, между собой), что эта идея в действительности является мифом.

Почему судей должны убедить слова философа? Начнем с того, что для его доводов определенную угрозу представляет следующее соображение. Предположим, что судьям удастся уговорить философа посещать школу права в течение установленных трех лет, а после этого в течение нескольких лет занимать пост судьи. К этому времени он поймет, что сам теперь способен составлять мнения, которые, как он считает, имеют под собой ложную посылку. Он обнаружит, что одна правовая теория будет представляться ему более убедительным оправданием существующего права, нежели конкурентные ей теории. Он сможет привести доводы в пользу своей точки зрения, даже если будет знать, что другие не сочтут его доводы убедительными. Как в таком случае он сможет утверждать, что согласно доводам, которые он считает убедительными, экономический ущерб при гражданских правонарушениях может быть компенсирован, и при этом отрицать, что подобное суждение может быть истинным? Как он может иметь доводы в пользу своей точки зрения и при этом отрицать, что у кого-то могут быть основания придерживаться этой точки зрения?

Предположим, в ответ на это философ говорит, что хотя он придерживается подобных мнений, но только потому, что он обучался праву и, следовательно, вступил в предприятие, участников которого их подготовка толкает к принятию указанного мифа. Он отрицает, что независимый наблюдатель, не принадлежащий к участникам этого предприятия, был бы способен решить, по крайней мере, в спорных случаях, что теории и суждения одного участника лучше теорий и суждений другого. Но что он мог бы иметь в виду, говоря о независимом наблюдателе? Если он имеет в виду того, кто не имеет юридической подготовки, то вовсе неудивительно и не имеет значения то, что подобный наблюдатель не способен составить мнение о действиях участников судебного предприятия. Если же, с другой стороны, он имеет в виду того, кто получил необходимое образование, но ему не предложили занять место судьи, то тогда совершенно непонятно, почему отсутствие полномочий должно повлиять на способность человека составлять суждения, которые он составлял бы, имея он эти полномочия.

Итак, собственные способности философа ставят его в затруднительное положение. Более того, он сталкивается с еще одной проблемой, связанной с тем, что было сказано. Он стремится доказать, что ни одна из сторон в сложном судебном деле не имеет права на решение в свою пользу. Например, он будет утверждать, что истец в деле «Спартан Стил»¹ не имеет

права на компенсацию за понесенный экономический ущерб, а также что ответчик не имеет права быть освобожденным от ответственности за этот ущерб. По его мнению, утверждение о том, что компания, выступающая ответчиком, несет ответственность за экономический ущерб, не истинно, как не истинно и утверждение о том, что ответчик не несет ответственности. Ни одно из этих суждений не является ложным (ибо в этом случае другое было бы истинным), но ни одно из них и не истинно. По-видимому, такое следствие вытекает из тезиса об отсутствии правильного ответа в отношении истинностных значений суждений.

Все это необязательно покажется странным или чрезмерным участникам нашего судебного предприятия. Судьи могли бы придерживаться любой из этих позиций относительно истинностного значения суждений права при определенных условиях, *не нарушая базовых правил данного предприятия*. Предположим, что по мнению какого-то судьи, доводы в пользу правовой теории, по которой на ответчика возлагается ответственность за нанесенный экономический ущерб, столь же весомы, как и доводы в пользу теории, освобождающей его от ответственности. Правилами описанного нами предприятия признается теоретическая возможность такой ситуации; когда же эта возможность становится действительностью, судья не может, следуя этим правилам, признать любое из данных суждений истинным или отвергнуть его как ложное. Следовательно, в каком-то конкретном сложном деле судья может, по здравому размышлению, вынести то же решение, какое философ, видимо, выносит по всем сложным судебным делам.

