



Отфрид Хеффе
Справедливость



РОСБУК

Otfried Höffe

Gerechtigkeit

Eine philosophische Einführung

Verlag C. H. Beck
München 2006

Отфрид Хёффе

Справедливость

Философское введение

Праксис
Москва 2007



УДК 1/14
ББК 87.6
Х41

Перевод с нем. О. В. Кильдюшова
под ред. Т. А. Дмитриева

Хёффе Отфрид

Х41 Справедливость: Философское введение / Пер.
с нем. О. В. Кильдюшова под ред. Т. А. Дмитриева. —
М.: Праксис, 2007. — 192 с.
ISBN 978-5-901574-64-5

Книга профессора Тюбингенского университета и одного из ведущих современных специалистов по политической философии, Отфрида Хёффе, посвящена одному из центральных понятий западной традиции политического, морально-практического и юридического мышления — понятию справедливости, его историческим изменениям и современным употреблением в политическом и юридическом дискурсе и практике.

© Verlag C.H. Beck oHG, München,
2006

© Кильдюшов О.В. перевод, 2007

© А. Кулагин, оформление
обложки, 2007

© Издательская группа «Праксис»,
2007

ISBN 978-5-901574-64-5

СОДЕРЖАНИЕ

I.	НАСЛЕДИЕ ЧЕЛОВЕЧЕСТВА	10
1.	Межкультурное сходство	10
2.	Божественное происхождение (Древность)	16
	<i>Египет и Месопотамия</i>	16
	<i>Древний Израиль</i>	19
	<i>Греция</i>	22
3.	Установить порядок (Платон)	25
4.	Основополагающие различия (Аристотель)	29
II.	К ПОНЯТИЮ СПРАВЕДЛИВОСТИ	34
1.	Вызов	34
	<i>Ограниченность [ресурсов]</i> <i>или конфликт</i>	34
	<i>Дееспособность</i>	37
2.	Вмененная социальная мораль	37
3.	Справедливость как добродетель	41
4.	Экскурс: божественная справедливость	45
III.	СКЕПСИС ОТНОСИТЕЛЬНО СПРАВЕДЛИВОСТИ	47
1.	Правовой позитивизм	47
2.	Системно-теоретический скепсис	50
3.	Утилитаризм как альтернатива?	53

IV. ПОЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ ИЛИ ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО?	56
1. Идея естественного права	56
2. Возражения	59
3. Критическое естественное право	61
V. ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ	66
VI. ТРИ ОСНОВНЫХ ПРИНЦИПА	71
1. «Живи честно»	72
2. «Ни с кем не поступай несправедливо»	73
3. «Отдавай каждому должное»	75
VII. ЮСТИЦИЯ	77
1. Принципы справедливости в юстиции	77
2. В качестве дополнения: праведность	83
3. Опасность: государство судей	85
VIII. К ОБОСНОВАНИЮ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СПРАВЕДЛИВОСТИ	89
1. Модель кооперации (Аристотель)	89
2. Модель конфликта (теории договора)	91
3. Справедливость как частность (Роулз)	97
4. Справедливость как обмен	99

IX. ПРИНЦИПЫ СРЕДНЕГО УРОВНЯ:	
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА	103
1. Права человека и основные права	103
2. Взгляд на историю идей	104
3. Правовые свободы, социальные и культурные права, права на участие ..	108
X. СПРАВЕДЛИВОСТЬ [УГОЛОВНОГО]	
НАКАЗАНИЯ	115
1. Дать дефиницию наказания	115
2. Установить норму наказания	118
3. Легитимировать наказание	121
4. Упразднить наказание?	123
XI. СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ ..	125
1. Справедливость обмена	126
2. Возмещающая справедливость	129
3. Справедливость между поколениями ..	132
4. Справедливость и солидарность	134
5. Справедливость в отношении животных?	137
XII. СПРАВЕДЛИВОСТЬ В УСЛОВИЯХ	
ПЛЮРАЛИЗМА: ТОЛЕРАНТНОСТЬ ..	140
XIII. ГЛОБАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ ..	144
1. Всемирная федеративная республика ..	144
2. Право на различие	149

3. Глобальные правовые задачи	152
<i>Всемирная юстиция</i>	152
<i>Всемирная гражданская защита</i>	154
<i>Глобальное социальное и экологическое государство</i>	156
4. Анамнетическая справедливость	162
5. Всемирное понимание права и всемирное чувство справедливости	163
6. Реалистическое предвиденье	166
XIV. ОСОБЫЕ СТРАТЕГИИ	169
1. Гражданское неповиновение	170
2. Гуманитарная интервенция	174
XV. БОЛЬШЕ ЧЕМ СПРАВЕДЛИВОСТЬ: ЧУВСТВО ОБЩНОСТИ И ДРУЖБА ..	178
ЛИТЕРАТУРА	182
ИМЕННОЙ УКАЗАТЕЛЬ	186
ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ	188

*За разностороннюю помощь
выражаю благодарность
моему сотруднику Тиму Вагнеру*

I. НАСЛЕДИЕ ЧЕЛОВЕЧЕСТВА

1. Межкультурное сходство

Изначально справедливость означала лишь соответствие действующему праву. До сих пор ведомство, занимающееся вопросами права, судебная система, называется юстицией. Однако уже давно понятие справедливости приобрело более широкое и моральное значение, не теряя при этом тесной связи с правом. В первом приближении оно означает как содержательную правильность права с объективной точки зрения, так и добропорядочность какого-либо лица с субъективной. Особенно в качестве объективной справедливости оно является основным понятием человеческих потребностей: предметом человеческих стремлений и человеческих требований одновременно. Ни одна культура и ни одна эпоха не желают отказываться от справедливости. С древних времен одной из главных целей человечества было то, чтобы в мире воцарилась справедливость.

Однако относительно рано всплывает и этико-правовой релятивизм. Так как в других странах наблюдаются иные представления о справедливости, то возникают сомнения в существовании справедливости, независимой от культуры и эпохи. Уже античный скептик Карнеад (214–129 до н.э.) выступил в этом духе с двумя речами, сознательно противоречи-

выми по своей направленности — с одной в поддержку, а с другой против справедливости. Блез Паскаль (1623–1662) также язвительно заключил, что граница справедливости проходит по реке, так как по разные стороны Рейна господствуют различные [представления о] справедливости («Мысли», № 294). Однако часто люди становятся жертвой оптического обмана. Паскаль также не делает различия между не столь элементарными представлениями о справедливости, — вроде тех, согласно которым старшие наследуют все («Мысли», № 291), — и ее неоспоримым ядром. Тем самым сомневающиеся упускают из вида то, что является общим практически для всех культур т. е. справедливость, которая даже в эмпирическом смысле значима не только для одного региона или одной эпохи. По их поводу следует возразить Гёте, когда он утверждает: «Справедливость: свойство и фантом немцев» («Максимы и размышления», № 167: Werke, Bd. XII, S. 386).

Благодаря всеми признанной справедливости, охватывающей [различные] культуры и эпохи, о человечестве в целом можно говорить как о сообществе справедливости. Общечеловеческое начинается с принципа равенства: одинаковые случаи следует рассматривать одинаковым образом. Как в его негативном виде, запрете произвола, так и в его позитивном виде, заповеди беспристрастности, он требует рассматривать спорные случаи невзирая на лица. В этом смысле изобразительное искусство представляет пер-



Рис. 1. Бернский фонтан справедливости, фрагмент

вичную справедливость, богиню Юстицию, с повязкой на глазах. Мужчина или женщина, богатый или бедный, могущественный или слабый — беспристрастность первого уровня, беспристрастность применения правил, гласит, что с каждым нужно обращаться согласно соответствующим правилам: перед законом все равны. Для решения следующей задачи — точно отмерить каждому ему полагающееся — Юстиция часто держит в руке весы. А меч символизирует ее двойное предназначение, как защищать, так и наказывать.

Впрочем, этой беспристрастности первого уровня, беспристрастности применения правил, недостаточно. Скорее она должна быть дополнена беспристрастностью второго уровня, беспристрастностью установления правил. При этом не стоит ожидать одного-единственного правила для всех сфер жизни. В случае основных прав и прав человека действует равенство: «Каждому — по его ценности человека как такового». В случае элементарного обеспечения существования выдвигается аспект потребности: «Каждому по потребностям». В трудовой и профессиональной сфере действует принцип достигнутого результата, а в уголовных процессах учитывается тяжесть правонарушения, соединенная с размером субъективной вины.

Межкультурно признаются также принципы процессуальной справедливости, затем идея взаимности или обоюдности, связанная с «золотым правилом» («Не поступай с другими так, как не хочешь, чтобы поступали с тобой») и с той равноценностью получа-

емого и даваемого («справедливость обмена»), которая ни в коем случае не распространяется лишь на экономические отношения. Точно так же к общему наследию справедливости относится идея компенсирующей («исправительной») справедливости. В гражданском праве она требует компенсации за понесенные убытки, а в уголовном праве — за причиненную несправедливость. Далее практически везде охраняются одни и те же основные права. Повсюду карается убийство, кража и грабеж, как и оскорбления, далее подделка мер, весов и документов и не в последнюю очередь элементарные экологические нарушения, например, отравления колодцев в предыдущие времена. Наконец, царит единство относительно того, что наказывать нужно только виновных, и относительно связанной с этим заповеди, гласящей, что менее тяжкие правонарушения следует наказывать посредством менее тяжких наказаний, а более тяжкие — более тяжких. Таким образом, сходство впечатляюще велико, так что развивающаяся сегодня глобальная цивилизация в своих межкультурных правовых дискурсах может ориентироваться на понятие справедливости.

От других главных целей человечество отказалось в ходе Просвещения или в результате отрезвляющего опыта. Справедливости же, напротив, оно до сих пор придает первостепенное значение. Даже один из таких острейших критиков западной морали, как Фридрих Ницше (1844—1900), высказал в ее адрес похвалу, которая вряд ли могла быть большей: «Если даже под



Рис. 2. Свод Хаммурапи, XVII в. до н.э.

напором личной обиды, надруганности, заподозренности не тускнеет высокая, ясная, столь же глубокая, сколь и снисходительная объективность справедливого, *судящего* ока, ну так что же, тогда это экземпляр совершенства и высочайшего мастерства на земле» («К генеалогии морали», Второй трактат, № 11)¹.

¹ Ницше Ф. Соч.: В 2 т. М.: Мысль, 1990. Т. 2. С. 453.

2. Божественное происхождение (Древность)

Межкультурный дискурс справедливости не удовлетворяется общим наследием. Он бросает взгляд и на другие культуры, особенно на ранние эпохи, для чьих представлений о справедливости характерны гораздо более расширительное понимание справедливости и идея ее божественного происхождения. Например, в древневосточных цивилизациях аспекты социальных обязательств, которые позже взаимно снимаются, еще образуют относительно нераздельное единство. Они не просто объединяют личную справедливость, добропорядочность, с политической справедливостью. Не только в Древнем Израиле, но уже и в более древних культурах Египта и — в меньшей степени — Месопотамии справедливость обосновывалась религиозным образом, как и в архаической Греции. Обоожествление, «дивинизация» или теологизация, справедливости является межкультурной общностью архаических культур. Общим достоянием также является единство права и справедливости и их связь с лояльностью к собственному сообществу, с солидарностью, а также включение права и справедливости во всеобъемлющий общественный, включающий даже весь космос порядок.

Египет и Месопотамия. Египетское общество — это иерархия в первоначальном смысле: священное господство. Ведь на вершине находится «фараон» (Большой дом) как воплощение бога-сокола Гора

(«Великий бог»); и в рамках религии солнца имеют основания для монотеизма.

Основное понятие социальной морали, ма'ат, отвечает не только за три измерения человеческого мира: индивид, общество и государство, но также и за четвертое измерение, мир богов. Понятие невозможно выразить одним-единственным словом, скорее его можно передать такими словами, как «истина, справедливость, право, порядок, мудрость, подлинность, откровенность». Ма'ат относится к морали и манерам в человеческом общении, к божественной справедливости суда мертвых, к ежедневному преодолению хаоса посредством созидающего космос бога солнца и созидающего космос законодательства его земного отражения — царя» (Assmann, *Ma'at*, 2 1995, S. 9 f.).

Египетская «справедливость» объединяет справедливость в строгом смысле: обязательства людей друг перед другом с их обязательствами перед божественным порядком и с их взаимной ответственностью друг за друга, с солидарностью. Дополнительно учитывается успех собственной жизни. Тот, кто живет в соответствии с ма'ат, является не только порядочным и справедливым в широком смысле. По архаическому пониманию возмездия, согласно которому добрые дела окупаются, а за худые или злые приходится платить, добропорядочный человек имеет успех в трех измерениях: в настоящем по эту сторону, видимый по карьере чиновника или уважению окружающих, в памяти потомков, видимый по монументам.

тальной гробнице, и, наконец, по ту сторону, куда попадают через суд мертвых, через трибунал богов.

Не в последнюю очередь к ма'ат относится момент милосердия, якобы первоначально иудео-христианского: возможность отказаться от возмездия и возможность всеобъемлющего освобождения от нужды и бедствий: ма'ат соединяет порядок, господство и добропорядочность с предельным блаженством, со спасением.

Из этого столь обширного и слабо дифференцированного значения ма'ат не следует делать вывод о столь же недифференцированном мире представлений и жизненном мире. Налицо как минимум две различные судебные инстанции. Традиционный суд отвечает за отдельные правонарушения в течение жизни, и «министр юстиции» носит титул жреца ма'ат (ма'ат также является богиней судопроизводства), а суд мертвых, напротив, — за всю прошедшую жизнь. При этом именно в суде мертвых, но вряд ли в обычном суде, присуждается наказание за все нарушения ма'ат. Ибо в двух длинных списках заверений в невиновности, которые согласно египетской «Книге мертвых» (глава 125) клались мертвым в могилу, встречаются не только такие, безусловно, подсудные преступления, как убийство, воровство и мошенничество, но и такие, едва ли подлежащие юстиции проступки, как излишнее слово в споре с кем-то или же слезка за кем-либо и раздувание щек. Так как суду мертвых подлежат не только подведомственные юстиции проступки, то позитивное право и внеправовая мораль

попросту не совпадают. Таким образом, их разделение в человеческой истории начинается довольно рано.

«Правовые книги», возникшие в Месопотамии частично уже задолго до Законов Хаммурапи, охватывают жизнь по эту сторону вне связи с судом мертвых. Поэтому из перспективы Нового времени они воспринимаются как в значительной степени секуляризованные. Однако порядок права и справедливость сохраняют божественное происхождение, а царь несет ответственность перед богами. При этом всплывает право, которое предвосхищает такое классическое для справедливости средство исправления, как праведность (*Billigkeit*): цари имеют право не просто устанавливать действующее право, но и частично отменять его там, где его применение угрожает погибелью бедным и беззащитным, особенно традиционным «вдовам и сиротам».

Древний Израиль. В древнеизраильском понимании «справедливость» также имеет два основных значения, нуждающихся в еще более точном определении. В объективном или политическом смысле она обозначает нормативные представления о поведении и порядке в приличном обществе, а в субъективном — действие или лицо, которое следует этим базовым представлениям и множеству конкретных обязательств, дополнительно действующих в Израиле.

Подобно египетскому учению о ма'ат и, вероятно, под его влиянием, еврейские выражения, переводя-

мые как «справедливость» (*dikaïosyné*, *iustitia*): פְּדָתָא и פְּדָתָא зэдэк или зэдака (SDQH) также означают всеохватывающий и неизменный порядок жизни.

Основанный на завете, данном богом, JHWE, зэдэк состоит как в правовом, так и нравственном и, прежде всего, религиозном отношении между богом и его избранным народом. Воплощением заветов, содержащихся в Торе, Пятикнижии Моисея, считается объективная «справедливость» как поведенная воля бога. И кто добровольно принимает этот порядок, своими действиями соблюдает его требования и тем самым способствует сохранению религиозно-нравственно-правового сообщества, тот является справедливым в личном смысле.

Зэдэк означает скорее «верность сообществу» и ближе к понятию солидарности в смысле лояльности к собственному сообществу, чем к долгу людей друг перед другом.

В библейском мышлении к политической и личной «справедливости» добавляется третье понятие: справедливость бога. Под этим понимается не долг бога перед людьми, но верность бога завету: его надежность в частично карающем, частично спасающем внимании к народу Израиля, т. е. Ветхий Завет, или ко всем людям доброй воли, т. е. Новый Завет.

Так как библейские выражения, переводимые как «справедливость», охватывают все то, что составляет целостное бытие верующего: мир, освобождение, избавление, милосердие и спасение, то они выходят да-

леко за пределы узкого и строгого понятия справедливости. Включенные элементы хорошо знакомы со времен греков: мир (*eirênê, pax*), счастье в смысле удачной во всех отношениях жизни (*eudaimonia, felicitas* или *beatitudo*), а также ее восхождение до блаженства (*makariotês*). Поэтому, как и египетское, еврейское понятие не выражает в корне отличного представления. Более того, с точки зрения секулярности оно должно рассматриваться как довольно архаичное, так как еще относительно не дифференцированно связывает справедливость в строгом смысле с другими понятиями. При этом имеется интенция, чуждая строгому понятию «справедливость»: сами люди не в состоянии установить состояние «справедливости», но получают его в виде подарка от бога, в виде его милости.

Подобно египетскому богу солнца Ра, дарящему право и справедливость, библейский бог также является источником права и справедливости, за которые он, в отличие от древневосточных представлений, отвечает непосредственно. Тот, кто страдает от преследований и враждебности, напрямую обращается к богу без посредничества царя (*Псалом 7*).

В отличие от египетского суда мертвых JHWH может пощадить человека, несмотря на чрезмерную вину (например, *Hosea, 11, 8* и далее); однако здесь отказ от наказания идет на благо не отдельному человеку, но коллективу, избранному народу Израиля. Вообще бог является не просто судящим, наказываю-

щим, но и спасающим, дарящим добро и милосердие. Подобно царю в Месопотамии он встает на сторону бедных и беззащитных, помогая им восстановить право и справедливость и избавляя от власти богохульников, т. е. нарушающих право (*Псалом* 82, 3–4). Под этим нужно понимать не социальную справедливость или социальное государство, а скорее правовую помощь в смысле оказания содействия в восстановлении законности.

Греция. В древнейших дофилософских свидетельствах, в обоих эпосах Гомера, «Илиаде» и «Одиссее», и «Теогонии» («Происхождении богов») Гесиода справедливость еще обладает божественным происхождением. Точно так же право и справедливость составляют нераздельное единство, ибо за них отвечает одна и та же богиня Фемида. В качестве дочери праматери-Земли, Геи, и бога неба, Урана, она старше позднего царя богов Зевса. В этом проявляется то, что над людьми и богами царит общий, более того, вечный и неизменный порядок. Впрочем, Фемида привносит порядок в мир не сама, а при помощи трех дочерей, которых она зачала от Зевса. Тем самым порядок получает подтверждение от нового царя богов и обеспечивается его собственной властью. Одновременно в числе дочерей проявляется первая дифференциация, благодаря чему греческое мышление кажется более «современным», т.е. менее архаичным: Дике отвечает за нравы, право и судопроизводство,

Эйрена — за мир, включая хозяйственное и культурное процветание, Эвномия — за правильный правовой порядок. В качестве «современного» может рассматриваться еще одно отличие: возмездие, осуществляемое Дике, ясно соотносится с деятельностью судопроизводства, которое в свою очередь имеет лишь негативную природу. Правонарушения караются, но законопослушание не вознаграждается.

С другой стороны, греческая аристократическая культура более архаична в том смысле, что [в ней] в отличие от Египта и Израиля царит не только справедливость, но и подчиненные ей агональные ценности. Ключевые тексты Гомера, Гесиода и Эсхила показывают, что справедливость лишь постепенно утверждается в качестве центральной ценности социальной морали: когда в последней песне «Одиссеи» возвратившийся герой убивает 108 женихов, которые годами проедали его состояние, то он нарушает справедливость в трех отношениях. Одиссей осуществляет самосуд вместо того, чтобы передать дело в суд. Самосуд производится крайне несоразмерно: в ответ на преступление против собственности следует убийство, даже массовое убийство. Наконец на устранившемся народном собрании речь не ведется ни об апелляции к богам как хранителям справедливости, ни о сопоставлении ценностей (собственность против жизни), ни о некоем оправдывающем аффекте или чрезвычайном праве. Вместо этого Зевс требует от жителей Итаки «забыть» о массовом убийстве и

вновь признать Одиссея в качестве царя, не налагая на него какого-либо наказания или искупления.

Против гомеровского аристократического этоса восстает поэт Гесиод. Вероятно, под влиянием учений восточной мудрости он возводит справедливость до центральной ценности социальной морали, заставляет богов заботиться о том, чтобы несправедливым жилось худо («Труды и дни», стих 214–218) и возлагает на аристократию задачу выступать за справедливость в качестве судей (стих 220 и далее).

Более чем через два века трагедийный поэт Эсхил представил возникновение первичного института справедливости, уголовного суда. В «Орестее» он вначале изображает массовое применение насилия, расширяющееся согласно архаическому принципу кровной мести: вместо того чтобы подобно исландской саге о Вэльзунгах или «Песне о Нибелунгах» дать кровной мести завершиться лишь в финальной катастрофе, он заканчивает конструктивно, учреждением уголовного суда. Последний же не просто заботится о внутреннем согласии. Он приводит сообщество к хозяйственному и культурному расцвету. Более того, он следует важнейшему принципу уголовно-процессуальной справедливости, который сохраняет свое значение до сих пор: презумпции невиновности или соответствующему ей правилу использования доказательств «в случае сомнения — в пользу обвиняемого». Если речь обычно идет о конкретном деле, о справедливости в [конкретном] деле, то у Эсхила говорится

уже о невиновности в случае [определенного] вида преступлений, о справедливости [в случае определенных] преступлений. Ибо нельзя однозначно решить, виновен ли Орест, отомстивший за убийство отца убийством матери. Согласно более древнему, матриархальному закону убийство матери не может произойти [безнаказанно], по более позднему закону равенства за подстрекательство к убийству супруга мать также заслуживает сурового наказания, которое был вынужден осуществить Орест за недостатком публичной юстиции. В этой ситуации соответствующей преступлению неоднозначности за и против Ореста высказалось равное количество судей, поэтому вмешивается богиня Афина и в соответствии с принципом «в случае сомнения — в пользу обвиняемого» выступает в пользу Ореста.

3. Установить порядок (Платон)

Греки первыми создают применительно к справедливости философию в строгом смысле. Ответственны за это три обстоятельства: поскольку справедливость не являлась давно признанной ценностью, ей еще предстояло утвердиться вопреки аристократической морали агонально понимаемой чести. При этом — в отличие от Рима — отсутствует сословие юристов, так что греки, в третьих, распространяют свое философское отношение к миру также на право и справедливость.

Первую вершину философия справедливости достигает в старейшем произведении Запада, посвящен-

ном справедливости — в диалоге *Politeia* («Государство») с подзаголовком *Peri dikaiou* («О справедливом»). Для Платона (427—347 до н.э.) справедливость является секулярным феноменом. Даже если иногда он называет ее «божественной», то он не имеет в виду религиозную обязательность. На место божественного происхождения приходит метафизический элемент; последнее основание легитимации заключается в идее блага. Хотя известный от египтян иерархический общественный порядок и сохраняется, однако во главе его стоит уже не заместитель бога на земле. Человек скорее предоставлен самому себе и перенимает всю ответственность за справедливость, однако [это не может быть] ни какой угодно человек, ни любой человек. Место призванного богом царя, жреца или пророка занимает духовный аристократ: выдающийся своей теоретической и, прежде всего, морально-практической компетенцией философ-царь («Государство», V 473 c-d). Впрочем, для того чтобы быть в состоянии нести свою ответственность, он сам должен быть справедливым. С этой целью Платон вводит довольно новый относительно древневосточных представлений элемент: социальной иерархии соответствует иерархия личностных сил, т. е. начал души, а справедливость отвечает за оба порядка, социальный и «душевный».

Вполне четко Платон различает в душе три основные силы: вождение, действующую силу и разум. Им соответствуют три достоинства или добродетели: при вождении — умеренность, при действующей силе —

мужество и при разуме — благоразумие или мудрость. Но для того чтобы каждая основная сила выполняла предназначенную ей задачу, и чтобы в душе установился правильный порядок, необходима еще одна, четвертая, добродетель: справедливость. С тех пор справедливость входит в квартет основных добродетелей, вокруг которых вращается все остальное. Наряду с умеренностью, мужеством и мудростью она считается одной из четырех кардинальных (лат. *cardo*: дверная петля) добродетелей, а учитывая ее упорядочивающую роль — даже важнейшей. Ибо подобно египетской и древнеизраильской справедливости у Платона также является общим принципом. Его задача простирается даже гораздо дальше, так как он отвечает не только за социальный порядок, но и за порядок души. Справедливость заботится о том, чтобы каждая душевная сила выполняла отведенную ей функцию; она отмеряет «каждому полагающееся ему», однако не определенные блага, но задачи и сферы деятельности. То же самое касается полиса. Платон хорошо понимает, что «в каждом из нас присутствуют как раз те же виды нравственных свойств», которые соответствуют трем силам души, а именно корыстолюбие, отвага и любознательность («Государство», IV 435 e-436 a). Сообщество является справедливым лишь тогда, когда каждый выполняет ту задачу, которая соответствует господствующей в нем способности. Кто обладает сильным вождением и в идеальном для этого случае одарен добродетелью, умеренностью, тот становится ремесленником, крестья-

янином или купцом. Кто располагает яростным началом и ее достоинством — храбростью, тот становится стражем. И только тот, кто отличается разумом, может и должен стать философом-правителем. Справедливость и здесь обеспечивает правильность распределения и одновременно правильность всего порядка. Платон не утверждает, будто справедливое сообщество является предпосылкой существования справедливых индивидов. Он не заявляет, что только справедливая форма правления и справедливые институты позволяют людям в свою очередь стать справедливыми. Также он не утверждает, что если только все индивиды являются справедливыми, то и сообщество может стать таковым. Но он выдвигает ослабленный антитезис: конечно, не все граждане должны обладать справедливостью, но только часть их, а именно те, кто правит. Платон даже устанавливает точное соответствие (изоморфизм) между гражданами и сообществом: как индивид становится справедливым лишь благодаря тому, что в нем господствует разум, так и сообщество становится таковым только потому, что в нем господствуют граждане, над которыми господствует разум. Поэтому он повторяет мысль о правлении философов применительно к индивидуальному уровню; он дополняет политическое правление философов персональным правлением философов: «считать самым счастливым самого добродетельного и справедливого человека, а таким будет человек наиболее царственный, властвующий над самим собой» («Государство», IX 580 b-c)².

4. Основополагающие различия (Аристотель)

Вторую вершину западной правовой мысли образует первый подлинный трактат о справедливости — пятая книга «Никомаховой этики». Аристотель (384/3—322/1 до н. э.) продолжает здесь платоновскую секуляризацию справедливости. Ибо он обходится не только без какой-либо религии или теологии, но и без метафизики. Внутри понятия справедливости он проводит различия, которые до сих пор доказывают свою состоятельность и составляют не полную, но все же вполне достаточную дифференциацию:

Применительно к другому справедливость как целостная добродетель, названная Фомой Аквинским всеобщей справедливостью (*iustitia universalis*), означает для Аристотеля совершенную добродетель, более блистательную, чем вечерняя и утренняя звезда. Она состоит в установке на добровольное выполнение всего, что предписывает мораль и закон. Всеобщая справедливость подразумевает всеобъемлющую добропорядочность. Сюда относятся и результаты храбрости и рассудительности, для которых Аристотель скромно приводит лишь запреты: храбрость запрещает солдату покинуть свой пост; рассудительность запрещает супружескую измену и насилие.

В то время как всеобщая справедливость была знакома грекам, мысль о справедливости как добро-

² Платон. Соч.: В 4 т. М.: Мысль, 1994. Т. 3. С. 372.

детели среди других добродетелей, о частной справедливости (*iustitia particularis*), стала открытием Аристотеля. Особая справедливость обращается к вопросам чести, денег или самосохранения — можно дополнить: власти, — при которых существует опасность непомерной жажды увеличения, т.е. ненасытности. В одном случае частной справедливости, распределении чести и денег (*iustitia distributiva*), Аристотель считает неравенство допустимым. В случае чести это очевидно, так как люди достигают различных результатов, как применительно сообществу, так и в науке, искусстве или спорте и, например, было бы бессмысленно приравнивать дамский роман к произведениям Данте, Шекспира или Гёте.

Другая, упорядочивающая справедливость регулирует обмен. В качестве справедливости обмена (*iustitia commutativa*) она отвечает за свободный обмен, деловые отношения и гражданское право, т. е. за процессы покупки, продажи, ссуды и поручительства. В качестве компенсирующей или исправительной справедливости (*iustitia correctiva*) она, напротив, регулирует несвободный обмен в уголовном праве. Аристотелевский список преступлений, разбитых дважды по семь, имеет примечательную степень межкультурной значимости. Под «скрытые» преступления подпадают кража, супружеская измена, изготовление ядов, сводничество, переманивание рабов, убийство из-за угла и лжесвидетельство, а под «насильственные» — жестокое обращение, лишение сво-

боды, убийство, разбой, нанесение увечий, злословие и оскорбление. Если справедливость распределения допускает неравенство, то при упорядочивающей справедливости царит равенство. Так, речь идет не о том, ограбил ли один достойный человек одного недостойного, а лишь о том, что он совершил грабеж и насколько велик причиненный ущерб. И судья компенсирует ущерб наказанием, поскольку он — говорит Аристотель — в свою очередь лишает «выгоды», полученной в результате совершения преступления.

Общность этих названных различий Аристотель подчиняет справедливому вообще, под которым понимает «абстрактные», универсально значимые структурные признаки. Последние он отличает от справедливого в определенных институциональных контекстах. Они кладут начало политически справедливому, которое здесь следует понимать в строгом, «республиканском» смысле. В отличие от обычно господствующей вертикальной структуры, иерархически организованного господства и общества, оно означает горизонтальную структуру порядка: свободные и равные граждане образуют сообщество, в котором они по очереди правят и позволяют править [над собой другим] и при этом служат общему благу.

Внутри политически справедливого Аристотель экспромтом кратко воспроизводит введенное софистами различие, которое наложило отпечаток на западное мышление о праве и справедливости практически до сих пор: различие естественного (*to*

physikon) и законного (*to nomikon*; «Никомахова этика», V 10, 1134 b-1135 a 5), позже названное естественным и позитивным правом. Если позитивное право исходит из конвенции и порядка, то естественное право характеризуется универсальностью («повсюду действует одна и та же сила») и произвольностью («это не зависит от чьего-либо мнения»).

Что относится сюда, Аристотель оставляет открытым; он не приводит примеров. Можно вспомнить об определениях справедливого вообще, особенно об определениях частной справедливости, и тогда не останется сомнения в том, что разбитые дважды по семь преступления Аристотель относит к естественному праву. К естественному праву в более широком смысле можно отнести и знаменитый тезис, согласно которому человек есть «по природе» существо политическое («Политика», I 2). Согласно «Риторике» (I 13, 1373 b9-18) для естественного права будет справедливым действовать подобно софокловской Антигоне и похоронить брата Полиника несмотря на запрет царя Креона. В случае форм правления Аристотель однозначно объявляет одну-единственную лучшей по природе — то господство, которое служит общему благу и осуществляется гражданами, которые, стремясь к добродетельной жизни, по очереди дают править другим и правят сами (см. «Политика», III 13, 1284 a2 и далее).



Рис. 3. Аристотелевские различения применительно к справедливости

II. К ПОНЯТИЮ СПРАВЕДЛИВОСТИ

Предметом жарких споров, как в повседневной жизни, так и в философии, является то, в чем конкретно состоит справедливость. Основательная дискуссия вначале определяется с понятием и с этой целью выделяет два методически совершенно различающихся вопроса: с одной стороны, какие условия вызывают [необходимость] справедливости, с другой стороны, какой из ответов на этот вызов называется «справедливостью». В первом случае исследуются описывающие (дескриптивные) условия применимости, а во втором — предписывающие (прескриптивные) и основополагающие (нормативные) моменты.

1. Вызов

В рамках условий применимости справедливости возможно также различие между объективными и субъективными условиями, т.е. между предметной областью справедливости и субъектом, который обладает ею и сталкивается с ее вызовом.

Ограниченность [ресурсов] или конфликт: «Допустим, что природа предоставила человеческому роду такое *изобилие* всех *внешних удобств*», что нет нужды «в утомительных занятиях, обработке земли, мо-

реплавании», так что «представляется очевидным, что при таком счастливом сочетании процветала и десятикратно умножалась бы всякая иная социальная добродетель, кроме осмотрительной, ревнивой добродетели справедливости, о которой нечего было бы и мечтать»³. Как для Дэвида Юма («Исследование о принципах морали», гл. III: «О справедливости»), так и для других либеральных философов ограниченность [ресурсов] относится к условиям применимости справедливости. Уже Платон косвенно поддержал это мнение, когда умалчал о справедливости там, где люди довольны условиями жизни. Многие функции справедливости действительно возникают из ограниченности естественных ресурсов. И даже научно-техническая цивилизация, несмотря на повышение экономической продуктивности, не может отменить трехчастный антропологический «закон ограниченности [ресурсов]»: (1) самая первичная для любой экономики данность — Земля, включая животных, растения и материалы — является ограниченной; (2) человек вынужден перерабатывать наличные ресурсы «в поте лица своего», чего он старается избегать; (3) в тенденции существует угроза ненасытности, желания еще-большего, которое безграничной алчностью вытесняет все человеческое — будь то индивид, группа или институт.

³ Юм Д. Соч.: В 2 т. М.: Мысль, 1996. Т. 2. С. 189, 190.

Там, где в природе царит изобилие, там справедливость становится безработной лишь в значительной части, но не полностью. Ведь, с одной стороны, существует не зависящая от природы ограниченность, так как человеку требуется не только то, что может в избытке поставлять природа (при условии ограниченной ненасытности): блага. Он также нуждается в том, что производят только окружающие его люди: услуги, начиная с необходимого для младенцев ухода. С другой стороны, не все функции справедливости связаны с ограниченностью: ни равенство перед законом, ни ответственная за это беспристрастность юстиции и управления, ни либеральные права человека, ни суверенитет народа или разделение властей. Кроме того, существует еще борьба за признание с сопутствующими аффектами зависти и ревности. Каин убивает своего брата не потому, что ему не хватает благ, но потому что «призрел Господь на Авеля и на дар его, а на Каина и на дар его не призрел» («Бытие» 4, 4–5).

Спрос на справедливость существует во всех сферах человеческих отношений, как в отношениях кооперации, так и в отношениях конкуренции, поскольку при этом выявляются противоречащие интересы, притязания и обязательства. Объективным условием применимости является наличие спора или конфликта. Так как он имеет место и в личных, и в деловых отношениях, а также в социальных институтах и системах, а именно в праве и государстве, более того —

между государствами, и не в последнюю очередь в отношениях между поколениями, то во всех этих сферах на карту поставлена справедливость.

Дееспособность: Кто в случае конфликта требует справедливости, тот исходит относительно субъектов из двух предпосылок: что отношения между ними могут разрешаться по-разному, и что та или иная форма зависит не только от внешней инстанции типа природы или системных требований. Хотя бы частично форма должна быть приписываемой дееспособным сущностям, а именно физическим и юридическим лицам. Справедливости нет ни в обществе, если оно носит исключительно системный характер, ни среди животных, поскольку их поведение определяется исключительно природными инстинктами. Однако вполне возможна справедливость в отношении животных (см. гл. XI. 5). И если обнаружатся животные, обладающие дееспособностью, то и к ним была бы применима справедливость: как в отношениях между собой, так и относительно людей.

2. Вмененная социальная мораль

Ввиду возможности принятия различных форм справедливость принимает определенный вид оценки: той социальной, притом нормативной оценки, которая в рамках трех иерархически следующих друг за другом ступеней относится к третьей и самой высшей ступени, моральной в строгом смысле.

На первой, в широком смысле технической ступени оцениваются средства, пути и процессы с точки зрения любых, но предполагаемых в каждом случае целей и задач. Относящиеся сюда частично инструментальные, частично функциональные или стратегические обязанности означают «благо для чего-либо». На второй, прагматической ступени целям или задачам, которые не были нормативно тематизированы на первой ступени, дается оценка с точки зрения естественного интереса в собственном благополучии; «благо» означает здесь «благо для кого-то». Если речь идет об отдельном лице, то происходит индивидуально-прагматическая, а если о группе, то социально-прагматическая оценка, которая соответствует этике утилитаризма. Кто рассматривает ее принцип, максимальное и коллективное благо, в качестве высшего критерия оценки, тот упускает из виду, что нечто может являться полезным для общего блага и, тем не менее, быть несправедливым. Утилитаризм индифферентен относительно «распределения» общего блага.

Третья, собственно моральная ступень оценки снимает индифферентность. Общее благо понимается уже не просто коллективно, но с обострением условий дистрибутивно. Не достаточно того, что нечто является лишь «благом для определенной группы», оно также должно являться «благом для каждого в отдельности». Лишь благодаря этому достигается обязательность, которую невозможно ни

заменить другими, ни отменить: безусловная или категорически действенная, собственно моральная обязательность. Вместе со справедливостью вся сфера социального подпадает под идею неограниченного блага. Как бы ни были важны техническая, функциональная и, тем более, прагматическая обязательности типа внутренней и внешней безопасности и экономического благосостояния — они могут находиться на службе организованной преступности и откровенных государств беззакония или же содержать [в себе] правовые привилегии и дискриминацию.

Однако справедливость не покрывает всю сферу морали. Из этого выпадают уже определенные обязательства человека по отношению к себе. И в рамках социальной морали справедливость затрагивает лишь небольшую, вмененную часть: т. н. правовые обязательства или правовую мораль. Если в случае нарушения долга перед добродетелью вроде сострадания, благотворительности и щедрости, а также благодарности и готовности к прощению наступает разочарование, то в случае нарушения [принципа] справедливости пробуждаются возмущение и протест. Признания долга перед добродетелью от других можно только просить или надеяться на него, а признания справедливости, напротив — требовать. В качестве вмененной морали справедливость обладает рангом элементарно-высшего критерия любого общества, тогда как благотворительность образует

оптимально-высший критерий, а солидарность занимает промежуточное положение.

Ввиду особого ранга справедливости возникает угроза подмены, которую можно осуществлять сознательно, что ведет к злоупотреблению: вменным базовым обязательством объявляется то, что в действительности относится к похвальному *Сверх*. Без сомнения мораль призывает быть лично щедрым и благодетельным; однако принудительно учреждаемый общественный порядок, государство, в сущности отвечает только за справедливость. Особенно дополнительные обязательства сострадания и благотворительности принимаются на добровольной основе, поэтому их нельзя потребовать, но можно взывать к ним.

Но в чем состоит долг людей по отношению друг к другу? Без сомнения не в том, чтобы позволять подавлять или эксплуатировать себя. Согласно основной идее беспристрастности и взаимности предметом справедливости является такое устройство общежития, которое не приводит к «распределению» его пользы и ущерба на разные группы. Если предположить, что баланс пользы и ущерба в целом является положительным — иначе предпочитают жить отдельно, — то он должен идти на благо не просто обществу как коллективу, но и каждому в отдельности. Мера справедливости состоит в дистрибутивной и одновременно коллективной пользе: пользе для каждого в отдельности и для всех вместе взятых.

3. Справедливость как добродетель

Человеческое общежитие имеет две стороны, которым соответствуют два понятия справедливости. Относительно социальных институтов и систем типа брака и семьи, экономики и образования вмененная мораль называется институциональной или объективной справедливостью, в случае права и государства — также политической справедливостью. В личном или субъективном понимании она, напротив, означает ту добропорядочность, которая выполняет требования институциональной справедливости не просто от случая к случаю и из-за страха перед наказанием, но добровольно и постоянно, на уровне «габитуса». Здесь справедливость является признаком характера или личности, моральной добродетелью, которая, с одной стороны, не зависит от личной склонности, и, с другой стороны, не сводится к вмененному. При этом существуют две ступени. Кто действует лишь на основании неморальных мотивов, например, из страха перед наказанием, тот находится лишь на низшей, базовой ступени. После Канта в этом случае говорят о легальности и имеют в виду соответствие тому, к чему призывает справедливость или, говоря обобщенно, мораль. Иными словами, речь идет не о соответствии позитивному закону, не о позитивной, а о моральной легальности. На более высокой и завершающей ступени, ступени моральности, действуют не просто справедливо, но делают это по определенному убеждению, а именно просто потому, что

это справедливо. Кто справедлив в этом полном смысле, тот не станет искать преимуществ перед другими, даже если он был бы в состоянии сделать это по причине большей власти или ума. И в своем действии или бездействии в качестве законодателя, судьи, учителя, родителя или согражданина он будет руководствоваться идеей объективной справедливости даже тогда, когда позитивное право и конвенциональная мораль допускают пробелы и возможность действовать по усмотрению или когда их осуществление в высшей степени маловероятно.

Если античная философия затрагивала обе стороны [справедливости], а Платон даже исходил из соответствия между личной и политической справедливостью, то христианское средневековье, равно как и исламское и иудейское, гораздо больше интересовалось личной справедливостью, при этом в т. н. государевых зеркалах, речь шла прежде всего о справедливых властителях. Политический либерализм Нового времени, напротив, больше полагается на справедливость институтов и на разделение властей. Однако ложным является предположение, будто современные общества могут отказаться от личной справедливости. Ибо определенная мера справедливости, как со стороны граждан, так и со стороны представителей власти, относится к условиям функционирования демократии в правовом государстве: представители власти, например, парламентарии должны обладать личной справедливостью («добропорядочностью»),

так как иначе они в нарушение своей присяги будут служить не всему народу, а лишь интересам своей клиентелы и способствовать тому, чего опасалась критическая теория демократии от Платона («Государство», VIII b и след.) и Аристотеля («Политика», IV 4 1290 b 1 и след.) до Джона Стюарта Милля («О свободе», раздел 4), а именно, тирании большинства. В случае судей и административных чиновников, даже работников медиа как воплощения четвертой власти обязательна хотя и не всеобъемлющая, но все же привязанная к кругу их задач личная справедливость. Если немногим ее не хватает, то это поправимо благодаря многим другим. Но если где-то это становится правилом, например, если судьи «систематически» участвуют в «делах, заранее обговоренных» с прокурором и адвокатом, то там происходит извращение соответствующей функции (Aufgabe).

С другой стороны, личной справедливостью должны обладать граждане, чтобы они выполняли требования институциональной справедливости, как правило, добровольно и постоянно, противодействуя усилению власти государства. В случае жизненной несправедливости добропорядочные граждане возмущаются и протестуют, даже оказывают гражданское неповиновение (см. гл. XIV. 1) там, где это необходимо: личная справедливость противодействует скатыванию правопорядка до «государства беззакония».

Кто возмущается только в тех случаях, когда сам стал жертвой несправедливости, тот остается на соот-

носимой с самим собой «эгоистической» предварительной ступени. Лишь тот, кто возмущается против несправедливости в отношении других, обладает подлинной, соотносимой с другими, «альтруистической» справедливостью. Кто осуществляет ее лишь в отношении друзей или членов собственной группы, тот альтруистически справедлив лишь в слабом смысле. В более сильном смысле таковым является тот, кого также возмущает несправедливость в отношении абсолютно чужих людей. А совершенства достигает тот, кто считает несправедливость в отношении других не менее значимой, чем несправедливость в отношении себя и своих друзей. В таком случае он сам никогда не поступит несправедливо, даже тогда, когда может стать жертвой чужой несправедливости. Примером подобной установки является Сократ, каковым он представлен в диалоге Платона «Критон». Его знаменитая максима «Лучше самому терпеть несправедливость, чем совершить ее» провокационным образом противоречит древнегреческому аристократическому этосу; ведь страдать от несправедливости тогда было делом лишь рабов. Одновременно релятивируется возмущение по поводу несправедливости в мире, ведь более важной становится собственная справедливость, личная справедливость как неотъемлемая часть моральной целостности.

Согласно софисту Фрасимаху быть справедливым всегда хуже, чем несправедливым (Платон, «Государство», I 343 d). Ведь справедливый лишен богатства,

власти, и даже общественного признания. Сократ решительно отвергает подобный взгляд. На вопрос о пользе справедливости он отвечает, что она служит не только «другим», но и самому справедливому. Ибо только справедливые люди живут во взаимном доверии, еще и потому, что они скорее готовы вынести несправедливость, чем совершить ее — как из-за уважения к самим себе, так и из-за уважения к тем, кто им дорог. Несправедливые люди, напротив, не просто находятся в раздоре с другими; в качестве рабов своих противоречивых страстей они также состоят в раздоре с самими собой. Без дружбы, доверия к миру и уважения к самим себе они влачат жалкое существование, и лишь справедливые, напротив, ведут всецело достойную жизнь (Платон, «Государство», IX 575 e-576 a).