Решение, согласно которому ни одно из этих противоположных суждений не является истинным, мы можем назвать решением «в ничью пользу». Теперь можно отметить следующие особенности решений «в ничью пользу», когда они принимаются в рамках судебного предприятия, (а) Решение «в ничью пользу» носит тот же самый характер, что и решение, признающее истинность одного из противоположных суждений и ложность другого. Мы можем представить, что каждый судья, ведущий сложное судебное дело, имеет перед собой некую шкалу уверенности. Крайняя левая отметка на этой шкале соответствует полной уверенности судьи в истинности суждения в пользу истца; по мере продвижения вправо по шкале на ней сначала отмечается постепенно уменьшающаяся уверенность судьи в истинности этого суждения, а затем постепенно увеличивающаяся уверенность в истинности суждения в пользу ответчика. Таким образом, отметка «в ничью пользу» — это единственная отметка в центре шкалы. При рассмотрении сложного дела судьи могут придерживаться одной из трех по-

зиций. По мнению одних, этому делу соответствует некоторая отметка слева от центра шкалы, по мнению других, ему соответствует некоторая отметка справа от центра, по мнению же третьих — отметка в самом центре. Но решение «в ничью пользу» по своему характеру такое же конструктивное решение, как и два других. Оно является конкурентным им и основывается на таких же эпистемологических или онтологических предположениях (какими бы они были). Иными словами, третье решение — это решение об «отсутствии правильного ответа»; если понимать это в том смысле, что ни один из двух других ответов не является правильным, то это решение претендует на то, что само является *правильным* ответом.

(b) Допустим, судья, участвующий в нашем предприятии, говорит следующее: (I) «Ни суждение о том, что ответчик несет ответственность (p), ни суждение о том, что он не несет ответственности ($-p$), не является истинным». Это не означает то же самое, что и (II) «Я не вижу различия между доводами в пользу (p) или ($-p$). Судье, позицию которого описывает предложение (II), не остается ничего лучшего, как утверждать (I) — в том случае, если, занимая эту позицию, он должен принять какое-то решение. Может даже так оказаться, что для него предложение (II) служит основанием в пользу (I). Но совсем другое дело утверждать о тождестве (I) и (II). «Мне представляется, что доводы в пользу истца весомее» — это не то же самое утверждение, что «Доводы в пользу истца весомее», даже в устах одного и того же судьи. Поэтому в том же самом смысле (II) отличается от (I). Допустим, что вначале судья высказывает оба утверждения (I) и (II), однако позже его коллеге удастся убедить его в том, что доводы в пользу истца весомее, нежели доводы в пользу ответчика. В этом случае он скажет, что, когда высказывал эти утверждения, (I) было ложным, а (II),

естественно, нет.

Я подчеркиваю различие между (I) и (II) с тем, чтобы подкрепить только что выдвинутое мной положение, а именно что так называемый тезис об «отсутствии правильного ответа», будучи решением в рамках рассматриваемого предприятия, носит точно такой же характер и точно так же может оказаться ошибочным, как и любой из двух других ответов. Этот тезис не ответ, полученный в остатке, и не ответ, выбираемый нами за неимением других, который автоматически оказывается истинным всякий раз, когда нет убедительных доводов в пользу любого другого ответа или когда имеются весомые доводы в пользу обоих других ответов. Утверждая (I), судья делает шаг от своего собственного анализа к выводу, который говорит о чем-то большем, нежели просто о наличии этого анализа, — точно так же судья, выносящий решение в пользу истца, делает шаг

от имеющихся у него доводов к выводу о том, что эти доводы правильны.

Мы можем вообразить себе предприятие, в рамках которого различие между (I) и (II) не столь четко определено. Допустим, что дирекция ипподрома приобретает не самое точное оборудование для съемки фотофиниша. Она могла бы установить следующее правило: если снимок, сделанный с помощью этого оборудования, не столь четкий, чтобы можно было точно определить, какая победила лошадь, следует признать, что они пришли к финишу одновременно, хотя более совершенное оборудование могло бы зафиксировать победителя. В этом случае суждение о том, что фотоаппарат не может зафиксировать победителя, и суждение о том, что победителя нет, сводились бы к одному и тому же. Но предприятие, организованное судьями, не таково. Ничто в правилах этого предприятия не указывает на то, что, если какая-то ситуация представляется отдельному судье или группе судей ничьей, то она, следовательно, и есть ничья.