4. Экскурс: божественная справедливость

За божественную справедливость отвечают религии и их теологи. Философ вправе ограничиться одной межкультурной историей. Она возникла на Востоке, из собрания сказок «Тысяча и одна ночь» и была пересказана Фридрихом Дюрренматтом («Выступление монстров», 1969, с. 11 и дал.): «Пророк Мухаммед сидит на холме в одном пустынном месте. Внизу холма находится источник. Подъезжает всадник. Пока он поил своего коня, у него из седла выпал кошелек. Всадник удаляется, не заметив потери кошелька. Подъезжает второй всадник, находит кошелек и скачет с ним прочь. Подъезжает третий всадник

и поит своего коня у источника. Тем временем первый всадник замечает потерю кошелька и возвращается назад. Он думает, что это третий всадник украл его деньги, возникает спор. Первый всадник убивает третьего всадника, изумляется, когда не находит кошелька, и скрывается с места. Пророк на холме в отчаянии. Аллах, — выкрикивает он, — мир несправедлив. Вор не был наказан, а невинный был убит. Аллах, обычно молчаливый, отвечает: Глупец! Что ты понимаешь в моей справедливости! Деньги, которые потерял первый всадник, он украл у отца второго всадника. Второй всадник взял себе то, что и так принадлежало ему. Третий всадник изнасиловал жену первого всадника. Первый всадник отомстил за свою жену, убив третьего всадника. Тогда Аллах вновь замолчал. Пророк, после того как услышал голос Аллаха, похвалил его справедливость».

III. СКЕПСИС ОТНОСИТЕЛЬНО СПРАВЕДЛИВОСТИ

Два элемента понятия справедливости заслуживают особого внимания: (1) В качестве высшего требования к человеческому общежитию и в качестве последнего основания для оправдания сообщества справедливость имеет моральное и одновременно универсальное значение. (2) Ее мера заключается не в одностороннем подарке, даже если он должен служить коллективному благополучию. Так как к ядру справедливости относится взаимность, то соответствующее правило или институт должны нести пользу не просто коллективу, но и каждому в отдельности. Однако оба элемента встречают возражения (см.: Хёффе, «Политическая справедливость», 1987, Часть I): Во всеобщей обязательности помимо (правового) этического релятивизма (см. гл. I. 1) также сомневаются правовой позитивизм и социологическая теория систем. А против релятивизации коллективного блага выступает утилитаризм.

1. Правовой позитивизм

В скромной форме правовой позитивизм еще не выдвигает возражения против справедливости. Он лишь утверждает, что правоведение должно утвердиться в качестве автономной, в частности независи-

мой от политики и философии науки, понятийно отделяя позитивно действующее право от морально постулируемого. Скептическим по отношению к справедливости является лишь тот радикальный правовой позитивизм, который стремится определить позитивное право целиком и полностью без каких-либо элементов морали и справедливости. В противовес этому скромный правовой морализм задает вопрос: «Итак, при отсутствии справедливости, что такое государства, как не большие разбойничьи шайки?» (Св. Августин, «О граде божьем», IV, 4)⁴. Путь к правовому радикализму открывает утверждение философа государства и права Томаса Гоббса (1588—1679): «Авторитет, не истина создает закон» («Левиафан», гл. 26, в латинской формулировке). Ибо оно предвзряет теорию императивов, согласно которой правовые нормы являются приказами, исходящими от некоей превосходящей власти. За невыполнение ее приказаний грозит беда, и поэтому они находят повиновение в соответствии с привычкой. Так как при подобном «наивном позитивизме» право выступает как властный порядок без полномочий, то оно действительно даже понятийно не отличается от насилия организованной преступности («больших банд разбойников»). В противоположность этому австрийский философ права и конституционный правовед Ханс

⁴ Августин А. Творения. О Граде Божиим. Книги I—XIII. СПб.: Алетейя, 1998. Т. 3. С. 150.

Кельзен (1881–1973) и британский философ права Херберт Л. А. Харт (1907–1993) развили «рефлексивный позитивизм». По Кельзену право заключается в наборе правил, который находит эмпирическое признание затронутых лиц. Однако и таким образом не удается достаточно развести правопорядок и организованную преступность.

Слишком близкое к голому насилию, право в теории императивов есть принуждение (Müssen), осуществленное посредством угрозы наступления дурных последствий. У Кельзена оно более целесообразно становится авторизованным долженствованием (Sollen), причем вершиной авторизации, основной нормой, остается слишком формальная гипотеза уполномочивания (Verlegentheitsvorschlag). И у Харта право базируется на свободной воле (Wollen), которая оставляет открытыми два вопроса: во-первых, почему нужно признавать заложенные в праве ограничения свободы, во-вторых, почему построенное на признании право, тем не менее, содержит момент принуждения, даже принуждения наказанием (Strafzwang). На оба вопроса можно ответить лишь посредством [привнесения] элемента справедливости, посредством право-дефинирующей справедливости: именуемое «правом» социальное принуждение, в конце концов, приносит пользу не криминальной организации, но самим затронутым лицам, а именно — каждому в отдельности. Например, уголовное право служить таким правовым благом, как жизнь и здоро-

вье, собственность и честь («доброе имя»), а также общественное здоровье, защита документов, мер и весов. Даже такие важные вопросы подсудности, как вменяемость и вина, а также строгие процессуальные правила в свою очередь связаны с идеей справедливости. Подобные элементы право-дефинирующей справедливости вместе образуют фундаментальную «право-конституирующую справедливость». Без нее правовой и государственный порядок были бы не чем иным, здесь следует согласиться со Св. Августином, как большой бандой разбойников. Правовой порядок может не быть совершенно справедливым и, тем не менее, отличаться понятийно от организованной преступности. Верно, хотя и несколько осторожно, высказался юрист и временный имперский министр юстиции Густав Радбрух (*Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, 1946, S. 89) о том, что невозможно «определить право, как и позитивное право, иначе», «чем порядок и установление, которые по своему смыслу направлены на то, чтобы служить справедливости» (см. также гл. IV).

2. Системно-теоретический скепсис

Социолог и автор теории систем Никлас Луман (1927–1998) представил в своей ранней работе «Легитимация посредством процедуры» (1969, с. 28 и далее) социально-исторический и одновременно теоретико-модернизационный правовой позитивизм: право было не всегда, но в Новое время оно в

полной мере стало свободным от сверхпозитивных элементов и тем самым способным на неведомый до тех пор масштаб изменений. Однако в основании идеи «институционализации произвольности правовых изменений» лежит троякая оптическая иллюзия. Во-первых, Луман упускает из виду, что уже античность, в частности афинская демократия, обладала высокой степенью изменений. Во-вторых, он упускает право-определяющую справедливость, хотя сам связывает действенность права с одобрением, которого, в свою очередь, скорее всего следует ожидать в случае дистрибутивной выгоды. Не в последнюю очередь он недооценивает то, что именно современное правовое развитие определяется принципами справедливости. Способность на изменения допускается не в отношении права как такового, но лишь в рамках достаточно широких заданных параметров справедливости, например, личных прав, народного суверенитета и разделения властей, позже — социальной государственности, а с недавних пор — защиты окружающей среды.

Через добрые десять лет Луман («Дифференциация права», 1981, гл. 15) пытается отказаться от традиционного понятия справедливости и заменить его системно-теоретическим понятием: для сохранения функциональности в условиях значительно усложнившегося общества современная правовая система должна повысить уровень своей собственной комплексности, особенно свою способность к внутренней

дифференциации и обработке информации. Теперь справедливость есть та «адекватная комплексность», которая настолько отражает в праве комплексность окружающего общества, насколько это возможно праву в пределах внутренних условий [его] функционирования.

Это новое определение следует принципу: что не желаешь признавать, но не можешь отрицать, то следует истолковать по-своему. Ведь в рамках трех ступеней оценки (см. гл. II. 2) адекватная комплексность как функциональная обязательность относится лишь к первой ступени. Она не выполняет даже минимального понятийного условия справедливости — нормативности третьей ступени. Более того, она даже не отражает особенности права; ведь об адекватной комплексности должны беспокоиться все общественные подсистемы. Вместо того чтобы соответствовать понятию справедливости и особенностям правового порядка, Луман выдвигает «теорию справедливости без справедливости».

Наконец в докладе «Paradigm Lost» (1988) Луман выдвигает аргумент против морали, который по смыслу затрагивает и справедливость: поскольку современное общество состоит из относительно самостоятельных подсистем и каждая подсистема типа экономики, науки и права подчиняется своей собственной функционально-специфической нормативности, то функционально-неспецифическая нормативность, мораль, утрачивает всяческую силу. Неспособ-

ная интегрировать общество в его частях или в целом мораль стала утраченной парадигмой. Однако против этого говорит то, что функционально-неспецифическая нормативность «мораль» может применяться функционально-специфически — например, политическая справедливость в специфически правовой и государственной сферах — как право-дефинирующим, так и право-нормирующим образом.

3. Утилитаризм как альтернатива?

Этика подлежащего максимизации общего блага, утилитаризм, имел сложности со справедливостью, начиная со своего раннего периода. Ведь она не просто допускает возможность нарушения справедливых притязаний, даже основных прав и прав человека, если это способствует общему благу, она даже требует этого. Хотя один из классических представителей, Джон Стюарт Милль (1806—1873), попытался примирить утилитаризм со справедливостью («Утилитаризм», гл. 5) — однако попытка не удалась. С одной стороны, он различает три ступени: (1) первичные критерии справедливости (2) правила действия и (3) отдельные случаи. Однако лишь первую ступень он подчиняет утилитаристскому принципу, не признавая того, что для двух других действуют другие критерии — равенство для ступени 2 и беспристрастность для ступени 3, — которые носят характер справедливости. Тем самым справедливость получает более широкую сферу деятельности, чем это

признает Милль. С другой стороны, он переоценивает область применимости своего утилитаристского оправдания первичных критериев справедливости. Например, в случае важной для него уголовной справедливости Милль лишь показывает, что уголовное наказание можно оправдать и с точки зрения общего блага. Но он не задумывается о том, что возможно и альтернативное оправдание: оправдание посредством возмездия, которому с моральной точки зрения следует отдать приоритет (см. гл. X). Так же мало Милля интересует вопрос, обладают ли рангом справедливости оба основных элемента современного общества — народный суверенитет и права человека.

В целом против утилитаризма говорит то, что за требованием максимизации общего блага он забывает вопрос о том, как же следует «разделить» максимальное общее благо между участниками. Будучи равнодушным к этому вопросу, он даже допускает рабовладельческое и кастовое общество, покуда они обеспечивают максимальное коллективное благо. Маркс и Энгельс справедливо упрекали утилитаризм в «*exploitation de l'homme par l'homme*», эксплуатации человека человеком («Немецкая идеология», гл. «Мораль, общение, теория эксплуатации»). К тому же утилитаризм предполагает слишком высокую степень альтруизма, так как каждый должен быть готов подчинить собственное благо благу коллективному. В этом заключается «моральное самоумаление», когда человек отказывается от притязания быть ли-

цом с не утрачиваемыми правами, нарушать которые не может никакое, даже столь большое общее благо. Вместо этого признаются лишь «минимальные персоны»: лица без высших целей и без определенного характера. Основная ошибка утилитаризма состоит в смещении беспристрастности с безличностью, основанном на ложном разделении человеколюбия и чувства справедливости.

IV. ПОЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ ИЛИ ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО?

1. Идея естественного права

С тех пор как Антигона, ссылаясь на «неписанный, незыблемый закон богов бессмертных. Этот не сегодня был ими к жизни призван, не вчера» (Софокл, «Антигона», стих 471–473)⁵ нарушила запрет царя Креона и похоронила своего брата Полиника несмотря на угрозу собственной жизни, развитие западного права происходит благодаря критическому импульсу. Вопреки высокомерию власти, считающей, что любые предписания можно возвести в ранг действующего права, отстаивается идея существования обязательств, свободных от любого человеческого авторитета, признавать которые перед своими гражданами должно любое общество и вопиющее неуважение к которым дает право на сопротивление. (Впрочем, сам Креон действует не из чистого властного высокомерия.) Совокупность подобных до- и сверхпозитивно действующих правовых обязательств греки называют «правое или справедливое по природе» (*phusei/physikon dikaion*). В латыни есть выражение «естественное право» (*ius naturae*) или — до того, как понятие закона сузилось, в основном, до естественнонауч-

⁵ Софокл. Драмы. М.: Наука, 1990. С. 138.

ного термина — «естественный закон» (*lex naturae*). Под влиянием христианства также возникли выражения «божественное право» (*ius divinum*) и «вечный закон» (*lex aeterna*), а со времен европейского Просвещения еще и «разумное право».

Подчиненным является вопрос о том, ссылаются ли естественное право в конечном счете на божественно установленный мировой порядок («космологическое естественное право»), на сущность человека («антропологическое естественное право») или на практический разум («рациональное естественное право» или «разумное право») и о том, питают ли противоположную сторону, позитивное право, правовые привычки и предыдущие решения или скорее своды законов. Невзирая на эти различия европейская правовая мысль в течение столетий развивалась в результате со- и противопоставления естественного права и права позитивного. Великие мыслители естественного права были или юристами, открытыми для философии права, такими как Гуго Гроций (1583–1645), Самуэль Пуффендорф (1632–1694) и Христиан Томазий (1655–1728), или, наоборот, философами, интенсивно занимавшимися правом, такими как Джон Локк (1632–1704), Жан-Жак Руссо (1712–1778), Иммануил Кант (1724–1804) и Георг Вильгельм Фридрих Гегель (1770–1831). Со всей свойственной философии радикальностью и оригинальностью они искали принципы, действенные и без позитивного правоустановления, которые обладали бы первенст-

вом перед действующими законами и перед устанавливающей их государственной властью. Тем самым они вдохновили Американскую и Французскую революции и внесли вклад в создание современной формы общества — демократического правового и конституционного государства с его религиозной нейтральностью, различием личной морали и политической справедливости, с разделением властей, народным суверенитетом и правами человека, ставшими позитивными основными правами. Естественное право Нового времени наложило свой неизгладимый отпечаток и на такие произведения европейского законодательства, как, например, Общее земельное право прусских государств (1794), французский Гражданский кодекс (1804) и австрийский Общий гражданский кодекс (1811).

Однако в первой трети XIX века традиция естественного права прерывается. Лишь опыт с откровенно неправовыми государствами, особенно с «Третьим рейхом», вновь придали ему правовой и политический вес, заметный, например, в Атлантической хартии 1941 года, Декларации прав человека ООН 1948 года и некоторых решениях германских Федерального Верховного суда и Федерального конституционного суда ФРГ. Несмотря на то, что его не обходят стороной даже марксисты вроде Эрнста Блоха (1885–1977) и аналитическая философия права Харта, быстро наступило «вечное возвращение правового позитивизма». Но ему противостоит новейшая

теория договора, которая все же инспирирована естественно-правовой мыслью Нового времени. Тем не менее, поскольку естественное право считается устаревшим, то предпочитают говорить о «теориях справедливости» (см. гл. VIII. 2–3).

2. Возражения

В основе многих возражений против естественного права лежит или недоразумение, или же они направлены против последователей, которые уже не достигают уровня великих мыслителей естественного права.

Согласно *первому* возражению программа естественного права страдает нечеткостью, поскольку ее первый понятийный элемент является многозначным. В самом деле, хотя понятие «природы» («Natur») как и большинство основных философских понятий и является само по себе многозначным, многозначность, тем не менее, значительно ограничивается контекстом. Выражение «природа» («Natur») противопоставляется здесь не «истории» или «культуре», но тому, о чем люди договариваются между собой, частично в форме правовых привычек, частично в форме прямого установления. В качестве противоположного созданному людьми, позитивному праву естественное право означает некую до- и сверхпозитивную, почти моральную инстанцию.

Во-вторых, естественное право критикуется за то, что в нем отсутствуют все три понятийных элемента, необходимых для второго понятийного элемента,

права: (1) в качестве морального требования оно не носит никакого позитивного характера принуждения. (2) Так как оно в значительной мере состоит из одних принципов, то в лучшем случае лишь в отдельных ситуациях существует определенность относительно того, что именно человек может требовать от других или какие обязательства он несет перед ними. (3) Вместе с принудительным характером исчезает и «историко-политическая форма» принуждения, поддерживаемое принуждением государство; в результате чего естественное право есть безоружное право. Однако этот троекратный изъян существует только для того, кто неверно истолковывает естественное право в качестве позитивного права, несмотря на то, что оно ясно и решительно понимает себя в качестве непозитивной инстанции.

Согласно *третьему* возражению, возражению этического релятивизма, принципы естественного права должны совпадать у всех народов во все времена. В действительности же можно встретить различные, даже противоречащие правовые принципы. Против этого возражения говорит как социальная реальность — полный букет межкультурных сходств (см. гл. I. 1), так и методическая проблема — ошибка подмены сущего должным: даже там, где принципы отличаются, из этого положения, «сущего», не следует делать заключения о правомерности, о «должном».

3. Критическое естественное право

Кто воспринимает названные аргументы всерьез, тот представляет критическое естественное право, которое в первую очередь заключается в морально-критическом отношении к праву и государству. Однако этой дефиниции еще недостаточно для его определения. В рамках сверхпозитивной критики права и государства специфически естественно-правовая аргументация налицо лишь тогда, когда «природа» («Natur») используется в качестве властного источника нормы. Это может происходить тремя способами: дескриптивным, телеологическим и моральным.

В дескриптивном смысле под природой понимается совокупность тех последних, уже не подлежащих сомнению предпосылок человеческого действия, которые не зависят ни от предыдущего действия и отказа от него, ни от существующих институциональных и культурных рамок. «Природа» означает здесь воплощение тех аспектов в человеческой жизни («антропологическое естественное право») и мире («космологическое естественное право»), которые — находясь вне личного и общественного ведения — задают игровое пространство, в котором может действовать человек в качестве индивида, группы или рода.

При подобном естественном праве следует озадачиться тем, почему природа должна обладать правовой нормирующей силой, несмотря на то, что она является или неизменной величиной, или же чем-то, к

чему человек может относиться и признавать в зависимости от своих интересов или же пытаться изменить. В обоих случаях природа имеет лишь фактическое, а не нормативное значение. Она является бытием, из которого сверхпозитивные нормы можно вывести лишь ценой ложного логического заключения — так называемой ошибки подмены сущего должным.

В рамках элементов, свободных от любого человеческого вмешательства, природа означает, во-вторых, нечто растущее, поэтому данное в наличной реальности не сразу во всей полноте, но вначале лишь в качестве возможности: как предрасположенность и семя. Подобное «телеологическое естественно-правовое мышление» восходит, прежде всего, к Аристотелю и имело после него значительную историю продолжения. Здесь природа понимается как процесс роста и развертывания, импульс которого заключен в том, что растет, и который завершается в тот момент, когда заложенные в первоначальном семени возможности осуществляются полностью и достигают оптимальной реализации. При этом не проводится ясного разделения природных фактов, сущего и идеальных норм, должного. Когда Аристотель утверждает, что человек по природе является политическим существом, то все предпосылки этого утверждения не являются в строгом смысле высказываниями о сущем, а следствие не претендует на высказывание о должном. Вместо этого Аристотель

говорит о том, что при политических отношениях человек получает лучшие шансы на благоую и наполненную жизнь (см. гл. VIII. 1).

Третье, моральное понятие природы лежит в основе рационального естественного права Нового времени и методически яснее всего используется Иммануилом Кантом. Если в XVII и XVIII веках под естественным правом в целом понималась неэмпирическая противоположность эмпирической науке о государстве, то Кант устраняет все религиозные и теологические предпосылки. Естественное право для него является свободной от откровения дисциплиной, основанной исключительно на разуме. В качестве части практической философии и одновременно пропедевтики позитивного правоведения она, по сути, относится к обоим факультетам, как к юридическому, так и к философскому. Кант строго отделяет теоретическую сферу законов природы от практической сферы законов свободы и относит естественное право к сфере свободы. Поэтому с тех пор стараются вместо естественного права говорить о свободном праве. Ибо оно не имеет ничего общего с «естественной природой» («*natürlichen Natur*»), этим воплощением всего сущего. Даже без ссылки на сущность человека естественное право как строгое разумное право состоит из совокупности всех доэмпирических и одновременно моральных принципов права.



Рис. 4. Амброджо Лоренцетти, «Доброе правление мира и справедливости», 1338/1340, Сиена, Палаццо Пубблико, фрагмент

С Кантом естественно-правовая мысль приходит к пониманию того, что природа в качестве властного источника нормы не имеет ничего общего с эмпирически исследуемой природой, природой естественной. Даже если в случае конкретных принципов эмпирические знания играют определенную роль, то они служат не в качестве морального оправдания, но

для спецификации независимого от любой эмпирии морально-правового базового принципа. Поскольку природа в естественном праве не имеет ничего общего с эмпирически изучаемой природой, то с целью предотвращения недоразумений лучше отказаться от этого выражения. Естественное право, которое избегает ошибки подмены сущего должным, соответствует моральной позиции в отношении права и государства. В результате этого оно не просто родственно делу политической справедливости. Оно тем более не конкурирует с ней. Скорее оно в значительной мере совпадает с ним.

V. ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Для обязательных правовых решений требуются ясные процедуры. В их основании лежат принципы справедливости, которые практически во всех культурах, бесспорно, относятся к общечеловеческому наследию [в деле] справедливости. Поскольку они значимы не только при правовом и государственном порядке, то их относят к дополитической, «естественной справедливости». Удивительным образом они не играют в традиции естественного права никакой заметной роли.

В случае процедур непосредственно важны не содержание или результаты, но компетенции, процессы и формы. Впрочем, они не являются самоцелью. Поскольку они служат содержанию и результатам и лишь благодаря этому получают свое оправдание, то лишь при соблюдении двух предпосылок они приводят к той общей готовности, на которую опираются демократические правовые государства, а именно к признанию содержательно еще неопределенных решений законодателя: во-первых, процедуры должны быть открыты для потребностей и интересов участников и, помимо этого, обладать способностью к обучению, а также соответствовать принципам процессуальной справедливости. Во-вторых, они должны

быть привязаны к тем данностям, которые в свою очередь являются справедливыми и совместимыми, по крайней мере, с субстанциональной справедливостью.