(с) Решение отдельного судьи в каком-то деле в ничью пользу, реализующее в рамках рассматриваемого предприятия ситуацию с «отсутствием правильного ответа», вероятней всего будет оспорено. Тем не менее мы можем говорить об априорной вероятности того, что в рамках данного предприятия будут иметь место много или несколько дел, которые нельзя решить в чью-либо пользу. Допустим, что судьи действуют в условиях следующей примитивной правовой системы: она включает в себя очень немного судебных прецедентов или законодательных актов и конституцию в очень зачаточном виде. Еще до начала любой судебной сессии существует вероятность как того, что судьи сочтут несколько дел во время этой сессии не решаемыми в чью-либо пользу, так и того, что несколько дел действительно окажутся не решаемыми в чью-либо пользу. Поскольку существующая правовая система очень невелика, для нее одинаково хорошее оправдание, по мнению многих судей, будет обеспечивать не одна, а несколько теорий, различающихся главным образом по тому, какой результат они предлагают для сложных судебных дел.

Однако, с другой стороны, предположим, что правовая система, в рамках которой работают эти судьи, будучи очень развитой, содержит в изобилии как конституционные и процессуальные нормы, так и прецеденты и законодательные акты. В этом случае априорная вероятность ничейного результата намного меньше; на деле она может быть столь низкой, что оправдывает принятие в рамках рассматриваемого предприятия еще одного базового правила, предписывающего судьям исключить решение в ничью пользу из списка возможных отве-

тов. Это предписание не отрицает теоретической возможности решения в ничью пользу, но предполагает, что при существующем корпусе правовых материалов судьи после длительных и напряженных раздумий смогут прийти к выводу, что, и с учетом всех обстоятельств, и косвенно, та или иная сторона имеет лучшее доказательство своей правоты. Это дополнительное распоряжение будет рациональным в том случае, если априорная вероятность ошибки в судебных решениях будет считаться более высокой, нежели априорная вероятность того, что какое-то дело не будет решаться в чью-либо пользу, и если в результате исключения возможности судебных дел в ничью пользу повысится количество завершенных дел или будут достигнуты какие-либо другие политические преимущества. Разумеется, это распоряжение будет не рациональным, а нелепым, если правовая система недостаточна сложна, чтобы оправдывать этот подсчет априорных вероятностей.

Теперь мы можем вновь обратиться к утверждению философа о том, что судьи совершают очень серьезную ошибку, допуская возможность существования правильного ответа в сложном судебном деле. Если мы сочтем, что это утверждение высказывается в рамках нашего судейского предприятия, то есть может быть высказано каким-либо судьей, то это утверждение почти наверняка будет ложным. Оно сводится к следующему: решение в ничью пользу необходимо является правильным решением в каждом спорном случае, то есть в каждом таком случае, когда ни один из ответов нельзя обосновать так, чтобы сомневаться в нем мог бы только человек, лишенный разума. Так что (если только в нашем предприятии не принято особое распоряжение игнорировать решения в ничью пользу) каждый судья согласится с тем, что в некоторых сложных судебных делах действительно может не быть решения в чью-либо пользу, но ни один судья не сочтет, что все сложные судебные дела таковы. Философ же, в подтверждение своего требования и в противовес позиции судей, должен был бы представить конструктивное доказательство того, что всем сложным судебным делам на предложенной нами шкале должна соответствовать отметка в центре, однако это утверждение настолько неправдоподобно, что его можно отбросить не раздумывая.

Если же в нашем предприятии принято только что упомянутое особое распоряжение, то утверждению философа можно было бы придать менее радикальный смысл. Он мог бы отрицать рациональность или разумность данного предприятия на том основании, что априорная вероятность подлинной ничьи достаточно велика и поэтому абсурдно предписывать судьям игнорировать эту возможность. В таком случае его утверждение необходимо откорректировать: он не утверждает, что не

существует правильного ответа в любом сложном судебном деле; по его мнению, неразумно лишь выдвигать условие, что должен существовать правильный ответ в каждом сложном судебном деле. Это более умеренное требование, которое, по сути, является рекомендацией таким образом изменить наше судебское предприятие, чтобы оно допускало решения в ничью пользу, а потому эта рекомендация заслуживает рассмотрения, хотя судьи вполне могут не принять ее, если правовая система, в которой они работают, достаточно сложна.

Таким образом, если мы представим, что философ высказывает свое утверждение в рамках нашего предприятия в любом из указанных нами толкований, то это утверждение необязательно будет долго беспокоить судей, ибо в нем предполагается, а не ставится под сомнение лежащая в основе этого предприятия разумность. Философ мог бы возразить, что его утверждение нельзя понимать как высказываемое в рамках данного предприятия; его нельзя понимать как утверждение, которое могут высказывать сами судьи, преданные этому предприятию. Оно, скорее, представляет серьезную критику самой рациональности данного судебного предприятия, и именно в таком свете его следует понимать. Но мы должны разобраться теперь с этим ключевым вопросом. Можно ли истолковывать утверждение философа *иначе*, как требование, высказываемое в рамках нашего судебного предприятия? Можем ли мы понимать его как внешнюю критику всего этого предприятия?

Видимо, у нас имеется здесь две возможности. Мы можем считать, что философ высказывает свое утверждение, будучи участником другого судебного предприятия, в рамках которого установлены иные условия истинности для суждений права. Или же мы можем считать его утверждение внешним по отношению к любому подобному предприятию и говорящим о фактах реального мира, с которыми судьи, как бы они ни определяли условия истинности для своих суждений, должны в конечном счете считаться. Однако ни одна из этих возможностей не отвечает целям философа.

(1) Мы могли бы без труда представить себе судебное предприятие, в рамках которого точка зрения философа о том, что в сложном судебном деле не может быть правильного ответа, была бы абсолютно здоровой. Допустим, что группа судей решила следовать следующим правилам. Правовое суждение можно принимать как истинное, если это суждение выводимо, с учетом согласованных или оговоренных фактов, посредством одной лишь дедукции из существующего права. Суждение права можно отвергнуть как ложное, если противоположное ему суждение выводимо, с учетом согласованных или оговоренных фактов, посредством одной лишь дедукции из существующего

права. Согласно этим правилам, в любом сложном судебном деле ни суждение в пользу истца, ни суждение в пользу ответчика не могут быть приняты как истинные и не могут быть отвергнуты как ложные. В этом смысле не существует правильного ответа в сложном судебном деле.

Однако ясно, что судебское предприятие, о котором мы говорили выше, вовсе не является таковым. Поэтому утверждение философа, каким бы здравым оно ни было в рамках другого предприятия, к нашему предприятию не имеет отношения. В ответ философ мог бы сказать, что *его* предприятие, как оно только что было описано, по сути, является судебским предприятием, действующим, например, в Великобритании и Соединенных Штатах, а представленное нами судебское предприятие — это просто продукт воображения. В главе 4 я утверждал, что правовые системы, действующие в этих странах (и в других, безусловно, тоже), на самом деле очень близки к представленному здесь судебскому предприятию. Если это так, то философ едва ли может претендовать на то, что его предприятие точнее соответствует действительности. Однако предположим, что я ошибался, а его предприятие в большей мере отражает существующие в реальности. Теоретический аргумент в пользу тезиса об отсутствии правильного ответа призван был показать, что в сложном судебном деле, в принципе, не может быть единственного правильного ответа. Теперь же этот аргумент доказывает лишь, что фактически в известных правовых системах установлены такие условия истинности для суждений права, которые не допускают существование правильного ответа в сложном судебном деле. Это было бы намного более умеренным требованием, если бы оно было истинным, но это не так.

(2) Допустим, как утверждает философ, он не выдвигает свое утверждение с позиции участника какого-либо альтернативного предприятия с иными базовыми правилами для принятия и отрицания суждений права; он говорит о реальном мире. Его аргумент состоит в том, что в действительности не может быть правильного ответа в сложном судебном деле, так что, если в каком-то судебном предприятии устанавливаются правила, допускающие возможность такого ответа, то это предприятие основывается на мифе. Он говорит не о другом судебском предприятии, а об объективных фактах, которые должны учитываться в любом судебском предприятии, претендующем на соответствие реальности.