Из трех типов процессуальной справедливости, чистой, неполной и полной формы, господствующая в праве и государстве неполная процессуальная справедливость не создает никакой собственной легитимации, в лучшем случае — легитимацию субсидиарную. Поскольку здесь невозможно гарантировать даже выполнения главной задачи любой процессуальной справедливости — беспристрастности, — ставшим с недавних пор популярным процессуальным теориям демократии явно не хватает убедительности (например, Хабермас, «Фактичность и значимость», 1992, гл. VII и далее). Более того: все теории права, государства и политики, которые полностью концентрируются на процедурах, имеют позитивистский и одновременно угрожающий справедливости оттенок.

Лишь в случае первого типа, *чистой процессуальной справедливости*, процедуры создают больше, чем чисто субсидиарную легитимацию. Здесь справедливость заключена в самих процедурах, тогда как не может быть речи о процессуально независимой мере справедливого результата. Поскольку применяют честные, равные для всех участники процедуры, например, бросание костей или вытягивание жребия в случае азартных игр и подсчет голосов в случае голо-

сования, результаты являются не просто субсидиарно справедливыми, но справедливыми даже в первичном смысле.

В отличие от подобной справедливости *в ходе* процедуры при двух других типах речь идет о справедливости *посредством* процедуры. В случае *полной процессуальной справедливости* существует независимый масштаб для справедливого результата и процедура, с высокой степени гарантии приводящая к этому результату. Например, разделение пирога приводит, как правило, к справедливому результату тогда, когда каждый получает равную долю, чего можно достигнуть применением правила: кто делит, тот получает последний кусок. Ведь тогда он будет стремиться к тому, чтобы все куски были по возможности равными.

В случае *неполной процессуальной справедливости* также существует независимый масштаб для справедливого результата. Например, уголовные процессы являются справедливыми в том случае, когда, с одной стороны, наказание получают все виновные, но только виновные, и помимо этого наказание определяется исключительно мерой вины. Однако очевидно, что не существует процедуры, которая исключала бы ошибки и не допускала бы как наказания невиновных, так и ухода от наказания виновных, не в последнюю очередь того неправильного наказания, когда кто-либо получает наказание не по мере своей вины, а или слишком суровое, или слишком мягкое.

Даже если беспристрастность нельзя гарантировать, то все же существуют принципы, которые способствуют ей. Они особенно дифференцированы в архетипе неполной процедуры, судебном процессе (см. Хоффманн, «Процессуальная справедливость», 1992). На Западе они часто восходят к греческим источникам, частично с египетскими и вавилонскими предшественниками. На деле они часто признавались задолго до этого и имеют свое отражение во многих других культурах. Например, к межкультурно признанным принципам относится принцип правовых слушаний: «*audiatur et altera pars*» («Следует выслушать и другую сторону»). В этом смысле и ради беспристрастности древнеегипетский служебный устав визирей времен 18-й династии около 1500 года до н. э. требует: «Смотри за тем, кого ты знаешь, и за тем, кого ты не знаешь, и за тем, кто тебе близок, и за тем, кто чужой в твоём доме» или «Не обходи ни одного просителя, пока ты не выслушал его речь» (Цит. по: Wagner, *Der Richter*, 1959, S. 33). Немецкая пословица также говорит: «Речь одного — речь никого, нужно честно выслушать обоих». С тем чтобы каждая сторона представила свою позицию, как свое виденье ситуации, так и ее правовую оценку, правовой спор может быть разрешен лишь после того, как выскажутся обе стороны.

Другой принцип гласит: «*Nemo est iudex in causa sui*» («Никто не может судить самого себя»). Ради сохранения беспристрастности судья не может испол-

нять свои обязанности, если дело прямо или косвенно затрагивает его самого. Этот принцип усиливается правом отвода из-за заинтересованности. В гражданском процессе каждая сторона имеет право дать отвод судье, секретарю или эксперту, если имеется подозрение, что в этом деле он не является беспристрастным (например, в германском *Гражданском процессуальном кодексе*, § 41 и далее и 406). В уголовном процессе обвиняемые, прокуратура и частные истцы обладают тем же правом в отношении судей, заседателей, присяжных, секретарей и экспертов (*Уголовно-процессуальный кодекс*, § 24 и далее и 74).

Кроме того, необходимо следить за честным отношением к участникам и за тем, чтобы были учтены по возможности все важные для принятия решения аспекты. Ибо ничто не противоречит процессуальной справедливости так, как предвзятость и односторонность. Процессуальной справедливости также служат предметная и личная независимость судьи, открытость процедуры, прохождение инстанций (возможность апелляции и пересмотра дела), а также процедурные сроки; ведь без обеспечения правопорядка, которому они служат, не существует никакой реальной справедливости.

VI. ТРИ ОСНОВНЫХ ПРИНЦИПА

Важнейшее западное собрание права и в то же время законодательство, учрежденное восточно-римским императором Юстинианом (527–565) *Corpus Juris Civilis*, «Свод гражданского (нецерковного) права», в знаменитом месте в начале Дигест формулирует все правовые требования в трех принципах. В течение веков их происхождение велось от римского юриста Домиция Ульпиана (ок. 170–228). Говорится ясно и в обостренной форме, будто высечено на камне: «Указания закона таковы: жить честно, не обижать другого, каждому воздавать должное» («*Juris graecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»). Превратившись в императивы, они вознеслись до самых знаменитых принципов западного права, до трех категорических правовых принципов. Как для частного, так и для должностного лица они одновременно необходимо и достаточно определяют личную справедливость или добропорядочность.

С точки зрения обыденного понимания эти три принципа, в сущности, говорят об одном и том же. Первый принцип «живи честно» (*honeste vivere*) призывает к добропорядочности, которая согласно своему негативному определению состоит в запрете «ни с кем не поступай несправедливо» (*neminem*

laede) и позитивно сформулирована в заповеди «воздай каждому» то, что принадлежит ему по праву, «должное» (suum cuique tribue). Однако можно, как это уже сделал Кант («Учение о праве», «Общее деление правовых обязанностей») придать каждому принципу особое и одновременно более основополагающее значение.

1. «Живи честно»

В первом принципе «живи честно» речь не идет о той чести во внеправовом смысле, которая возникает в результате выдающихся достижений и проявляется в особом уважении в виде репутации вместе со всеми почестями и почетными должностями. В латинском языке слово «honestas» связывает честь с достоинством, добродетелью и нравственностью. Для права важен ее скромный, негативный смысл, правовая безупречность, которую заслуживает каждый, кто не совершает ничего противоправного. Первая заповедь личной справедливости требует не допускать нарушений права и сделать добровольное недопущение постоянным поведением, чертой характера. Она состоит в сознательном и добровольном подчинении праву, в законопослушности как правовом конформизме и правовой незапятнанности.

Это понимание можно вместе с Кантом дополнить еще требованием и долгом морально-правового самоутверждения или самопризнания, «надо сохранять в отношениях с другими свое достоинство как челове-

ка» («Учение о праве», «Деление учения о праве», А)⁶. Оно соответствует категорическому императиву: «не делай себя только средством для других, а одновременно будь для них и целью». В основополагающем, конституирующем само право смысле следует почитать с правовой точки зрения лишь того, кто не позволяет понизить себя до голого средства: до вещи, которой другой может свободно распоряжаться по собственному усмотрению. Добропорядочный человек не только не поступает несправедливо с другими, но и не допускает несправедливости по отношению к себе, не терпя никакого унижения собственного правового достоинства. Он запрещает «малое унижение» по отношению к себе: когда люди позволяют открыто обманывать себя или как-то иначе нарушать свои права, и особенно — «большое унижение», покоряющееся рабству или крепостничеству.

2. «Ни с кем не поступай несправедливо»

Второй принцип справедливости «не вреди никому» (*neiniem laede*) относится не только к телесным, но к любым правонарушениям. В действительности он лишь подчеркивает негативную сторону правовой безупречности; он запрещает совершать несправедливость в отношении кого-либо. Тем не менее добавляется еще один новый элемент. В частности, запрет

⁶ Кант И. Соч.: В 6 т. М.: Мысль, 1965. Т. 4, ч. 2. С. 145.

предполагает, что другие уже обладают определенными правами, которые можно уважать или же нарушать. Так как запрет осуществляется без ограничений, то столь же неограниченно значимы охраняемые им права. Таким образом, во втором принципе по умолчанию утверждается, что каждый обладает частично врожденными, частично приобретенными правами, которые любой другой обязан уважать без исключений и компромиссов. Требуемое первым принципом правовое признание самого себя дополняется, таким образом, правовым признанием других. А без него — напоминает первый принцип — теряется правовая незапятнанность.

Однако как следует поступать, если социальные отношения возможны только за счет [нарушения] права, например, только в форме угнетения и эксплуатации? Второй принцип дает провокационно ясный ответ: в качестве категорического правового императива действует требование не поступать несправедливо ни с кем без исключения, даже если придется, как верно подчеркивает Кант, «из-за этого выйти из всех отношений с другими и избегать любого общества». Моральные существа имеют только одну альтернативу: или они вступают друг с другом в отношение, уважающее права, короче: правовое отношение, или же они должны избегать любых отношений. В любом случае категорически не допускается общество, основанное на подавлении, эксплуатации и других нарушениях прав человека.

3. «Воздавай каждому должное»

Третий принцип прослеживается через платоновское «Государство» (I 331 е и далее) вплоть до греческого поэта Симонида (556–468/7 до н.э.). Но чаще всего ссылаются на Цицерона (106–43 до н.э.; *De officiis*, 1 § 15; *De legibus*, 1 § 19) или на названное место в Дигестах. Правильное понимание является спорным. У Платона почитаемый гражданин проясняет требование отдавать «каждому должное» как заповедь делать добро друзьям и зло врагам. Впрочем, сам Платон дает иное толкование: каждая часть души и каждое общественное сословие должно выполнять задачу, вмененную им со стороны целого (см. гл. I. 3).

В традиционном переводе «воздавай каждому свое» (*suum cuique tribue*) третий принцип кажется нелепым, ибо требует дать права тому, кто уже обладает ими согласно второму принципу. Поэтому осмысленным является иное понимание: гарантируются права, которыми уже обладают; за предоставлением прав следует обеспечение их гарантий. Но угроза правам исходит не от одного отдельного человека, но от совокупности всех остальных. Поэтому гарантия должна осуществляться не индивидуально, а только совместно, не в частном порядке, но публично. Впрочем, индивид может вступить в соответствующее публичное правовое сообщество, государство, или отказаться от вступления. С учетом этой альтернативы третий принцип требует вступить в правовое сообщество или основать таковое, если оно еще не существует.

ет. Ведь учитывая пространственную ограниченность Земли, общество других является неизбежным, а из-за запрета на несправедные поступки необходимо придать неизбежному обществу правовую форму.

Во взаимодействии трех принципов диалектически снимается сократовская максима «Лучше терпеть несправедливость, чем самому совершить ее». А именно сохраняется ее вторая часть, абсолютный запрет несправедных поступков, первая же часть, а именно, готовность скорее терпеть несправедливость, напротив, становится избыточной, так как правовое сообщество в принципе не совершает собственной и не терпит чужой несправедливости. За требованием признания самого себя в первом принципе справедливости и требованием признания других во втором, наконец, в третьем следует заповедь взаимного и одновременно публично гарантированного признания, поэтому принимающего государственную форму. Поскольку эта заповедь не имеет ограничений, то она касается не только индивидов и групп, но и государств. Поэтому третий принцип справедливости требует не просто «национального», но и меж- и транснационального правового состояния: создания федеративной всемирной республики (см. гл. XIII. 1).

VII. ЮСТИЦИЯ

1. Принципы справедливости в юстиции

В обозначении судеустройства «юстицией» еще слышится исторически первичная и до сих пор актуальная задача справедливости: в гражданском праве поступать справедливо с кем-либо означает способствовать ему в защите своих прав, то есть принять решение о притязаниях и взаимных обязательствах. В уголовном же праве — это, с одной стороны, наказать лишь виновных и оправдать невиновных, а с другой стороны, определить наказание в соответствии с тяжестью вины. В обоих случаях должна царить объективность, тем самым опровергая злую поговорку «В открытом море и перед судом на все воля божья». Вместо этого справедливость должна стать для всех тем, что обещал слабым, вдовам и сиротам «царь справедливости» Хаммурапи: судебный корпус должен осознавать себя в качестве одушевленного права и содействовать каждому без различий в защите своих прав.

Судопроизводство — это инновация в области справедливости, имеющая подлинно всемирно-историческое значение. Как показывает в качестве примера Эсхил в «Орестее», оно преодолевает двойную частную «юстицию», частное мнение о праве и частную его реализацию, вместе с ее неизбежным следствием — обширными всплесками насилия. Впрочем, для этого не-

обходимы обе основные формы справедливости. Политическая справедливость сообщества осуществляет судоустройство — в качестве преодоления частной юстиции более точно оно означает публичную юстицию или публичную справедливость; а личная справедливость судей обеспечивает беспристрастность приговоров.

Беспристрастности служат принципы, упомянутые при рассмотрении неполной процессуальной справедливости. Запрет быть судьей в делах, затрагивающих собственный интерес, и другие «первичные правила судейской беспристрастности» должны способствовать реализации того, что первоначально имелось в виду в поговорке «*fiat iustitia et pereat mundus*» («Пусть погибнет мир, но свершится правосудие»). То есть она не означает того фанатизма, который ради справедливости согласен даже на гибель мира. (Мартин Лютер перевел это изречение в своей проповеди от 10 мая 1535 года следующим образом: «Да свершится то, что праведно, и пусть из-за этого исчезнет мир»). Слово, впервые засвидетельствованное применительно к папе Адриану VI (1459–1523, интронизация 1522), оговаривает, что «мир» в смысле «великих и могущественных» также не должен избегать руки юстиции. Поэтому Кант верно онемечил: «Да господствует справедливость, если даже от этого погибнут все плуты в мире» («К вечному миру», Приложение 1)⁷.

⁷ Кант И. Соч. на русском и немецком языке. М.: Изд-ская фирма АО «Камі», 1994. Т. I. С 455.

Чтобы быть совершенно беспристрастными, судьи должны обладать тремя совершенствами: всезнанием, как относительно действующего права, так и относительно того, что произошло; всемудростью, способной правильно оценить все произошедшее в свете действующего права; абсолютной личной справедливостью, которая также стремится к правильной оценке всего. И в-четвертых, судоустройство должно в дополнение ко всему обладать всемогуществом, способным на абсолютное выполнение справедливых приговоров. Однако поскольку столь совершенным является лишь божество, то юстиция может лишь стремиться максимально приблизиться к этому идеалу. Сюда относятся институциональные меры. Исходя из знания о множественных ограничениях любого судьи и коллегии судей, никто не полагается на доброго, всезнающего, всемудрого и просто справедливого судью. Не смягчая требований к судейскому корпусу, дополнительно соблюдают открытость процесса, иерархию судов и в случае уголовного процесса разделение труда между обвинителем («прокурором»), адвокатом и судьей. Судья же в свою очередь должен владеть своим «юридическим ремеслом», которое начинается со знания действующих законов, их нынешнего истолкования и правоведческой дискуссии, «господствующих учений».

Однако одних лишь юридических познаний еще не достаточно для занятия судейской должности. Помимо всего прочего, нужно уметь рассматривать

представленные дела по мерке законов, то есть частное в свете всеобщего. Согласно наивному представлению для принятия судьейского приговора достаточно простой субсумпции, силлогического, почти механического выведения приговора из двух ясных переменных, общего правила и частного случая. На самом деле не существует никакого «силлогизма юстиции», так как закон не может нормативно детерминировать приговор судьи. Однако не следует искать подтверждения этому в таком эмпирическом факте, как изменение частноправового порядка при национал-социализме. Ведь это изменение также обусловлено часто услужливым повиновением политическим обстоятельствам, то есть недостатком гражданского мужества. Силлогизм юстиции невозможен скорее по научно-теоретической причине, так как законы нуждаются в толковании, не являясь при этом объектом распоряжения судьейского действия. Говоря словами Монтескье, судья остается «устаami закона». Но он говорит не как бессмысленно болтающий попугай, а действует скорее творчески, но не столько правотворчески, сколько в смысле творческого толкования. Ведь в отличие от законодателя судья должен не устанавливать новое право, а лишь толковать существующее. В целях устранения обеих сторон частной юстиции судья не может осуществлять «судейскую частную юстицию» и на место чужих частных мнений помещать свои собственные, чтобы посредством официальной власти принятия решения придать ей еще и

общественную значимость. Существует одно-единственное исключение, классическую формулировку которого можно встретить в *Швейцарском гражданском кодексе*, статье 1, абзац II: «Если закон не может служить источником никакого предписания, то судья должен принять решение согласно обычному праву, а если таковое также отсутствует, то согласно правилу, которое он установил бы в качестве законодателя».

Поскольку судебскому решению свойственен творческий характер, то его практически невозможно предсказать. Тем не менее следует придерживаться идеи, что и в спорных случаях существуют «правильные ответы». Им служат правила толкования, дополняющие «первичные правила судебской беспристрастности» «вторичными правилами судебской беспристрастности». К судебскому ремеслу относится также способность расследовать часто сложные и спорные обстоятельства дела («установление фактов»), при этом в случае необходимости привлекать результаты экспертизы и оценивать их самих, так как часто они противоречат друг другу. Однако ядро юридической способности суждения состоит в способности толковать расследуемые обстоятельства дела в свете действующих законов, при этом производя сопоставления и выражая эти сопоставления в решении. Поскольку ошибки и заблуждения возможны даже при наличии самой полной осведомленности и совести, сюда следует добавить готовность в дальнейшем учитывать юридическую

критику и извлекать из нее выводы для будущих решений.

Собственные правила толкования ограничивают судью при интерпретации законов. Они обязывают его обращать внимание на смысл слов (грамматическое толкование), на контекст значения (систематическое толкование), на цель регулирования, как она на данный момент выражается в данном законе (те-



Рис. 5. Юстиция, Бамбергский собор

леологическое толкование), на предварительные определения конституции (конституционно-конформное толкование) и на предыдущие решения (Präjudizien) особенно высших судов, а также на то, что в результате длительной традиции стало «господствующим учением». Очевидно, что между этими толкованиями возможны конфликты. Даже если не существует никакого примиряющего их метаправила, правила находятся в определенной связи друг с другом; часто они дополняют друг друга и в случае конфликта требуют того, чем и так должны владеть судьи: искусства сопоставления.

И последняя задача справедливости в сфере юстиции: в рамках более масштабной задачи «обеспечение правопорядка» юстиция пытается свести решения по разным делам в по возможности уравновешенное и по возможности единое судопроизводство.

2. В качестве дополнения: порядочность

Важная поправка к праву и справедливости исходит от Аристотеля: порядочность (*epieikeia*: *Никомахова этика*, V 14; лат. *aequitas*; англ. *equity*). Поправка может предлагаться, например, в качестве «улучшения». Не слишком тщательное законодательство нуждается во внесении изменений. Но порядочность имеет дело с поправкой иного типа — при конкретном применении. Поскольку законы являются общими правилами, они не могут подходить для любого случая. В таких случаях порядочность избавляет как

от мелочной, так и от беспощадной педантичности, не позволяя извратить высшее право в высшую несправедливость: «*summum ius summa iniuria*». Впрочем, дошедшая через Цицерона римская поговорка (*De officiis*, I 10, 33) играет с многозначностью. В первой части имеется в виду ставшее законом позитивное право, а во второй — морально-правовая несправедливость. И подобные случаи возможны: иногда применение позитивного права приводит к морально-правовой несправедливости. Против этого и направлена порядочность.

Порядочный человек готов уступить даже там, где закон выступает на его стороне. О подобном отказе Кант верно сказал, что к нему нельзя принудить («Учение о праве», «Приложение к введению в учение о праве»). Если, например, договор не предусматривает компенсации инфляции, то при высоком уровне инфляции отсутствует какая-либо позитивно-правовая обязанность компенсации. Аристотель соглашается с этим, ибо он ясно ограничивает судью законом и позволяет лишь специальной, независимой от судейской должности инстанции, третейскому судье, принимать во внимание порядочность.

Аристотель вполне обоснованно вводит справедливость и порядочность как две добродетели и все же не рассматривает их в качестве различных способов поведения. Ведь ситуации, требующие поступать порядочно, являются в некоторой степени испытанием, при котором можно проверить свою личную справед-

ливость. Направленная против бездумного, механического применения, порядочность бросает вызов способности суждения. Так как правила в целом влияют на справедливость в отдельных случаях, то может возникнуть желание совсем отказаться от них и целиком положиться на человеческую способность суждения. Однако законы лучше в том смысле, что они абсолютно свободны от пристрастий. Человек же, напротив, может лучше оценить отдельный случай. В этом раскрывается та двойная — не свободная от напряжения — задача, которая сохраняется разговорном языке в соединении «права и справедливости» («recht und billig») и «всех справедливо и честно мыслящих» («allen billig und gerecht Denkenden»). С одной стороны, право нуждается в общих нормах, поскольку оно ответственно за равенство. С другой стороны, оно должно по достоинству оценивать конкретный случай с его неповторимыми особенностями, что иногда требует отклонения от буквы действующего права. Но тем самым вовсе не отвергается идея справедливости, напротив, она должна учитываться и там, где имеются столь необычные обстоятельства, что законодатель не предусмотрел их. Порядочность, включая порядочность процедуры, означает поправку, выдвигаемую справедливостью для особых случаев.

3. Опасность: государство судей

Первый теоретик современного разделения властей, Шарль Луи де Секонда де Монтескье (1689–

1755), считал, что при тогдашних условиях абсолютистского государства судебная власть в известном смысле не существует («О духе законов», 1748, XI 6). Сорок лет спустя североамериканский государственный деятель Александр Гамильтон (1757–1804) лишь немного ослабляет оценку Монтескье, хотя он жил при новых условиях — в республике. Он пишет, что «судебная власть слабейшая среди трех» (*Federalist Papers*, 1788, № 78)⁸, поскольку в отличие от исполнительной власти она не имеет никакого влияния на меч и в противоположность законодательной никак не может командовать кошельком.

Однако со временем властные отношения значительно и устойчиво сдвигаются в пользу судебной власти. Первое усиление происходит в результате имманентного совершенствования правового государства до государства судебных решений и обжалований. Сегодня суды могут рассматривать практически любое действие, а в качестве административных, социальных и финансовых судов — еще и действия исполнительной власти. Второе усиление происходит благодаря развитию социального государства. Поскольку исполнительная власть действует здесь не посредством меча, а посредством рога изобилия, кошелька, и в своей деятельности руководствуется де-

⁸ Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. М.: Прогресс—Литера, 1993. С. 503.