Но что представляет собой эта объективная реальность? Она должна включать в себя права и обязанности, в том числе юридические права и обязанности, в качестве объективных фактов, независимых от структуры и содержания общепринятых правовых систем. Эта идея известна по теориям естест-

венного права, но она выглядит неожиданной забавой в руках философа, заявляющего во имя здравого смысла, что в сложных судебных делах не может быть правильного ответа. Ведь в конце концов, если права и обязанности входят составной частью в некоторый объективный и независимый мир, то почему бы нам не предположить, что кто-то имеет некоторое право даже тогда, когда никто больше не считает, что он имеет это право, или когда никто не может доказать наличие у него этого права?

Поэтому для нашего философа рискованно было бы утверждать, что он говорит об объективной правовой реальности, в которой условия истинности не зависят от соглашений между людьми. Это рискованно еще и в другом отношении. Под угрозой оказывается осмысленность его самого главного тезиса. С его точки зрения ни утверждение (p) (Ответчик несет ответственность за нанесенный экономический ущерб) ни утверждение ($\neg p$) (Ответчик не несет ответственности за нанесенный экономический ущерб) не может быть истинным, хотя ни одно из них не является и ложным. Какой смысл можно усмотреть в этом? Если ответственность — это дело объективных фактов, независимых от предприятий, подобных тем, что мы описали, и если суждение, утверждающее о праве на компенсацию (такое, как (p)) не истинно, то оно должно быть ложным.

В утверждении философа можно усмотреть смысл *только* в том случае, если он говорит об особых условиях истинности, принятых в некотором предприятии. Как я только что признал, его утверждение было бы разумным в рамках предприятия, где принятые условия истинности позволяют утверждать или отрицать суждение только в простых судебных делах. Стало быть, в сложном судебном деле суждение права нельзя утверждать как истинное и нельзя отвергать как ложное. Его ложность не вытекает из того, что оно не является истинным. В предприятии, организованном нашими судьями (но не включающем особое распоряжение, запрещающее решения в ничью пользу), такое положение дел остается теоретической возможностью, хотя вероятность его появления в очень развитой правовой системе мала. Если же вдобавок принимается это особое распоряжение, то правила просто запрещают такое положение дел, когда нельзя ни утверждать, ни отрицать какое-либо суждение, и основанием для этого служит тот прогноз, что это запрещение не будет, в силу указанных мной причин, препятствовать осуществлению этого предприятия. Но если мы не принимаем *некоторых* особых условий истинности, позволяющих нам отвергать вывод о ложности некоторого суждения, основанный на том, что оно не истинно, то в этом случае тезис об отсутствии правильного ответа вообще нельзя отстаивать.

Я привел эти же самые доводы, только в намного более развернутом виде, в другой своей работе, и тем, кого интересует общий вопрос о том, всегда ли существует правильный ответ на правовой вопрос, следует обратиться к той работе¹. Однако нужно отметить одно возможное возражение против моих доводов, не учтенное в той работе. В целом оно отсылает к известному в философии языка аргументу, согласно которому суждения о несуществующих объектах не являются ни истинными, ни ложными. Принято считать, что суждение «Нынешний король Франции лыс» не является ни истинным, ни ложным (хотя бытует и другое мнение, согласно которому это суждение, при надлежащем его истолковании, просто ложно). По всей видимости, суждение о короле Франции не относится к тем суждениям, которые могут быть поняты только в рамках особого предприятия наподобие тех, что мы рассматривали, и тем не менее (считают некоторые) оно не является ни истинным, ни ложным. Поэтому (я сталкивался с подобными доводами) суждения права, не воспринимаемые как суждения, высказываемые в рамках особых предприятий, также могут быть не истинными и не ложными.

Однако это сопоставление суждений права, фигурирующих в сложных судебных делах, с суждениями о несуществующих объектах, не проходит. В связи с последними проблемы встают только потому, что субъект суждения не существует, а в самом суждении скорее предполагается, нежели утверждается его существование. Спорные же суждения права либо утверждают, либо отрицают существование юридических прав или каких-либо иных правовых отношений. Разногласие как раз и касается того, корректно ли их утверждение или отрицание. Если мы когда-нибудь признаем, что не существует права на компенсацию за нанесенный экономический ущерб, суждение о том, что истец имеет право на компенсацию, перестанет быть проблематичным. Оно станет просто ложным. Это сопоставимо с суждением о том, что сейчас существует король Франции. Никто не считает, что это суждение не является ни истинным и ни ложным. Оно или ложно (как считает большинство из нас), или истинно (как уверены некоторые яростные приверженцы графа Парижского).