тализованными правилами, то формообразующая сила исполнительной власти значительно ослабела. Частично из-за законодательно установленного уровня оплаты труда и социальных отчислений, частично из-за высокого государственного долга, не в последнюю очередь из-за очень высокой доли государства в валовом внутреннем продукте, в-третьих, ослабла формообразующая сила «командования кошелем», законодательной власти. А где ослабевает сила исполнительной и законодательной власти, там усиливается власть судебная.

Если подобные усиления служат соответствующему справедливости правовому государству, то в результате робости законодателя в регламентации определенных сфер происходит четвертое усиление, посредством которого он сам ослабляет себя без нужды. Особенно в трудовом праве юстиция стала подменять законодателя. Пятое усиление, желательное с точки зрения теории справедливости, заключается в праве индивида обращаться в конституционный или федеральный суд по поводу антиконституционных посягательств государственной власти, например, подавать конституционную жалобу.

Особенно значительное, шестое усиление, напротив, является проблематичным: это право конституционного суда на абстрактный контроль норм, которое отклоняют такие демократии, как Великобритания, Швеция и Швейцария. Даже там, где суд обладает полномочиями принимать решения о соот-

ветствии законов положениям конституции, он должен подчиниться «этосу самоограничения» и ограничиться контролирующей вторичной интерпретацией. Не обладая компетенцией политических инноваций, конституционный суд может лишь проверить, придерживается ли законодатель конституции. При этом также необходима крайняя осторожность. Если некое сообщество квалифицирует себя как «демократическое и социальное» государство (*Основной закон Федеративной республики Германия*, ст. 20, п. 1), но подробнее проясняет лишь демократический элемент (п. 2), а определение социального, напротив, остается открытым, то законодателю нужно оставить возможность более детального определения с учетом (а) требований времени, (b) собственных законодательных возможностей, (c) сопоставления с другими задачами государства и (d) убеждений меняющихся коалиций. Ни один конституционный суд не должен развивать такое расширительное самопонимание, которое в какой-либо степени приближалось бы к варианту платоновского правления философов, — к правлению судей.

Вместо этого он должен помнить об изначальной интенции конституционного правосудия — о недопущении вопиющей несправедливости.

VIII. К ОБОСНОВАНИЮ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СПРАВЕДЛИВОСТИ

В случае политической справедливости задаются вопросом об условиях, при которых определенный правовой и государственный порядок является справедливым. Однако основательное размышление начинается не с подобной право- и государство-*нормирующей* справедливости. Оно начинается с право- и государство-*легитимирующей* справедливости, то есть с вопроса, почему вообще должны существовать право и государство. Ведь они ограничивают свободу людей и при этом притязают на полномочия принуждения. Кто оправдывает подобное господство людей над людьми, тот преодолевает два соперничающих философских направления: последовательный анархизм, считающий любое господство нелегитимным, и последовательный правовой и государственный позитивизм, признающий легитимным любое господство. Для [их] преодоления существуют два образца аргументации.

1. Модель кооперации (Аристотель)

Первый образец аргументации для легитимирующей справедливости, модель кооперации, исходит от античности, а именно от Платона («Государство», II 369 и далее) и, прежде всего, от Аристотеля («Поли-

тика», I 2) и столь же подтверждается, сколь и развивается положениями философской антропологии и институциональной теории. Он исходит из того обстоятельства, что люди не самодостаточны, а скорее взаимозависимы: в качестве новорожденных — от помощи взрослых, в качестве пожилых и немощных — от помощи повзрослевших детей; для продолжения рода объединяются мужчина и женщина; разделение труда и специализация облегчают выживание и счастливую жизнь не только в экономике; наконец, люди нуждаются во взаимном признании. Поскольку отношения базируются на взаимности, для них характерна справедливость, которая как конституирует, так и легитимирует кооперацию.

Из трех базовых отношений — между мужчиной и женщиной, родителями и детьми, господином и рабом или, более нейтрально, людьми с различными экономическими дарованиями — возникает базовый, долгое время доминировавший в истории институт, семья, одновременно являвшаяся хозяйственной единицей: дом (греч. *oikos*). Так как взрослые дети основывают свои собственные дома, из единственного числа возникает множественное. В качестве второго уровня кооперации возникает сообщество домов одного происхождения, деревня в смысле рода или клана.

На третьем уровне, права и государства, решающий элемент состоит уже не в кровных связях. Более крупная социальная единица приводит к повышению

выгоды от разделения труда и специализации, к экономическим и культурным преимуществам. Но, прежде всего, она придает первостепенный вес совместным представлениям о праве и несправедливости и совместному, «публичному» их осуществлению. В результате сдвигается основная задача. Если вначале на первом месте стояло выживание, позже счастливая и безопасная жизнь, то теперь эти задачи не снимаются, но понижаются в своей значимости. Легитимирующая право и государство справедливость соединяет взаимность в кооперации с сообществом [совместных представлений относительно] права и несправедливости.

2. Модель конфликта (теории договора)

Второй образец аргументации, модель конфликта, дополняет модель кооперации. В качестве теории общественного договора (кратко: теории договора) он обостряет вопрос легитимации. В теориях договора не идет речь об исторических договорах, ни о прямых договоренностях, ни о соглашениях, которых придерживаются по умолчанию. От Томаса Гоббса («Левиафан», особенно гл. 13–18) и Джона Локка (1632–1704: *Second Treatise of Government* / «Второй трактат о правлении») через Жан-Жака Руссо (1712–1778: *Le Contrat Social* / «Об общественном договоре») и Канта и вплоть до новейшего возрождения (см. гл. VIII. 3–4) общественный договор есть мыслительный экспери-

мент, поставленный в целях легитимации. Его предметом является не какое-либо общество, но «гражданское общество» (*societas civilis, civil society*) в смысле теории государства: общественный договор состоит в изначальном политическом договоре, оправдывающем существование права и государства как таковых. При этом существенными являются три аспекта договора:

Во-первых, участники добровольно вступают в правовое и государственное сообщество. В соответствии с правовым принципом «*volenti non fit iniuria*» («с согласным не произойдет несправедливости») легитимным считается лишь добровольно принятое, «договорное» принуждение. Для того чтобы никто не пострадал от несправедливости, недостаточно никакого квалифицированного большинства. Теория договора является теорией консенсуса самой строгой формы. Она требует всестороннего, хотя и не исторически-фактического одобрения. Скорее каждый должен иметь возможность осмысленно одобрить то, что имеет место в случае проверяемой «выгоды для каждого». Поэтому формальный критерий добровольного одобрения переходит в субстанциальный критерий проверяемой «выгоды для каждого», «дистрибутивной выгоды». Однако так как эта выгода идет на пользу и общности, полный критерий называется «дистрибутивно-коллективная выгода». Его не следует понимать слишком узко, лишь экономически. Хотя критики теории договора вменяют ей то, что

она исходит из эгоистических частных интересов, в действительности важно то, что никто не приносится в жертву интересам другим, как бы много этих других ни было: каждый рассматривается в качестве равноправного лица.

Для демонстрации выгоды теория договора, *во-вторых*, начинается с противоположности, с состояния абсолютной свободы от господства, называемого естественным состоянием. Под ним следует понимать не образ жизни так называемых примитивных народов, а свободное от права и государства общежитие. Обладая полной свободой действий, каждый может достигать своих целей любыми средствами. Он имеет «право на все», однако это «право» никем не признано и не гарантировано. Поскольку ни жизнь и здоровье, ни имущество не защищены, «право на все» при ближайшем рассмотрении оказывается вовсе не правом на что-либо, а «правом на ничто». То есть неограниченная свобода действий в социальной перспективе предстает как невозможная. Ограничения человеческой свободы происходят не столько из-за давления со стороны общества, власти инстинктов, конкурирующих потребностей, стропливой или обделенной ресурсами природы. Скорее они объясняются тем обстоятельством, что многие дееспособные и свободные сущности делят между собой одно и то же жизненное пространство.

Модель кооперации приводит веские причины в пользу общежития. Модель конфликта дополняет ее

представлением о том, что совместная жизнь имеет место даже там, где люди не прибегают к кооперации, но делят одно и то же жизненное пространство и поэтому ограничивают свободу действий друг друга. Справедливость же требует отказаться от установления неизбежных ограничений свободы естественным путем, в соответствии с потенциалами сил и угроз, в результате чего могут возникать экстремальные привилегии и дискриминация. Напротив, чтобы каждый элементарным образом получил равные права, он отказывается от мнимого «права на все» и получает взамен соответствующие свободы. Поэтому первоначальный политический договор заключается во взаимной передаче прав и обязанностей, которая ради справедливости осуществляется в соответствии с теми же принципами, то есть согласно общим основным положениям.

Соответствующий принцип справедливости, принцип равной свободы, Кант формулирует в «Учении о праве» (§ В). Его моральное понятие права включает ядро идеи справедливости, строгую беспристрастность. Он соединяет общий моральный принцип («*всеобщий закон свободы*») с условием применимости права, общежитием: «право — это совокупность условий, при которых произвол одного [лица] совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы»⁹. И это «право людей»

⁹ Кант И. Соч.: В 6 т. М.: Мысль, 1965. Т. 4, ч. 2. С. 138.

Кант называет: «око божие на земле» («Лекция о педагогике», S. 490)¹⁰.

Этот принцип легитимирует лишь само право, но не его публичный порядок, государство. Преодолевается первичное естественное состояние, свободное как от права, так и от государства, и остается то вторичное естественное состояние, свободное от государства, в котором право еще перекладывается на помощь самому себе, то есть на частную юстицию. Однако в полное понятие права входит и то, что взаимное ограничение свободы устанавливается детально и при этом сообща, «публично», что оно осуществляется совместно, а споры разрешаются властным образом.

Поскольку правовой и государственный порядок является воплощением этих трех публичных властей: законодательства, правительства и управления и правосудия, он в противоположность последовательному анархизму предстает в качестве легитимного. Однако в противоположность последовательному правовому и государственному позитивизму он не должен принимать произвольные формы, но должен соответствовать принципу равной свободы. Таким образом легитимация права и государства соединяется с их ограничением: публичные власти оправданы лишь в той степени, в ка-

¹⁰ Кант И. Трактаты и письма. М.: Мысль, 1980. С. 495.

кой они служат сообществу, организованному в соответствии с всеобщими законами. Поскольку такое является выгодным для каждого в отдельности, а помимо того и для общности, то каждый может добровольно согласиться с ним по зрелому размышлению. Однако это соответствует свободному самоограничению и именно поэтому правовой фигуре (общественного) договора.

В соответствии с принципом «договоры следует соблюдать» (*pacta sunt servanda*) люди, *в-третьих*, после заключения договора связаны им.

Теория договора в целом демонстрирует строго субсидиарный характер государства: оно служит своим гражданам, конкретно грамматике их общежития, праву. И наоборот, государство как гражданский институт должен доказать свою необходимость, как в целом, так и в частности. С недавних пор часто заклинаемое гражданское общество заключается в том, что граждане в качестве индивидов и в своих институциональных связях (семьи, соседства, предприятия, клубы, объединения, гражданские движения...) берут решение своих дел в собственные руки насколько это возможно. Частично [это происходит] посредством политического участия, партиципаторной демократии, частично же посредством возвращения обществу государственных задач, которое можно назвать ресоциализацией государства или деэтактизацией общества. При этом в наиболее благородной форме разгрузку государства осуществляют те лица и группы, что

не предъявляют государству никаких требований, которые они могут исполнить самостоятельно.

3. Справедливость как честность (Роулз)

Наиболее влиятельное возобновление теории договора осуществил Джон Роулз (1921–2002). Согласно его «Теории справедливости» (1971) каждый человек обладает неприкосновенностью, которая не может быть упразднена даже ради блага всего общества. В частности, Роулз развивает два принципа справедливости и демонстрирует их более подробное определение посредством четырех шагов, а также дает набросок теории гражданского неповиновения и трехступенчатой эволюции смысла справедливости. Заканчивается его труд размышлениями о пользе справедливости.

Поскольку при этом Роулз использовал теории рационального выбора (теорию решений и игр), он приобрел огромное влияние на экономические и социальные науки во всем мире. Правда, основная идея рационального выбора состоит в противоположности справедливости — в максимизации собственного интереса. Однако Роулз моделирует ситуацию выбора, исходную позицию («original position»), при котором люди вынуждены действовать беспристрастно, следовательно, справедливо. Уже потому что речь идет о принципах, кроме того, об основных общественных благах, необходимых каждому, возникает субсидиарная справедливость, равенство: все случаи рассмат-

риваются по одним и тем же правилам второго порядка, а все люди вправе следовать своим собственным жизненным планам. В конце концов «покров неведения» («veil of ignorance») обеспечивает выбор, при котором никто не подвергается воздействию общественных обстоятельств или капризов природы. Поскольку принципы справедливости, которым следуют в данных условиях, обеспечивают каждому индивиду максимально возможную выгоду, Роулз говорит о «справедливости как честности».

Два его принципа справедливости звучат так: «1. Любой имеет равное право на самую всеобъемлющую систему равных основных свобод, совместимую с подобной системой свобод для всех. 2. Социальное и экономическое неравенство должно характеризоваться тем, что (а) при ограничении принципа справедливой экономии оно приносит максимально возможную выгоду наименее обеспеченным и (б) связано с позициями и должностями, открытыми для всех в соответствии с честным равенством шансов». Вместе оба принципа оправдывают либеральное и социальное правовое государство, конституционную демократию, в которую встроена конкурентная экономика. Если принципы 1 и 2 б являются бесспорными, то принцип 2 а, так называемый принцип различия («difference principle») является спорным, однако не в плане выдвигаемого в принципе экономии требования справедливости по отношению к будущим поколениям, но скорее в плане требования того, чтобы

экономическое неравенство, в конечном счете, шло на пользу наименее обеспеченным.

В то время как Роулз признает ценность социального государства, его оппонент, Роберт Нозик (1938–2002) отстаивает идею классического либерализма о государстве как ночном стороже. Возвращаясь к Локку, он считает любую форму социального государства несправедливой, если она не вытекает из исправительной справедливости. В теории притязаний («entitlement theory») Нозика слишком мало место уделено дебатам об основоположениях. Толкуя первоначальное приобретение имущества как присвоение бесхозных предметов, она по умолчанию объявляет нетронутую природу бесхозным добром, которое становится собственностью в результате захвата и переработки. Однако как минимум столь же очевидной является посылка, что природа есть изначальная собственность всего человечества, из-за чего любой захват и переработка носят характер лишь вторичного, а не первичного присвоения. Согласно этому альтернативному пониманию человечество в целом обладает (коллективным) преимуществом, «правом участия в прибыли» от Земли и ее плодов.

4. Справедливость как обмен

Для Роулза справедливость касается прежде всего задачи распределения. Но поскольку то, что подлежит распределению, не является манной небесной, но должно быть еще создано, возникает иное представ-

ление, смена парадигмы, которая исходит из взаимности или (*pars pro toto*) обмена (см. Хёффе, «Политическая справедливость», 1987) и признает исправительную справедливость в качестве необходимого дополнения. Новый подход с использованием обмена обладает уже тем аргументационно-стратегическим преимуществом, что принципы распределения являются спорными, а принцип справедливости при обмене, равноценность даваемого и получаемого, напротив, не оспаривается. Впрочем не следует чрезмерно сужать понятие обмена до обмена исключительно экономического. Ведь помимо материальных выгод существуют и идеальные: безопасность, власть, признание, вероятно также самопризнание, и особенно свободы и шансы на самореализацию. Кроме того, не стоит применять то «нетерпеливое» понятие обмена, которое не учитывает фазовых сдвигов в ходе обмена.

Исходя из того антропологического факта, что человек как в начале жизни, так и, как правило, в ее конце является беспомощным, ту помощь, что люди получают после рождения и при взрослении, позже можно «компенсировать» посредством оказания помощи пожилым. С точки зрения истории эволюции этот обмен вначале происходит внутри семьи и большой семьи. Он соответствует некоему (безмолвному) договору между родителями и детьми, заключенному относительно фазово смещенной и все же взаимной помощи. Если смотреть на вещи достаточно широко,

то обмен выступает ни в качестве материалистской, ни в качестве патерналистской, а скорее в качестве братско-сестринской и в этом смысле демократической формы совместного труда.

На этой основе свободное от права и государство состояние, вредное для всех и каждого естественное состояние неизбежных конфликтов свободы, будет преодолено посредством первоначального политического договора, носящего характер как негативного, так и (относительно) трансцендентального обмена. Он является негативным, поскольку заключается во взаимном отказе от применения насилия, и (относительно) трансцендентальным, поскольку происходит на уровне, отказаться от которого не сможет ни один человек, так как лишь здесь становится возможным человеческое бытие. При этом он руководствуется правилами, то есть чем-то изначально социальным, но их признание полезно не просто для коллективного блага, но и для каждого в отдельности. В результате чего соблюдается элементарный критерий справедливости: дистрибутивно-коллективная выгода. Среди коллективно выгодных правил важны те, что выгодны каждому индивиду. Подобное притязательное условие соблюдается там, где выходят за рамки критерия Роулза, т. е. общественных основных благ, и ориентируются, во-первых, на трансцендентальные интересы: на условия возможности дееспособности и свободы действия, и при этом, во-вторых, останавливаются на интересах, ко-

которые соблюдаются лишь в рамках взаимности и благодаря ей.

В результате трансцендентального обмена вначале также преодолевается лишь первичное естественное состояние посредством установления элементарных прав: прав человека как прав личности и функциональных относительно свободы социальных прав. Остающееся вторичное естественное состояние преодолевается лишь в ходе того последующего обмена, который учреждает государство в качестве «меча справедливости», в качестве воплощения субсидиарных по отношению к справедливости публичных властей. На обеих ступенях договора и обмена преодолевается привычная альтернатива «эгоизм или альтруизм». Поскольку важна личная выгода, не требуется никакого альтруизма, а поскольку выгода возникает лишь в ходе совместных действий, исключается эгоизм, рассматривающий людей лишь в качестве конкурентов. Вместо этого господствует коммуникация, направляемая интересами. (О справедливости обмена см. также в гл. IX. 3.)

IX. ПРИНЦИПЫ СРЕДНЕГО УРОВНЯ: ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

1. Права человека и основные права

Принцип равной свободы, с одной стороны, обязывает каждого сотоварища по праву (*Rechtsgenossen*) признавать универсальные условия свободного сосуществования, а с другой стороны, обязывает каждое сообщество обеспечивать [их] признание. Правовые сотоварищи должны соблюдать условия, государство должно их обеспечивать. С точки зрения отдельного правового лица универсальные условия не просто имеют значение «гражданских прав», признаваемых лишь за лицами с определенным гражданством. Скорее это права человека: права, которые неотъемлемо заслуживает каждый человек, лишь потому, что он человек, и которые в данном морально-правовом, не биологическом смысле означают врожденные, естественные, неотчуждаемые и неприкосновенные права.

Права человека основаны не на добровольных действиях некой социальной или политической милости. Это притязания, которые правовые сотоварищи взаимно признают друг перед другом, а субсидиарный правовой и государственный порядок — перед всеми людьми. От их позитивного утверждения в форме основных прав или же фундаментальных госу-

дарственных целей не должно отказываться ни одно сообщество, как и ни один международный правовой порядок. Отсюда происходят два дополняющих, но методически совершенно различных способа их существования. Внутри вмененной морали, справедливости, они являются «лишь правами человека»: сверхпозитивными притязаниями, но которые, как только их признают позитивно-правовым образом, становятся «правами человека как основными правами» позитивного сообщества.

Часть этих прав доказала свою неотъемлемость даже в качестве дефиниции права (гл. III. 1). Ведь без определенной защиты таких правовых благ, как жизнь и здоровье, собственность и честь, право невозможно понятийно развести с организованной преступностью. Соответствующий минимум прав человека, охраняемый уголовным правом, относится уже к праводефинирующей справедливости: частичное признание прав человека носит праводефинирующий, полное признание — правонормирующий характер.

2. Взгляд на историю идей

Согласно распространенному представлению, права человека основываются на идеях, характерных для иудео-христианского откровения и греко-римского мышления. Если бы это было верно, то, во-первых, наше культурное пространство должно было гораздо раньше выработать положительное отношение

к правам человека, и с другой стороны, эти права, несмотря на собственное понятие прав *человека*, были бы привязаны к определенной культуре, следовательно, не предназначены для всех культур. В действительности история протекает сложнее. В частности, другие культуры обладают столь очевидным строительным камнем для создания идеи прав человека, что Запад не может считаться единственным их опекуном.

Первый строительный камень содержится в уголовном праве, которое практически во всех культурах защищает определенные права человеческо-правового достоинства. Следующий строительный элемент проявляется в той критике несправедливого господства, которая восходит к далекой древности, например, к эпохе «Эпоса о Гильгамеше» (ок. 2000 до н.э.), призывающего главного героя не злоупотреблять своей властью, или к индийскому национальному эпосу «Махабхарата» (XVI в. до н. э.), требующему от властителя всеми средствами защищать свой народ. Еще более соответствующим, в-третьих, является конфуцианский взгляд — идея, восходящая ко второму по значимости классику Мэн-цзы (Учитель Мэн, IV в. до н.э.), что каждый человек обладает врожденным достоинством. Особенно впечатляет, в-четвертых, союз ирокезов (1-я пол. XV в.), более чем за три века до первой западной декларации прав человека объявивший всех членов ирокезских племен лично свободными и равными в их правах и привилеги-

ях (см. Morgan, League of the Iroquis, 1951). Также Коран (сура 2, 257) говорит об угрозе религиозной нетерпимости: «В религии не должно быть никакого принуждения». Не в последнюю очередь не стоит забывать о западноафриканской консенсусной демократии, институте палавера (des Palavers).

Имеется еще два основания для того, чтобы не оценивать слишком высоко вклад иудаизма и христианства в права человека. Во-первых, хотя Ветхий Завет объявляет каждого человека подобием Бога, потенциал этой идеи для прав человека релятивизируется из-за утверждения, будто существует один-единственный избранный народ. С другой стороны, христианство универсализирует идею избранности, но не выводит из этого никаких правовых последствий, более того, допускает институт рабства и правового неравенства женщин. И хотя неотъемлемое для прав человека понятие субъективного права восходит к средневековью, оно связано не с христианской мыслью как таковой, но с гуманистической юриспруденцией XII века. Правда, надо отметить, что в ней лишь эпизодически употребляемое понятие [«прав человека»] не получает никакого фундаментального значения, в силу которого его можно было бы использовать как для оправдания, так и для ограничения правового и государственного порядка. Вместе с иудейскими и христианскими элементами оно относится лишь к предыстории прав человека.

В самой истории взаимодействуют два аспекта. На многозначный социально-исторический вызов права человека предлагают столь же многозначительный ответ или терапию. До Реформации спор с официальной церковью вели еретики, после Реформации — различные конфессии друг с другом за право считаться истинным христианством, в результате чего возникла проблема религиозной свободы. В дальнейшем попытка насильственного осуществления собственного притязания на истину вступает в конкуренцию с интересом выживания других, что отсылает к праву на жизнь и здоровье. Не в последнюю очередь такие страны, как Германия, стали во время Тридцатилетней войны ареной боевых действий иностранных держав, так что уже в Старом свете под вопрос было поставлено право, которое еще сильнее нарушалось в Новом свете в результате его колонизации: право на политическое и культурное самоопределение. В ответе на эти задачи, безусловно, участвовало наследие христианской мысли. Однако ключевыми понятиями стали не богоподобие или бесконечная ценность личности, спасенной священнодействием Христовым, а естественное состояние и общественный договор, свобода действий и взаимность или же «золотое правило».

Несмотря на то что объявление религиозной свободы (1572) в Нидерландах распространялось и на католиков, в католицизме многие столетия господствовало ее неприятие. Еще папа Лев XIII, которому

католическое социальное учение обязано глубокими изменениями, видел в правах человека результат работы мятежного духа (*Immortale Dei*, 1.11.1885). Протестантизм также осуждает дух Современности и в значительной мере сохраняет дистанцию к правам человека. И еще Карл Маркс в ранней работе «К еврейскому вопросу» (1844) отталкивается, прежде всего, от прав собственности и не принимает во внимание все прочие шансы осуществления свободы, что даны в правах человека, за исключением свободы религии и совести, которую он одобряет.

3. Правовые свободы (*Freiheitsrechte*), социальные и культурные права, права на участие

О тонком определении прав человека споры продолжаются до сих пор, но практически не спорят о базовых определениях. Начиная со своих греческих начал, философская антропология знает о том, что дееспособность привязана к трем вещам, проявляющимся в трех базовых определениях, под которые подпадает каждый человек каждой культуры: каждый является (1) телесным и живым существом (*zôon* или *animal*), которое (2) характеризуется способностью мышления и речи (*zôon logon echon* или *animal rationale*) и (3) нуждается в сообществе с присущим ему политическим порядком (*zôon politikon* или *animal sociale*). Поскольку первые два определения привязаны к негативным и позитивным предваритель-

ным условиям, можно выделить три главных группы прав человека: негативные правовые свободы, позитивные правовые свободы или социальные и культурные права и (демократические) права на участие.

Негативные правовые свободы легко обосновываются посредством упоминавшейся идеи трансцендентального обмена: поскольку человек является как ранимым, так и способным на насилие, он может быть как источником угрожающего дееспособности насилия, так и его жертвой. Чтобы, несмотря на это, сохранить свой трансцендентальный интерес к дееспособности, он должен пойти на взаимный отказ, соответствующий некоему обмену и обосновывающий соответствующие права человека: если каждый откажется от нанесения телесных повреждений и убийства, то каждому предоставляется право на жизнь и здоровье. Если каждый не будет препятствовать другим в исповедании религии, то он получает право на религиозную свободу и т.д. Применительно к абсолютистскому государству правовые свободы все же главным образом понимаются как права на защиту от государства. Однако фактически их предоставляют себе сами товарищи по праву, в то время как государство выполняет лишь субсидиарную, хотя и необходимую задачу обеспечения гарантий.

Один отказ от насилия еще не обеспечивает дееспособности. Для реальной свободы необходимы и позитивные ценности: блага, услуги и шансы. Поскольку они, частично в качестве социальных, частично в

качестве культурных прав, являются практически неотъемлемыми для свободы, они имеют значение позитивных правовых свобод и с точки зрения прав человека не уступают негативным правовым свободам. В равной степени они значительно отличаются от них: поскольку речь идет уже не о негативных действиях, об отказе, а о позитивных ценностях, они подпадают под проблему ограниченности [ресурсов]. В противоположность негативным правовым свободам их невозможно требовать при любых обстоятельствах. Поэтому было бы более уместным рассматривать позитивные правовые свободы не столько в качестве субъективно требуемых индивидуальных прав, сколько в качестве программных требований и государственных целей, а придание им конкретной формы предоставить законодателю в зависимости от имеющихся возможностей.

Кроме того, блага не должны обеспечиваться всеми людьми. Если некий индивид не отказывается от насилия в отношении другого, то жизнь и здоровье последнего *eo ipso* оказываются под угрозой. Напротив, если кто-либо отказывается внести свой вклад в обеспечение благ, то его, как правило, заменяют другие. Поэтому возникает следующий вопрос: на ком лежит обязательство по обеспечению. На это можно ответить: на «естественных поставщиках услуг». Например, за детей в первую очередь отвечают их родители; ведь это они произвели их на свет в качестве беспомощных существ.

Несмотря на эти и дальнейшие различия, позитивные правовые свободы совпадают с негативными с точки зрения образца легитимации, т. е. трансцендентального обмена: определенная поддержка является столь элементарной, что частично становится неотъемлемой для голого выживания, частично — для способности ответственного действия. Поскольку поддержка осуществляется асимметрично — способными ее оказать применительно к нуждающимся в ней, — то может показаться, будто отсутствует второе условие легитимации, взаимность. Однако ситуация меняется, если учесть сдвиги по фазе.

Поскольку политическое господство может быть оправдано лишь с точки зрения затронутых лиц (см. гл. VIII), они имеют право на участие в политическом господстве, или непосредственно посредством выборов и голосования, или посредством избранных представителей. В результате существует третья группа прав человека — (демократические) права на участие.

Некоторые права человека можно выделить в качестве примера:

(1) Очевидно, что негативные правовые свободы запрещают рабство, включая крепостную и наследственную зависимость, далее принудительный труд.

(2) Столь же очевидно, что нелегитимной является дискриминация в зависимости от расы, цвета кожи и пола, религии, политических убеждений и социального происхождения. В частности, запрещена неравная оплата труда мужчин и женщин.

(3) В соответствии с негативным правом личности (Freiheitsrecht) на неприкосновенность жизни и здоровья нелегитимным является труд, наносящий вред здоровью: из-за условий по шумности, свету или загрязнения воздуха, в результате испарений или облучения, а также изнуряющего и утомляющего режима работы или избыточной (дневной, недельной и годовой) продолжительности труда. В более широком смысле сюда же относится запрет детского труда.

(4) Из права на личную собственность вытекает запрет произвольного и не предполагающего выплаты компенсаций отчуждения собственности.

(5) Из элементарного социального права, права на выживание, следует минимальная заработная плата. Впрочем, ее конкретное определение зависит от таких региональных факторов, как стоимость жизни и средний уровень жизни, а также соответствующих ресурсов.

(6) К элементарным социальным правам относятся также элементарные меры, касающиеся семейного положения, заболеваний, несчастных случаев, безработицы и старости. Опять же следует учитывать региональные различия: там, где еще сохранились солидарные сообщества типа семьи, рода или цеха, требуется меньше [затрат], чем там, где их сила ослабла в процессе индивидуализации жизни. Не стоит упускать из виду и то, что социальные выплаты могут не просто компенсировать ослабление солидарных сообществ, но вызывать его. Впрочем, даже оправданные социаль-

ные выплаты лишь в исключительных случаях должны осуществляться безвозмездно, в виде подарка. Ведь в отличие от филантропии справедливость строится на взаимности. Поэтому труд получателя социальной помощи — в рамках его возможностей — на благо коммуны не является неправомерным, к тому же он может повысить его самоуважение — он сам зарабатывает себе помощь.

(7) Свобода объединений и ассоциаций требует разрешения профсоюзных, профессиональных и предпринимательских объединений.

(8) Важным является поддержание социальных стандартов в пользу будущих поколений. Но они не должны сужаться до экологических тем, а скорее включать в себя социальные и культурные ресурсы. В соответствии с принципом межпоколенческой справедливости ни одно поколение не имеет право расходовать больше ресурсов, чем оно их произвело в эквиваленте и в качестве замены. Также следует полностью прекратить чрезмерное расходование не- или трудно возобновляемых ресурсов.

(9) Для того, чтобы заработать на подобающую жизнь для себя и своей семьи, люди в типичном случае занимаются профессиональным трудом. Поскольку помимо того, что труд является источником дохода, он предоставляет [индивидам] важные возможности для [развития] уважения к себе и другим, равно как и для самореализации, сама же возможность заниматься профессиональным трудом зависит

от обучения, то всем людям должны гарантироваться соответствующие шансы на обучение. Кроме того, экономическая и налоговая политика должны быть нацелены на сокращение безработицы.

Внутри прав человека можно различить как минимум три слоя: (а) права человека *tout court*, актуальные для любого человека в любой момент его жизни; (b) права человека, связанные с (жизненными) фазами, подобно правам детей и пожилых людей, которые имеют значение лишь в соответствующие жизненные фазы; и (с) парадоксальным образом культурно-обусловленные права. Однако культурно-обусловленным является не основание легитимации, а только форма. В рамках некоей культуры со столь сильным общинным сознанием, как в некоторых частях Черной Африки, нарушением прав человека может считаться то, что воспринимается на Западе в качестве легитимного наказания, например, многолетняя изоляция кого-либо за решеткой. При определенных обстоятельствах право может выродиться в несправедливость. Ввиду равноправия мужчин и женщин такая жизненная форма, как полигамия, представляется бескомпромиссно запрещенной и, тем не менее, может занимать легитимное место в этике родовой солидарности, например, с целью интеграции женщин, которые иначе оставались бы незамужними, что, видимо, трудно представимо в некоторых черно-африканских культурах. Здесь права человека допускают тождество в различии (см. гл. XIII).

Х. СПРАВЕДЛИВОСТЬ [УГОЛОВНОГО] НАКАЗАНИЯ

Уголовное право также предоставляет ясное опровержение эмпирического культурного релятивизма. Безусловно, способ наказания может совершенно различаться в зависимости от общества и эпохи. Однако то, что сообщества притязают на полномочие наказания, встречается практически во всех культурах. Не будет большим преувеличением сказать, что уголовное право вместе с уголовными судами и уголовными процессами является сходным для всего человечества, универсалией, охватывающей общества и эпохи. Универсальным является и подавляющая часть наказуемых действий. Преступления против жизни, собственности и чести, запрещение поджогов, подделки мер, весов и документов, сексуальные преступления, даже наказуемые действия в отношении окружающей среды известны практически повсюду.

1. Дать дефиницию наказания

Радикальные критики рассматривают уголовное право в качестве санкционированной мести. Другие видят в криминальных действиях разрядку агрессии, ответственность за которую, в конце концов,

несет не преступник, а общество. «Критики идеологии», видящие в уголовном праве общественный институт мести, упускают из вида элементарный эффект справедливости, создаваемый публичным, государственным наказанием: установленное законодателем, примененное судьей и осуществленное исполнительной властью уголовное право, следующее при этом строгим содержательным и процедурным правилам, противостоит той частной мести (включая кровную), вражде и частной юстиции, которая мстит за нанесенную обиду на свой страх и риск и часто несоразмерно реагирует под воздействием чувства ненависти.

Впрочем, за наказанием со стороны государства часто следует дополнительное наказание со стороны общества. Осужденный теряет своих старых друзей и знакомых, лишь с трудом приобретает новых и с усилиями находит работу. Кроме того, нередко презрению подвергаются лица, вполне обосновано оправданные. Часто наказанию подвергаются даже члены семей, то есть невиновные. Не будучи ни оправданным, ни беспристрастным, ни законным, ни подконтрольным, подобное дополнительное наказание является явно несправедливым. Поскольку в противоположность этому государственное уголовное право, по крайней мере, укрепляет справедливость, то большинство дебатов ведется не относительно отмены полномочия наказывать, а скорее относительно оправдывающих его целей на-

казания. Центральными оказываются четыре основные формы: (1) возмездие, (2) негативные или превентивные меры, устрашение, (3) позитивные превентивные меры (законопослушность, доверие к праву, примирение) и (4) последующее включение в общество, ресоциализация.

Осуждаемое в качестве примитивного инстинкта мести со стороны общества, возмездие постоянно попадает под перекрестный огонь критики, а вместе с ним и такие значительные философы, как Кант и Гегель, так как они разделяли теорию возмездия. Тем не менее уголовное наказание носит характер возмездия уже с точки зрения понятия. Ведь, во-первых, оно тривиальным образом является злом, которое, во-вторых, — в отличие от лечения зубов — является вынужденным. Кроме того, уголовное наказание наступает после правонарушения и из-за него. Следовательно, в его понятие входят, в-третьих, — в отличие от карантинных мероприятий — менее притязательное *впоследствии* и, в-четвертых, — в противоположность природным катастрофам или налоговым требованиям — более притязательное *вследствие*. И именно поэтому наказание является возмездием в первоначальном и одновременно нейтральном смысле. Этимологически родственное «деньгам» («Geld»), выражение «возмездие» («Vergeltung») указывает на основную форму человеческого общения, на обмен. Расплатой (Vergeltung) называется любое вознаграждение за оказанные услуги, любая выплата долга, которая в позитивном

случае заключается в денежном платеже и лишь в случае негативных услуг — в отпущении злом или наказании.

2. Установить норму наказания

Уже нейтральное понятие возмездия содержит важный элемент справедливости наказания: запрет наказания невиновных. В качестве принципа вины он даже считается категорическим и не терпящим исключений; запрет не допускает компромиссов по причине коллективного блага или государственного резона: наказанию подлежит лишь тот, кто объективно совершил (тяжкое) правонарушение и несет за него личную (субъективную) ответственность.

Государственное наказание может действовать и предупреждающим образом (превентивно). Согласно принципу, выдвинутому еще такими просветителями, как Монтескье и Чезаре Беккариа (1738–1794), применяемой к закону уголовно-правовой оговорке «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» («без закона — никакого преступления, никакого наказания»; см. *Уголовный кодекс*, § 1; даже *Основной закон*, ст. 103, параграф 2), правило, за нарушением которого следует наказание, должно быть заранее известно и одновременно ясно определено. Вместе со своими четырьмя запретами: запретом обычного права, запретом обратного действия, запретом аналогий и запретом неопределенных уголовных законов, принцип защищает всех граждан от государственного произвола.

Уже в силу этого принципа наказание, несмотря на свое действие задним числом, неизбежно приобретает предупредительную силу. Тем самым осуществляется вторая и третья цели наказания. С одной стороны, оно устрашает — запугивая потенциальных правонарушителей наказанием, ослабляет как угрозу опасных попыток подражания, так и эффект водоворота. С другой стороны, уголовное право, если оно соблюдается, поощряет законопослушность, усиливает доверие к праву и способствует правовому примирению.

Этому двойному превентивному воздействию, негативному и позитивному, охотно приписывают направленность в будущее, а не в прошлое в качестве возмездия. Однако с точки зрения теории справедливости в этом нет никакого преимущества. Ведь в качестве ответа на прошлое правонарушение, превентивно понимаемое наказание остается также возмездием в нейтральном смысле. Превентивность, напротив, является как неизбежным, так и достойным одобрения побочным эффектом. Утилитаристское положение «*punitur ne recsetur*» («наказание осуществляется, чтобы не нарушалось право») уже предполагает положение теории возмездия: «*punitur quia recsatum est*» («наказание осуществляется, потому что было нарушено право»): наказание, — так же как общее возмездие — является справедливым лишь тогда, когда оно следует после совершения тяжкого противоправного поступка и вследствие него.

Справедливое наказание носит характер возмездия еще и с другой точки зрения: при определении наказания. Впрочем предполагается, что (от)мщение ((Wieder-)Vergeltung) (ius talionis) понимается не в буквальном смысле как «око за око, зуб за зуб» (Исход 21, 24) и «кровь за кровь» (например, Эсхил, «Орестея», часть II, стих 274 и 312 и следующие), но лишь формально:

Справедливое наказание — как особое возмездие — соразмерно тяжести преступления. Оно не будет с целью устрашения и в назидание другим ни более жестким, чем этого заслуживает преступление с объективной его стороны, тяжести правонарушения, и субъективной стороны, вины, ни откажется от кары, особенно в случае тяжких преступлений, там, где устрашение стало избыточным, например, поскольку преступник уже давно стал законопослушным.

Нейтральная идея возмездия оставляет неопределенным способ наказания и его исполнения. Поэтому в качестве дополняющих могут выступать другие цели наказания: посредством предупреждения преступных действий и усиления законопослушности двойное превентивное действие служит основной цели, выдвигаемой справедливостью — поддержанию правопорядка. И если нарушение права не могло быть предотвращено, то следует предпринять все возможное, чтобы удержать правонарушителя от рецидива и дать ему новый шанс на общественную и профессиональную интеграцию.

Уголовное право отличается от гражданско-правовой компенсации, и тем не менее оно должно обращать свое внимание не только на преступника, но и на жертву, что обусловлено требованиями справедливости. Поскольку сообщество строго запрещает частную юстицию, его легитимными задачами должно стать следующее: виновный в совершении преступления получает заслуженное наказание, а жертва получает максимально возможное возмещение. Возмещения заслуживает также тот, кто находился в предварительном заключении, но не был осужден или был приговорен к лишению свободы на срок, более короткий, чем предварительное заключение. Не в последнюю очередь медиа должны возмещать убытки тому, кого они досрочно «обвиняют» и «приговаривают».

3. Легитимировать наказание

Правовой институт уголовного наказания оправдывается посредством объединения трех аргументов. Первый указывает на поддерживаемые наказанием запреты как на оборотную сторону легитимных требований, в конечном счете, являющихся требованиями прав человека и потому универсально значимыми: поскольку каждый человек имеет право на жизнь и здоровье, насилие против него запрещается; поскольку для существования определенного пространства свободы действий необходима (функциональная с точки зрения свободы) собственность, то кража не допускается и т.д. Этот аргумент не предоставляет

уголовному праву никакой полной свободы действий, но увязывает [его] оправдание со строгим ограничением: где нет угрозы правовым благам человеческого-правового достоинства, там трудно обосновать *ultima ratio* государственного принуждения — уголовное право.

Хотя признание прав человека идет на пользу каждому, их нарушение может быть выгодно в отдельных случаях. Чтобы противостоять подобному безбилетному проезду на правопорядке, государство причиняет — таков второй аргумент — за правонарушение ущерб, который должен быть столь высоким, чтобы перевешивать выгоду. Строго говоря, ожидаемый убыток, то есть продукт из грозящего наказания и его вероятности, должен превышать ожидаемую прибыль. Только тогда каждому, кто осознанно и намеренно совершает правонарушение, станет ясно, что оно невыгодно.

Два первых, превентивных аргумента еще не оправдывают уголовного наказания. Ведь цель превентивного действия, обеспечение правопорядка, представляет коллективный интерес, ради которого по причинам справедливости нельзя жертвовать никем. Чтобы никто не стал голым средством коллектива, необходимо возмездие в качестве третьего аргумента: возмездие за то, что кто-либо нарушил правопорядок и получил наказание лишь по причине этого правонарушения и тяжести своей вины.

4. Упразднить наказание?

В целом справедливость не заслуживает последнего слова (см. гл. XV). Отсюда в случае уголовной справедливости напрашивается мысль, которую неожиданным образом разделяет острый критик морали Ницше («Генеалогия морали», Рассмотрение второе, 10): «С усилением власти община не придает больше такого значения прегрешениям отдельных лиц». Причина: проступки уже не представляются для сообщества «столь же опасными и пагубными в отношении существования целого, как прежде [...] С возрастанием власти и самосознания общины уголовное право всегда смягчается». Сообщество, которое доводит это смягчение до крайнего предела, полностью отказывается от наказания. Оно даже осуществляет «самоупразднение справедливости», «известно, каким прекрасным именем оно себя называет: *милостью*» и является «преимуществом самого могущественного»¹¹. Однако сообщество располагает подобной властью только там, где оно не потрясается в своих основаниях, видимо, как в случае бытовой преступности, но определенно не в случае преступных действий сильных и могущественных, которые в качестве политиков, военачальников или топ-менеджеров, а также не в последнюю очередь боссов организованной преступности творят бесправие большого размаха.

¹¹ Ницше Ф. Соч.: В 2 т. Т. 2. С. 451–452.

И в случае бытовой преступности не следует забывать о жертвах. Чтобы ими не злоупотребляли в качестве средства коллективного милосердия, самоупражнение справедливости должно исходить от самой жертвы, а в случае ее гибели — от ее близких. Это они должны простить соответствующего преступника, а вовсе не лица, непосредственно [этим] не затронутые.

XI. СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Многие считают социальную справедливость свойственным демократии руководящим началом политического действия. Несмотря на то что философия со времен Аристотеля знает «многие справедливости», выражение «социальная справедливость» появляется в ней очень поздно, кроме того, столь мимоходом, что вряд ли возможно точно определить его первое употребление. После нескольких предшественников в Италии, позже во Франции и Германии оно, в конце концов, заимствуется христианской социальной этикой: вначале в папских социальных энцикликах (*Quadragesimo anno* Пия IX), затем реформистским теологом Эмилем Бруннером (*Gerechtigkeit*, 1943). Первый более фундаментальный труд был создан экономистом Фридрихом фон Хайеком. Носящий говорящее название «Иллюзия социальной справедливости» (*The Mirage of Social Justice*, 1976), он направлен против безбрежно расширяющейся социальной государственности и выступает за минимальное государство или государство в виде ночного сторожа.

Сегодня о социальной справедливости говорится в двух значениях. В неспециальном смысле прилагательное «социальный» лишь указывает на то, что речь идет о чем-то общественном. В специальном

смысле, социальная справедливость имеет дело с трудностями, которые или возникли, или обострились, или же впервые стали осознаваться в XVIII и XIX веках. Имеются в виду те объединенные под ключевым словом «социальный вопрос» трудности — безработица, незащищенность в случае болезней и старости, недостаточное образование или обучение, даже голод и обнищание — которые затронули, прежде всего, рабочих растущих городов, а также значительную часть сельского населения. Кто стремится ответить на подобные трудности не только ради социального мира или по причине христианской любви к ближнему, но от имени справедливости, тот должен указать на обязательства в отношении затронутых лиц.