3.

Что же в завершении следует сказать о том общем возражении, которое было предметом рассмотрения в настоящей гла-

¹ *Dworkin R. No Right Answer // Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart. L., 1977.*

ве? Уже не столь очевидно, что это возражение, согласно которому в сложном судебном деле не может существовать правильного ответа, а лишь ряд приемлемых ответов, находит себе поддержку в здравом смысле или реализме. Практический аргумент в пользу этого возражения истолковывается неправильно. Что касается теоретического аргумента, то опровержением ему служат способности тех, кто его выдвигает, и, как нам представляется, его нельзя даже сформулировать, не подкрепив его посылки тем положением, которое им ставится под сомнение. Кому-то из читателей это покажется неубедительным. Разумеется, в действительно сложном судебном деле *не может* быть так, чтобы одна сторона была просто права, а другая — просто неправа. Но почему же не может? Быть может, предположение о том, что одна сторона является правой, а другая — неправой, столь прочно и глубоко закрепилось в нашем привычном образе мышления, что мы не можем, не противореча себе, отказаться от этого предположения, как бы скептически и трезво мы ни хотели подходить к решению таких вопросов. Это объяснило бы трудности, возникающие при связном изложении теоретического аргумента. «Миф» о том, что в сложных судебных делах не существует правильного ответа, неустраним и пользуется успехом. Его неустранимость и успех служат доводами в пользу того, что он не является мифом.

Оглавление

Введение	5
Глава 1. Юриспруденция	17
Глава 2. Модель норм	35
1. Затруднительные вопросы	35
2. Позитивизм	38
3. Нормы, принципы и стратегии	45
4. Принципы и понятие права	53
5. Решение по собственному усмотрению	57
6. Норма признания	68
Глава 3. Модель норм II	76
1. Социальные нормы	78
2. Действительно ли между мной и Хартом есть разногласия?	92
3. Образует ли «институциональное подтверждение» норму признания?	99
4. Должны ли судьи решать по собственному усмотрению?	105
5. Отличаются ли на самом деле нормы от принципов?	109
Глава 4. Сложные судебные дела	120
1. Введение	120
2. Тезис о правах	121
3. Права и цели	132
4. Институциональные права	146
5. Юридические права	151
6. Политические возражения	174
Глава 5. Конституционные вопросы в суде	185
Глава 6. Справедливость и права	210
Глава 7. О правах всерьез	252
1. Права граждан	252
2. Индивидуальные права и право нарушать закон	255
3. Спорные права	269
4. Зачем нужно относиться к правам всерьез?	278
Глава 8. Гражданское неповиновение	281
Глава 9. Дискриминация наоборот	304
Глава 10. Свобода и нравственное поведение	326
Разочарование лорда Девлина	328
Первый аргумент: право общества на самозащиту	329
Второй аргумент: право общества следовать своим собственным убеждениям	333
Понятие моральной позиции	336
Мораль в понимании лорда Девлина	343
Постскриптум о порнографии	346
Глава 11. Свобода и либерализм	350
Глава 12. Какие у нас есть права?	358
1. Нет права на свободу	358
2. Право на свободы	366
Глава 13. Могут ли права быть спорными?	375

Рональд Дворкин

О ПРАВАХ ВСЕРЬЕЗ

Художественное оформление П.П. *Ефремов*
Компьютерная верстка Т. А. *Клименко*

ЛР № 066009 от 22.07.1998. Подписано в печать 20.04.2004
Формат 60х90/16. Бумага офсетная № 1. Печать офсетная
Усл. печ. л. 24,5. Уч.-изд. л. 25,8. Тираж 500 экз.
Заказ №

Издательство «Российская политическая энциклопедия»
(РОССПЭН)
117393, Москва, ул. Профсоюзная, д. 82. Тел. 334-81-87 (дирекция)
Тел. 994-81-62 (отдел реализации)

Отпечатано во ФГУП ИПК «Ульяновский Дом печати»
432980, г. Ульяновск, ул. Гончарова, 14