1. Справедливость обмена

В случае справедливости часто думают лишь о вопросах распределения. Говорят об определении доли, размещении, называют соответствующие задачи проблемами распределения и ожидают от «социальной» справедливости или распределения поровну, или распределения по потребностям. Однако подлежащие распределению средства сначала должны быть заработаны и в случае разделения труда взаимно обменены. Для постижения этой азбучной истины требуется упомянутая смена парадигмы: нужно начинать не с распределения, а с взаимности или обмена — с той оговоркой, что, как у Марселя Мосса

(«Дар», 1923/24), применяется не исключительно экономическое понятие обмена.

В пользу смены парадигмы говорит то обстоятельство, что подлежащее распределению не падает как манна небесная. Прежде чем приступить к разделу пирога, его нужно испечь; чтобы его испечь, необходимы ингредиенты и энергия, которые в свою очередь сами должны быть обеспечены. Если продолжать этот процесс до самого начала, то можно наткнуться на первое основание любой переработки, на преданный людям материал, из которого вырабатываются ингредиенты и энергия. Однако социальный вопрос затрагивает не это самое первичное начало, а более поздние стадии развития, более важные для феноменов обмена.

Против распределения как первичного образца также говорит то, что инстанция, которую называют ответственной за социальную справедливость — государство, способна, в сущности, лишь на вторичные и субсидиарные действия. Защищает ли оно элементарные правовые блага посредством уголовных законов, или регулирует общественную и деловую жизнь посредством формальных предписаний, или (со)финансирует образовательные учреждения, социальные фонды или самостоятельно нежизнеспособные отрасли экономики — все эти действия предполагают действия граждан. Ведь особенно в демократиях граждане находятся друг с другом в первую очередь в равноправных, а не в подчиненных отношениях. Ес-

ли любому распределению по причине его асимметрии присущ матерналистский или патерналистский характер с его менталитетом заботы, то основной образец кооперации среди равных состоит во взаимности, то есть в обмене.

То, что обмен вполне подходит для оправдания социальной справедливости или соответствующей ей социальной государственности, можно показать на примере классической социальной задачи — ответственности за старшее поколение. Здесь существуют три основные формы обмена. При простейшей, позитивной и синхронной форме пожилые и молодые обмениваются способностями, опытом и отношениями, специфичными для своего возраста. Второй, диахронный и негативный обмен переносится на смещенный по фазе отказ от насилия. Чтобы иметь возможность вырасти, дети, а чтобы иметь достойную старость, то ставшие немощными родители заинтересованы в том, чтобы никто не воспользовался их слабостью. Так как человек рождается не просто бессильным, но и экстремально беспомощным и после периода относительной самостоятельности покидает мир вновь беспомощным, то, в-третьих, существует позитивный диахронный обмен: поддержку, полученную в начале жизни, позже «компенсируют» посредством оказания помощи пожилым. С точки зрения истории эволюции соответствующий обмен происходит вначале внутри семьи и большой семьи, рода. Он соответствует некоему до-

говору между родителями и детьми, заключенному по поводу оказания смещенной по фазе и все же взаимной помощи.

2. Возмещающая справедливость

Дальнейшие доводы в пользу социальной справедливости следуют из дополнения, которое необходимо сделать к справедливости обмена — из возмещающей (исправительной) справедливости. Первый аргумент напоминает о потребности новорожденных в помощи, которые, будучи произведенными на свет помимо своей воли, по чужой вине находятся в затруднительном положении, выбраться из которого должны помочь ответственные за это — родители.

Частично по причине усложнившихся социальных отношений, частично из-за ослабления семейной морали, поддерживающей смещенный по фазе обмен, «семейный договор» уже давно расширился до выходящего за рамки семей «договора поколений». На это расширение также указывает возмещающая справедливость. Ибо сообщества, институты второго порядка, лишили своего права, веса и финансовых возможностей первичный институт, (большую) семью или род (клан), а также вторичные солидарные сообщества типа цехов или коммун. За это сообщества должны предоставить компенсацию в форме вынужденного поручительства (*Ausfallbürgschaft*), выполняя те задачи, которые ослабленные институты уже или совершенно не в

состоянии выполнять, или же способны выполнять лишь отчасти. Впрочем, необходима не столько — часто опекающая — забота, сколько «помощь в самопомощи», частично косвенно, путем социального страхования, частично прямо, например, посредством экономической и социальной политики, обеспечивающей общее благосостояние, или образовательной политики, предоставляющей всем не одни и те же шансы на образование и обучение, но каждому в зависимости от его одаренности. Этот принцип имеет общее значение: социальная справедливость не требует равных достижений («справедливости достижений» или точнее: равенства достижений) уже потому, что их можно не достичь по собственной вине. Она также запрещает отрицать как различия в одаренности, так и в «приложенных усилиях». Другие компенсационные задачи следуют из несправедливости в прошлом: рабства, крепостной и наследственной зависимости, колониализма, империализма и многовековой дискриминации женщин.

Далее имеются такие цивилизационные процессы, как индустриализация, урбанизация и специализация труда, порождающие комплекс шансов и рисков, которые хотя и считаются *per saldo* коллективно выгодными, все же ухудшают положение некоторых групп, заслуживающих за это определенную компенсацию. Ее размер зависит от меры улучшения положения других, в частности от состояния общественных бюджетов. Поэтому сокращения, обусловленные

дефицитом средств, не являются *eo ipso* несправедливыми. Впрочем, на глазок ситуация может казаться более бедственной. Ввиду нынешних трудностей не стоит забывать, что в XIX веке они были более гнетущими.

Согласно этому образцу аргументации большая часть тех задач социального государства, которые Форстхофф (*Verwaltung*, 1938) объединил под понятием «государство заботы о существовании» («*Daseinsvorsorgestaat*»), выступает в виде обязанности компенсировать и перенимать ответственность на себя. Поверхностно государство может казаться солидарным сообществом или сообществом справедливого распределения — в своем ядре с нормативной точки зрения оно легитимируется благодаря справедливости обмена и возмещающей справедливости, а с дескриптивной точки зрения — изменившимися общественными отношениями. Согласно конституции Германия является «социальным» государством (*Основной закон*, ст. 20.1 и 28.1). Эта лапидарная декларация охотно расшифровывается посредством четырех задач: (1) обеспечение прожиточного минимума, (2) установление большего равенства (как правило, имеется в виду финансовая сторона), (3) обеспечение большей безопасности и (4) повышение благосостояния и расширения участия в нем. Если задачи (1) и (3) относительно легко вытекают из представленной аргументации, то с задачами (2) и (4) дело обстоит сложнее.

4. Справедливость между поколениями

Идея обмена применима даже в случае «нового социального вопроса» — защиты окружающей среды, несмотря на то, что естественная природа является данностью, которая подлежит не обмену, а распределению. Однако подавляющая часть социальных и цивилизационных процессов заключается в изменениях природы, при которых важными являются справедливость обмена и возмещающая справедливость. Поскольку, например, способ передачи окружающей среды следующему поколению также определяет его шансы и риски, то договор между поколениями будет справедливым лишь тогда, когда следующее поколение не получает в наследство никаких ипотек без одновременного наследования достаточных гарантий по ним. С этой точки зрения, к примеру, добыча невозобновляемых источников энергии будет справедливой лишь при условии, если добыча осуществляется не быстрее, чем будут открыты новые источники.

Поскольку естественная природа представляет принципиальную данность, то интуитивно кажется правильным рассматривать ее в качестве совместной собственности человечества, которая в равной степени принадлежит каждому поколению. Она напоминает капитал, на проценты с которого имеет право жить каждое поколение, не прикасаясь к самому капиталу. Индивид ли, группа или поколение — всякий, кто забирает что-либо из совместной собственности, тот обязан вернуть что-то равноценное. И по-

добно родителям, стремящимся оставить своим детям как можно большее наследство, так и более щедрое поколение по возможности оставляет следующему *per saldo* более богатую Землю.

Совместная обязанность распространяется не только на природную, но и на культурную, социальную и техническую среду. Она касается достижений культуры, включая язык, литературу, искусство, музыку и архитектуру, далее цивилизационной инфраструктуры типа путей сообщений, канализации, систем образования и здравоохранения, затем архитектурного качества городов и оздоровительной ценности ландшафта, кроме того, научного, медицинского и технического знания, правовых и социальных институтов, и не в последнюю очередь накопления капитала и развития населения. Во всех этих сферах каждое поколение обязано стремиться к экономии в трех измерениях, а не просто в экономическом смысле: «консервирующее сбережение» — сохранение институтов и ресурсов, «инвестирующее накопление» (капитала, инфраструктуры, перспективных технологий...) и «превентивное предохранение»: предотвращение войн, экологических катастроф, экономического и социального коллапса.

То, что в действительности происходит обратное, и внутри валового внутреннего продукта возросла роль задач настоящего: социальных обязательств, затрат на здравоохранение, пенсионное обеспечение и погашение государственного долга, и

напротив, упала роль задач будущего: инвестиций в образование и другие сферы социальной и материальной инфраструктуры — это смещение от доли инвестиций к доле потребления в широком смысле означает несправедливость по отношению к будущим поколениям. Раздвигающиеся, прежде всего, в Германии ножницы между растущими доходами и уровнем жизни пожилых, а также сокращающимися инвестициями в образование не просто угрожают будущему; это также является нарушением межпоколенческой справедливости. Настоящее живет за счет будущего.

Мероприятия в отношении молодых родителей также относятся к справедливости между поколениями. Они, особенно женщины, нуждаются в более гибком регулировании рабочего времени, неполной занятости и более эффективной поддержке семей, включая детские сады и группы продленного дня. В конце концов, молодые люди должны своевременно перенимать экономическую, общественную и политическую ответственность, вместо того чтобы оказаться в условиях усиливающейся геронтократии: скопления должностей и позиций в руках все более пожилых. (См. гл. XIII. 5.)

4. Справедливость и солидарность

Социальная справедливость часто упоминается вместе с солидарностью. На самом деле последняя занимает нормативное промежуточное положение ме-

жду уже не вмененной справедливостью и добровольной филантропией.

Первоначально, в римском праве, солидарность («obligatio in solidum») означала общественную поруку. В соответствии с формулой «один за всех и все за одного» индивид оказывает помощь сообществу, чаще всего семье, а оно, в свою очередь, оказывает помощь индивиду. К концу XVIII века строгое понятие обязательности расширяется на неправовые отношения, хотя понятийное ядро сохраняется. С того времени солидарность обозначает (1) круговую поруку, взаимные обязательства (2) в случае опасности и нужды (3) внутри групп, тесно связанных между собой частично вынужденно, например, в качестве братьев и сестер, частично добровольно вроде участников одной экспедиции, а частично в результате случайности судьбы типа природной катастрофы. Солидарные сообщества — это сообщества по причине нужды и опасностей, члены которых «сидят в одной и той же лодке» и при этом (4) выстраивают друг с другом эмоциональные связи, сильные настолько, насколько волнующей является совместно разделенная судьба.

Однако не в любой затруднительной ситуации требуется солидарность. С одной стороны, каждый несущий долю ответственности за чужие трудности обязан оказать помощь по соображениям справедливости; с другой стороны, в случае нужды исключительно по собственной вине оказать помощь требует человеколюбие. Солидарность, напротив, имеет мес-

то там, где не существует альтернативы чужой или собственной вины, а речь более или менее идет о судьбе. В зависимости от ее типа можно выделить три типа солидарности: (1) «кооперационная солидарность» пытается по образцу социального страхования совместно преодолеть индивидуальные риски там, где предсказуемым является лишь вид риска вроде болезни, несчастного случая и безработицы, но не то, кого, когда и как сильно он затронет. (2) «Антагонистическая солидарность» преследует коллективные интересы вопреки конкурирующим коллективам; например, при обороне от врагов. (3) «Контингентная солидарность» служит преодолению непредвиденных, но коллективных ударов судьбы типа природных катастроф.

В качестве взаимопомощи солидарность означает братство, которое, однако, не следует той асимметрии, когда старшие братья и сестры помогают младшим. Поэтому там, где более сильные должны вступаться за более слабых, ее основная идея сильно смещается в направлении человеколюбия, хотя первые вряд ли смогут когда-либо воспользоваться ответными услугами, поскольку явно и надолго превосходят вторых. Даже если существует пространство для интерпретации и мнений, не следует отказываться от основного значения [солидарности]: взаимопомощь внутри сообщества судьбы, которой в случае необходимости можно воспользоваться самому.

5. Справедливость в отношении животных?

Защита животных имеет длительную традицию. Но поскольку справедливость возможна лишь в отношениях между равнозначными существами, то обычно защиту животных выносят за рамки последней, например, в сострадание, которого заслуживают все существа, способные испытывать боль и страдания. Однако по меньшей мере в случае доместикации имеет место взаимность, которая и позволяет говорить о справедливости.

В пределах, устанавливаемых биологическими видами и человеческими целями, в ходе доместикации возникает кооперация, при которой осуществляется как взаимное приспособление, так и совместное извлечение выгоды. Ведь с одной стороны, животное становится в буквальном смысле домашним, то есть слугой, которого принимают в *Domus*, жизненное пространство человека. С другой стороны, человек учитывает потребности животных, например, добавляет к своему дому хлев и пастбище.

Не без причины Аристотель исходит из того, что одомашненным животным живется лучше, чем диким («Политика», I 5, 1254b-13). Одомашненные животные, в частности, избавлены от борьбы за выживание, к тому же об их благополучии заботятся: хороший пастух охраняет овец от волков, ищет хорошие пастбища и печется об овцематках и их ягнятах. Поэтому он действительно осуществляет справедливость, поскольку за пользу, получаемую от живот-

ных, он облегчает их жизнь. Согласно известному учению Аристотеля здесь можно говорить о взаимовыгодной дружбе («Никомахова этика», VIII 2). В случае домашних животных даже возникает взаимная симпатия, подпадающая под понятие дружбы ради удовольствия. При обоих отношениях обходится альтернатива «лицо или вещь», господствующая со времен римского права. В случае пользы-дружбы животное рассматривается в качестве делового партнера, почти компаньона, а в случае взаимной симпатии партнерство далеко выходит за рамки деловых отношений.

Согласно принципу сострадания все животные, способные испытывать боль и страдания, заслуживают равного внимания; но они не обладают правом на это. Согласно идее справедливости существуют различные уровни ответственности и как минимум зачатки права: поскольку человек в ходе доместикации делает животных зависимыми от себя, он несет за них большую ответственность, чем за диких. А в рамках доместикации он несет бóльшую ответственность за животных, живущих внутри его жизненного пространства, чем за живущих вовне его. Кроме того, с точки зрения справедливости определенные обязательства имеются и в отношении диких животных. Цивилизация, усиленно сокращающая их жизненное пространство, обязана предоставить им компенсацию, например, в форме щедрого определения размеров заповедников.

Новейшая индустриализация животноводства основательно изменила отношение к животным. Хотя она не полностью отменила кооперацию, но все же резко ухудшила для животных баланс пользы и ущерба. Здесь необходимо противодействие. Не только из-за собственной заинтересованности, например, в получении более здорового и вкусного мяса, но и с точки зрения справедливости содержание животных должно соответствовать их виду.

ХИ. СПРАВЕДЛИВОСТЬ В УСЛОВИЯХ ПЛЮРАЛИЗМА: ТОЛЕРАНТНОСТЬ

Большинство современных обществ характеризуется многообразием сосуществования и противостояния, многогранным, не только политическим, но и общественным, религиозным и культурным плюрализмом, не в последнюю очередь плюрализмом ценностных представлений. Это многообразие есть не просто факт, но оно также представляет определенную ценность. Не впадая в релятивизм, который в любой жизненной форме усматривает равные шансы для человеческой самореализации, невозможно отрицать, что плюрализм способствует проявлению большего разнообразия человеческих возможностей, чем на это способны сами индивиды и гомогенные группы. И в самом деле ни один принудительно назначенный институт не имеет права ограничивать определенными жизненными формами образ жизни своих участников, которые как никак являются ответственными за себя лицами и сознательными гражданами. Поскольку плюрализм допускает свободу образа жизни самых разнообразных людей и предоставляет ее всем, то тем самым он выступает за справедливость. Не будучи ценностью самой по себе или самоценностью, он легитимируется благодаря основному принципу политической справедливости — принципу равного права на свободу.

Кто добровольно признает плюрализм, тот обладает толерантностью. Ее базовая ступень, скорее пассивная толерантность, заключается в признании и предоставлении другим права на своеобразие. Поскольку люди отличаются своими потребностями, интересами и талантами, и, кроме того, никто не застрахован от заблуждений, предубеждений и ошибок, то пассивная толерантность относится к условиям цивилизованного обращения друг с другом.

Активная толерантность выходит далеко за эти рамки. Она не просто позволяет другим то, на что они уже имеют право по закону. Она и по собственной воле признает право другого на жизнь — ради свободы и развития. Основанная на свободе и достоинстве каждого человека, эта толерантность объединяет способность на собственную инаковость с признанием других в качестве равноправных. По причине внутренней свободы активно толерантный человек стремится не к жизни, основанной на насильственном обращении или же преодолении противника, а скорее к сосуществованию на основе равенства и взаимопонимания. Его толерантность заканчивается лишь там, где нарушается основание легитимации: проявляющаяся в правах человека свобода и достоинство всех людей.

Государственно-гражданская толерантность еще больше превосходит активную толерантность. Признавая право всех сограждан на развитие собственных убеждений, осознавая опасность столкновения в

кругу этих убеждений с заблуждениями и предрассудками и понимая необходимость принятия в итоге общего решения, несмотря на конкурирующие исходные убеждения, она способна и готова сделать собственные убеждения предметом дискуссии, а в случае необходимости даже отказаться от них. Впрочем, речь идет не обо всех убеждениях, но лишь о тех, что имеют значимость для совместного правового порядка. Кто исповедует подобную толерантность лишь из стратегических или прагматических соображений, например, чтобы не прослыть противником демократии, тот предает демократию именно тогда, когда она больше всего нуждается в государственно-гражданской толерантности: во времена растущего недовольства демократией. Более чем лишь прагматически обоснованная государственно-гражданская толерантность относится к условиям возможности плюралистической демократии. Для дальнейшего уточнения понятия рекомендуется различать три уровня:

Самый нижний уровень — легалистская компетенция — заключается в способности и готовности придерживаться действующих законов плюралистической демократии. Он соответствует элементарной гражданской добродетели — правосознанию. На втором уровне — делиберативной компетенции — люди способны и готовы дистанцироваться от глубочайших убеждений и так же дистанцированно обсуждать их. На третьем и высшем уровне — диспозитивной

компетенции — даже выражается готовность отказаться от своих убеждений и в случае необходимости изменить их под действием убедительных аргументов.

Очевидно, что идеальный гражданин в плюралистической демократии находится на третьем уровне, уровне полной государственно-гражданской толерантности. Тем не менее ее невозможно требовать. Ведь демократия резко отличается от авторитарного государства тем, что она не требует от своих граждан отказаться от глубочайшего ядра их убеждений, то есть содержания их совести. Она даже не настаивает на полном втором уровне государственно-гражданской толерантности: чтобы каждый откровенно дискутировал о своих глубочайших убеждениях. Она удовлетворяется слабой делиберативной компетенцией, готовностью советоваться с самим собой и хорошими друзьями. Но даже к этому нельзя принуждать, тем более нельзя этого требовать, — на это следует только надеяться. Однако можно требовать того, чтобы публично не отстаивались никакие убеждения, противоречащие основаниям демократического правового государства или тем более призывающие к насилию. Радикальным противникам демократии не просто можно, но и должно оказывать сопротивление.

XIII. ГЛОБАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Странным образом философы охотно рассуждают об универсальном и все же обращают недостаточно внимания на справедливость универсального политического сообщества, охватывающего все человечество. Так в античности о всемирной республике, космополисе, размышляли не выдающиеся политические философы Платон и Аристотель, но только стоики. Однако их мировое гражданство в основном аполитично. В Новое время ситуация повторяется. Первое и до сих пор единственное исключение среди классиков философии представляет Иммануил Кант со своим философским проектом «К вечному миру» (1795) и соответствующими частями «Учения о праве» (§ 53–62). Для Канта идея универсального мирного и правового порядка не является случайной темой, а представляет собой основной мотив всей его мысли. Сегодня, в эпоху многосторонней глобализации, он приобретает особую актуальность.

1. Всемирная федеративная республика

Все еще слабо известная идея универсального, меж- и надгосударственного правового и мирного порядка оправдывается принципами политической справедливости, которые известны уже из опыта отдельных государств. Их справедливость начина-

ется с господства правил, с права. А поскольку правила не возникают сами по себе, то, во-вторых, необходимы публичные власти. Третий принцип справедливости, демократия, возводит их к народу. Четвертый объявляет права человека критериями, которым в любой ситуации должны следовать публичные власти. Сообщество, признающее эти четыре принципа: право, права человека, публичность и разделение властей, а также демократию, может именоваться конституционной демократией, демократическим конституционным государством или более кратко — республикой.

От этого известного, внутригосударственного правового сообщества можно перейти к неизвестной, меж- и надгосударственной форме при помощи промежуточного принципа, в частности понимания того, что отдельные государства во многих отношениях ведут себя подобно индивидам, несмотря на то, что они являются не органическими единицами, а коллективными субъектами, способными на решения и действия. Поэтому аргументы справедливости, действительные для отдельного государства, действительны и для отношений между государствами, и требуется всемирный правовой порядок с определенной всемирной государственностью, то есть всемирная республика. (См. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999.)

По мнению (гипер)глобалистов, должно существовать лишь одно-единственное, уже глобальное все-

мирное государство, государственно-гомогенная мировая империя. Поскольку она должна поглотить все отдельные государства, то может возникнуть угроза для социальной и культурной целостности существующих правовых сообществ и одновременно для социального и культурного разнообразия человечества.

Следующие возражения направлены не просто против мировой империи, но против любого вида всемирного государства. Они подчеркивают его отчужденность от граждан, затем его неуправляемость или же опасность сверхбюрократизации и отсутствие необходимых предпосылок типа глобально разделяемых убеждений относительно права и справедливости и глобальной политической общественности. Кроме того, вполне достаточно, чтобы все государства стали демократиями. Ведь демократии были бы миролюбивы в отношениях с себе подобными и создали бы посредством сети меж- и наднациональных правительственных и неправительственных организаций и расширенного международного права глобальный порядок без государства, в некотором роде глобальное сверхминимальное государство.

Указанное здесь противоречие между государственно-гомогенной мировой империей (гипер)глобалистов, с одной стороны, и глобальным сверхминимальным государством — с другой можно разрешить посредством двухступенчатого принципа политической экономии: следуя первой ступени, не допускается никакого политического объединения, необходи-

мость которого не была бы доказана. Это касается определенного уровня всемирной государственности. Ведь, с одной стороны, на протяжении многих лет имеет место многоаспектная глобализация, которая ни в коем случае не ограничивается экономическими и финансовыми рынками. Более того, она распространяется в трех измерениях: на «глобальное сообщество насилия» (относительно войн, организованной преступности и экологического вреда), на «глобальное сообщество кооперации» (экономика и финансы, рынок труда, туризм и, прежде всего, образование, наука и культура) и на «глобальное сообщество судьбы» (относительно крупных эмиграционных потоков, природных катастроф и отсталости крупных регионов мира).

Во всех трех сферах уже возникла необходимость действовать глобально, что не под силу отдельным государствам. Правда, для решения многих задач достаточно межгосударственной кооперации и политических единиц среднего уровня типа Европейского союза, то есть крупных региональных или (суб)континентальных промежуточных уровней. Однако некоторые задачи или совсем невозможно решить таким способом, или же их можно решить лишь неудовлетворительным образом. Это касается поддержания международного мирного порядка не в меньшей степени, чем международной защиты окружающей среды, в частности климата, учреждения международных судов и установления минимальных социальных

и экологических критериев. Для решения этих задач в соответствии с образцами морально-политических достижений Современности, демократического, социального и правового государства необходимо отказаться от идеи сверхминимального государства и установить определенный уровень глобальной правовой государственности и глобальной демократии, то есть всемирную республику.

На второй ступени политической экономии новые политические единицы, доказавшие свою необходимость, должны получать не больше полномочий, чем требуется; они лишь субсидиарно легитимны. Поэтому отпадает прямой антипод сверхминимального государства — (гипер)глобальное мировое государство; ибо он наделяется избыточной мировой государственностью. С точки зрения справедливости необходима лишь та субсидиарная всемирная республика, которая не отменяет ни отдельные государства, ни континентальные (европейские, африканские...) промежуточные уровни, а скорее признает их с легитимационно-теоретической точки зрения в качестве первичных или вторичных сообществ. Поэтому необходимая с точки зрения справедливости всемирная республика — это никакое не государство мирового центра, которое поглощает в себя все отдельные государства и пытается управлять всем миром из одной метрополии подобно античному Риму или британскому Содружеству. Это — не централизованное государство, а всемирная федерация. Правила, не соот-

ветствующие строгому понятию права, называют «soft law»: мягкое право. Соответственно мировой правовой порядок начинается как «soft world republic», как мягкая всемирная республика, а именно как глобальная политическая сеть, уже определяемая правилами («мягкая законодательная власть»), которые могут применяться тем или иным образом («мягкая исполнительная власть») и обладают зачатками глобальной юрисдикции, по крайней мере арбитража («мягкая судебная власть»). К этому может присоединиться мировой союз государств, который лишь постепенно в течение длительного времени разовьется во всемирную федеративную республику. В виде субсидиарного и федеративного объединения она — в качестве государственного образования — должна отвечать только за те задачи, которые не могут самостоятельно или в свободной кооперации [между собой] решить ни отдельные государства, ни крупные региональные промежуточные образования, ни глобальное гражданское общество.

2. Право на различие

По мнению новейшего социально-философского направления — так называемого коммунитаризма — в эпоху глобализации существует угроза опасного нивелирования. В качестве контрапункта ему необходимо противопоставить общее усиление особенностей и в его рамках защиту отдельных государств. Действительно многие отдельные государства имеют

совместную историю и свою собственную традицию, культуру и язык или явную многоязычность. Поэтому тот, кто отменяет государства, не просто заметно ограничивает многообразие человечества. Он также угрожает идентичности тех, о ком, в конечном счете, идет речь: идентичности отдельных, но не разделенных людей. Несмотря на всю индивидуальность, часто даже именно по этой причине они конкретно принадлежат к субглобальным сообществам. А те имеют право на особенность, право на различие. С другой стороны, ныне существующие государства не являются самоцелью, достойной бескомпромиссной защиты. Они могут распускаться, вновь образовываться и при этом превращаться как в более мелкие, так и более крупные образования. Но, прежде всего, они в той же мере подчиняются вышеназванным четырем принципам политической справедливости, что индивиды и группы. Государства также подчиняются универсальному принципу права и демократии.

Для демократического обоснования всемирной федерации, в конечном счете всемирной республики, мыслимы три стратегии аргументации. Согласно первой, эксклюзивной гражданской легитимации (субсидиарная и федеративная) всемирная демократия возникает из воли глобального государственного народа, охватывающего все население мира. Поскольку индивиды образуют последнюю инстанцию обоснования, эту стратегию можно признать подходящей. Ведь интересы государств легитимируются

их гражданами, так что можно исключить отдельные государства в качестве самостоятельной инстанции. Но против этого выступает право на собственную государственность, связанное с тем обстоятельством, что интересы групп не могут редуцироваться до суммы интересов их членов.

Согласно противоположной стратегии, эксклюзивной государственной легитимации, решающей является исключительно воля всех отдельных государств, так как они представляют интересы как отдельных граждан, так и всех граждан в целом. Однако против этого выступает уже не совпадающая с государственностью принадлежность: например, религиозная, языковая и профессиональная, претенциозные хобби или те политико-социальные интересы, которые представляют организации вроде Amnesty International или «Врачи без границ», далее положение диаспор, например ирландцев, евреев и курдов.

Уже по причине подобной «пересекающей государства принадлежности» отпадает и вторая легитимация, так что необходима третья, комбинированная стратегия: соединение гражданского обоснования с государственным. В соответствии с ней вся власть мирового государства исходит от его двоякого государственного народа: от сообщества всех людей и от всех отдельных государств и крупных региональных объединений. Эта двойная стратегия должна отражаться в организации всемирной республики. Например, ее высший орган, мировой парламент, дол-

жен состоять из двух палат — мирового собрания как палаты граждан и мирового совета как палаты государств. Двойная стратегия должна отражаться и во множественном государственном гражданстве нового типа. Является ли некто в первую очередь немцем, итальянцем или поляком и лишь затем гражданином Европы — это демократы Европы будут решать в ближайшие годы. В любом случае человек в первую очередь является одним из двух, гражданином государства или гражданином Европы, следовательно, ступенчатым образом ими обоими одновременно и в третью очередь — гражданином мира: гражданином субсидиарной и федеративной всемирной республики.

3. Глобальные правовые задачи

Мировое общество может многое предоставить социальной эволюции и свободной конкуренции, включая конкуренцию институтов. Чтобы за глобализацию не было заплачено регрессом права и демократии, она несет ответственность за «права человека и основные права государств»: за защиту их политического и культурного самоопределения и за их территориальную целостность, включая экологическую. Дальнейшие задачи заключаются в следующем:

Мировая юстиция. Преступность не избежала глобализации. Границы государств не останавливают ни терроризм, ни контрабанду оружия, ни торговлю нар-

котиками или людьми. Столь же общим для государств является заложенный в понятии юстиции принцип справедливости. Даже если уголовное право в значительной мере подпадает под компетенцию отдельных государств, от его действия не должна уклоняться трансграничная преступность. Следовательно, необходима глобальная юрисдикция, мировая юстиция в смысле мирового уголовного права. Таковое может быть учреждено в трех измерениях, причем оно действенно и для других сфер глобального правосудия:

(1) «Национальное мировое уголовное право» обращает внимание на межкультурную значимость, как относительно подлежащих наказанию правонарушений, так и относительно процессуальных принципов, [самого] наказания и исполнения. Если выполнено это условие, например, благодаря соответствующей правам человека легитимации и лимитации, тогда возникает обоснованное морально-правовым образом полномочие на осуждение лиц, которые хотя и происходят из других правовых культур, но совершили свои преступления в данной стране.

(2) «Надгосударственное мировое уголовное право» выражает готовность — вновь благодаря межкультурно значимой уголовной юстиции — осуществлять замещающее уголовное правосудие. В соответствии с этим крупного торговца наркотиками, совершившего свое преступление в стране А, но арестованного в стране В, вполне можно подвергнуть суду и осудить в стране В.

(3) «Всемирно-гражданская» или «космополитическая мировая юстиция» касается «преступлений против человечности», которые по праву подпадают под ответственность «человечества» и преследуются им, если определенные правительства их не преследуют и, возможно, даже сами совершают их.

Всемирная гражданская защита. Своеобразие других задач не должно отвлекать от двойной основной задачи: гарантировать всем людям в любом месте мира равную защиту прав человека. Мирные иностранцы не должны еще на границе — со стороны государственных органов или по государственному попустительству — ни подвергаться грабежу, произвольно заключаться в тюрьму или тем более поработаться, ни лишаться права на защиту со стороны гражданского и уголовного права уже внутри страны. В случае отсутствия национальной правовой защиты необходимо жаловаться на собственное правительство не только в суды государственной юрисдикции, но и иметь возможность подать свою жалобу во всемирный суд в обход внутригосударственных инстанций.

Поскольку внутри федеративной всемирной республики мировое гражданство не отменяет гражданства государственного, но лишь дополняет его, то не является нелегитимным ограничение иных прав, например прав иностранцев на приобретение недвижимости или произведений искусства, права на демократическое участие или на неограниченную свободу

передвижения. Правда, государство, чьими гражданами люди являются по рождению, не вправе запрещать им ни эмиграцию, ни смену государственной принадлежности. Ведь согласно расширенному пониманию свободы совести и вероисповедания они имеют право предпочесть (общественные, политические и культурные) особенности другого государства. Напротив, не признается притязание на длительное пребывание в любом государстве, на равноправное участие в его формировании и на пользование плодами его социальной государственности, короче говоря: право человека на иммиграцию.

Мировой рынок также функционирует посредством анонимных сил, упрощенно: в соответствии с законом спроса и предложения. Кто из-за этого хотел бы отказаться от любого запланированного порядка, тот упускает из вида, что такие обеспечивающие благосостояние силы, как готовность идти на риск и старательность, противостоят природной лени. Поэтому «просвещенная лень» пытается уменьшить риск и усилия и тем самым извратить конкуренцию. Отсюда практически неизбежными являются искажения конкуренции на свободном в эмпирическом смысле рынке, который предоставлен самому себе. Справедливость, противостоящая этому, может именоваться справедливостью экономической.

Криминальным искажениям конкуренции — мошенничеству и насилию («методам мафии») — противостоит уже обычная защита со стороны права. По-

рядок глобального рынка противостоит трем другим искажениям: монополиям и олигополиям, картелям и недобросовестной конкуренции. С этой целью он утверждает всемирные правила ведения конкуренции, проводит всемирную экономическую политику и учреждает всемирное антимонопольное ведомство, которое, однако, действует не централистски, а субсидиарно, то есть перенимая лишь те правовые задачи, которые не могут решить национальные или региональные (например, европейские) антимонопольные ведомства.

Глобальное социальное и экологическое государство? К глобальной справедливости относятся элементарные социальные и защитно-экологические критерии, не в последнюю очередь глобальная политика развития, которые в целях межкультурной значимости должны выводиться из идеи прав человека.

В случае социальных критериев всемирная республика обладает лишь субсидиарными полномочиями, а конкретно несет ответственность там, где отдельные сообщества не признают их по собственной воле. То, что всемирная республика вообще обладает полномочиями, следует из двух аргументов: во-первых, аргумент всемирного гражданства релевантен, если народно-хозяйственные прибыли идут почти исключительно на благо узкого верхнего слоя. Обделенные в результате этого могут в роли граждан мира обращаться к всемирной республике и ожидать ее помощи для достижения минимальных социальных

условий. Во-вторых, аргумент международного права исходит из конкуренции народных хозяйств или национальных условий производства: поскольку в целях повышения привлекательности для капитала и компаний пытаются предложить социальные и экологические критерии ниже, чем у конкурентов, то они понижаются почти неизбежно. Поскольку в рамках всемирно обязательных договоренностей предпочтительными являются добровольные мероприятия, то социально ответственные государства могли бы добровольно создавать крупные региональные зоны честной торговли с доступом лишь для тех конкурентов, кто обеспечивает выполнение минимальных социальных и экологических условий, кто помимо этого отказывается от тарифных и внетарифных торговых ограничений и способствует развитию экспортных отраслей промышленности в беднейших странах.

Без сомнения, богатство Земли распределено неравномерно, причем часто богатые ресурсами страны удивительным образом страдают от бедности: от материальной бедности, низкого уровня образования и обучения, отсутствия элементарного медицинского обеспечения и элементарной правовой защиты. Уже человеколюбие требует помочь страждущим. Но заповедь не относится к вмененным правовым обязательствам, так что в факте существования богатых и бедных стран еще не содержится никакого морально-правового аргумента в пользу перераспределения, не-

смотря на то, что «догма международной справедливости» считает справедливость распределения ядром справедливости и переносит распределение на соответствующий результат, а не на исходные условия. Однако предположение, будто существует изначальное количество ресурсов, которое следует по возможности равномерно разделить между всеми государствами, не учитывает того обстоятельства, что подлежащее распределению в большей части должно быть создано в процессе труда. Таким образом, всегда есть доля собственной вины за сложившуюся ситуацию и в вытеснении собственной ответственности даже заложен льготный билет для тех, кто действует неправильно. Решающей является не нынешняя ситуация распределения, а соединение первоначального распределения с последующим собственным усилием и исправлением несправедливости.

Если «первоначальное распределение» затеряно «во мраке истории», то с тех пор люди могли адаптироваться к внешним условиям и благодаря своей трудовой и социальной культуре, включая собственное демографическое развитие, обеспечить себе сносный достаток даже в экстремальных природных условиях. Поэтому с точки зрения справедливости следует рассматривать, прежде всего, отдельные сообщества в качестве ответственных за их нынешний достаток, и при определенных условиях, даже если это звучит жестко, следует исходить из [их] политической несостоятельности. На самом деле существует множество

причин неправильного развития, например, отсталости сельской местности, привилегированного положения крупных помещиков и торговцев относительно мелких крестьян и торговцев и поддержки не слишком осмысленных престижных проектов. Частично ответственны за это также низкие налоги на доходы и собственность для богатых, кроме того, широко распространенная «бесхозяйственность и коррупция», а также рост населения.

Впрочем, многие из факторов — это не столько вина всего населения, сколько властной элиты, которую заботит не общее благо, а удержание власти и самообогащение. И определенная ответственность за это лежит на мировом порядке. Ведь каждая группа, контролирующая внутри государства власть над средствами насилия, может рассчитывать на признание в качестве законного правительства и одновременно на получение двух полномочий: во-первых, права распоряжения природными ресурсами государства, включая международное признание законности передачи прав собственности на природные ресурсы, во-вторых, права от имени государства получать кредиты и возлагать погашение долгов по ним на граждан, несмотря на сменяющиеся правительства. Поскольку оба полномочия пробуждают властолюбие и алчность, они даже при сменяющихся правительствах часто приводят к постоянной коррупции. С точки зрения справедливости помощь заслуживает не тот, кому плохо живется где-либо, но определенно там — такова

первая причина, — где нужда частично привнесена извне, и он заслуживает помощи в соответствии с мерой ответственности за это. В этом смысле напрашивается изменение ныне ориентированного на голую власть понимания суверенитета в направлении минимума право-государственной демократии.

Наряду с причинами, возникающими по собственной и частичной внешней вине, отсталость возникает в силу третьего комплекса факторов: грубой несправедливости извне. В случае колониализма, рабства и изгнания из исконных мест обитания исправительная справедливость требует предоставить возмещение (компенсацию). Однако вовсе не любое бедное сообщество без всякой дифференциации может ссылаться на былую справедливость, и не весь богатый мир без всякой дифференциации должен предоставить компенсацию за совершенную несправедливость. Согласно принципу вины отвечать за нее должен тот, кто ее совершил.

Следующий аргумент исправительной справедливости возникает из того обстоятельства, что коллективная прибыль либерализованного мирового рынка не в равной степени идет на благо всех групп и народов. В результате этого, как группы, так и сообщества, несущие большие риски глобализации — временно или на длительный период, — имеют право на возмещение.

Природные ли ресурсы или защита климата — даже осторожная экстраполяция «экологического положения в мире» указывает на столь мрачные перспе-

ктивы, что защита окружающей среды заслуживает того же места в мировой правовом порядке, что и обеспечение глобальных социальных стандартов. Правда, против глобальной ответственности может выступать государственный суверенитет. Однако если окружающая среда есть трансграничное благо, то она уже не принадлежит отдельным государствам. В случае трансграничных проблем целесообразным является не отказ от суверенитета, а уважение суверенитета других государств. Впрочем, сохраняется действенность принципа субсидиарности: всемирная республика не должна вмешиваться там, где можно ожидать успеха локальных или национальных инстанций. Однако в случае определенных перспектив на получение прибыли непосредственно затронутые лица готовы идти на риски, которые по праву отвергаются затронутыми опосредованно, поэтому низшие инстанции не всегда поступают по справедливости. С данной несправедливостью столкнутся и следующие поколения. Если нынешнее поколение является пострадавшим и получателем благ одновременно, то следующие поколения часто становятся лишь только пострадавшими.

Здесь затрагивается уже упоминавшаяся справедливость между поколениями (см. гл. XI. 3): поскольку естественная природа, не будучи созданной ни одним из поколений, является общей собственностью человечества, то каждое поколение и каждое отдельное государство, пользуясь чем-либо из общей

собственности, должны иным способом вернуть что-то равноценное. Поэтому основной принцип справедливости звучит так: не должна ухудшаться сумма, состоящая из естественной природы и искусственных («технических») эквивалентов, — экологический баланс. При этом важно не абсолютное значение, а соотношение на душу населения. Поколение, позволяющее себе сильнее обременять окружающую среду в результате роста населения, обязано настолько улучшить экологическим баланс в целом, насколько оно угрожает обременить окружающую среду. Поскольку здесь и во многих иных сферах настоящее живет за счет будущего и поскольку это происходит не только на региональном уровне, но и в результате глобальных связей, то тем более необходима всемирная республика.

4. Анамнетическая справедливость

К первому измерению глобализации, «глобальному сообществу насилия», в качестве контрапункта относится «критическая мировая память», сохраняющая воспоминания о значительных актах насилия и пытающаяся в воспоминаниях восстановить справедливость. Только мировая память, помнящая о злодеяниях уже не так избирательно, как до сих пор, которая, кроме того, помнит об иногда значительной, а иногда отсутствующей компенсации, иными словами, только справедливая мировая память поможет предотвратить будущие насилия.

Сам аргумент справедливости важен как минимум так же, как и этот превентивный аспект: порядочность в отношении жертв требует от мирового общества не ограничиваться воспоминаниями о особенно жестоких преступлениях и ни в коем случае не подходить к ним селективно. Элементарной «анамнетической несправедливостью» является то, что определенные акты геноцида глубоко врезаются в мировую память, а другие, напротив, скорее умаляются или вытесняются.

5. Всемирное понимание права и всемирное чувство справедливости

Помимо институтов всемирная республика нуждается также в гражданских добродетелях. Первая гражданская добродетель, всемирное понимание права, требуется, прежде всего, со стороны отдельных государств. Ведь часто граждане ожидают, что их должностные лица признают мировое законодательство только селективно, то есть тогда, когда оно соответствует (коллективному) собственному интересу, и в лучшем случае тогда, когда не требуется никаких серьезных жертв. Поэтому в отношении всемирной республики действителен аналог к отдельному государству: если значительное число граждан добровольно не действует согласно мировому законодательству, перенимая его в собственный правовой порядок и осуществляя посредством управления и правосудия, то правоприменительная сила всемирной республики

быстро наткнется на пределы. Также возникнет угроза того безбилетного проезда, что известен по нынешней всемирной организации, ООН: определенные государства пользуются выгодами, не участвуя в издержках, — одни в финансовых затратах, другие в решении всемирных задач. И, как известно, глобальные институты приютила Швейцария — государство, которое само не является членом ООН.

От демократически организованных государств ожидают повышенной готовности к выработке всемирного понимания права. Однако из социальной психологии известно о различиях внутреннего и внешнего поведения: ни в коем случае не само собой разумеется, что она переносит на отношения вовне то, к чему определенная демократия стремится внутри — к разрешению конфликтов в рамках права. Кроме того, демократия является не только правовым государством по защите универсальных правовых благ, но и ареной борьбы за реализацию частных интересов. В этом смысле рафинированные граждане могут стремиться к особым преимуществам для себя, в случае необходимости — под прикрытием неповиновения всемирной федерации.

Во всемирной республике граждане также не просто подчиняются законам, но и участвуют в законодательстве посредством правительственных и неправительственных организаций. Поскольку при этом возникают структурно те же самые проблемы, что и у отдельного государства, то и здесь необходимо не

только институциональное противодействие, но и чувство справедливости: для парламента граждан мира — космополитическое, а для парламента государств мира — всемирно-федеральное.

В случае отдельного государства чувство справедливости выполняет три задачи: при создании право-государственной демократии, ее дальнейшем развитии и при действии в рамках институтов и законов. Все три задачи присутствуют и во всемирной республике. Первый с предметной точки зрения уровень, *инициативное* всемирное чувство справедливости помогает направлять мировой правовой порядок и, в конце концов, прийти к созданию федеральной всемирной республики. Для этого все люди (таково космополитическое всемирное чувство справедливости) и все государства (таково всемирно-федеральное всемирное чувство справедливости) должны взаимно признать друг друга в качестве равноправных. Они не должны ни подавлять или эксплуатировать других, ни требовать привилегий для самих себя. Чтобы дальнейшее развитие федеральной всемирной республики зависело не только от соответствующего распределения сил, необходимо, во-вторых, *законодательное* всемирное чувство справедливости. Наконец, требуется *аппликативное* всемирное чувство справедливости, чтобы противостоять бесправию и притеснению во всем мире в равной степени. В своей требовательной форме всемирное чувство справедливости даже превращается

в то праведное по отношению к другим нациям чувство, которого требовал Иоганн Готфрид фон Гердер (1744–1803) в «Письмах в поддержку гуманности» (119. Brief: *Werke*, Bd. VII, S. 723): чтобы каждая нация «чувствовала себя на месте любой другой» и так же «ненавидела» «нарушителя чужих прав» как «дерзкого обидчика чужих нравов и мнений, хвастливо навязывающего собственные предпочтения народам, которые их не жаждут».

6. Реалистическое предвиденье

Идея всемирной республики никоим образом не является, как опасаются некоторые, далеким от жизни идеалом, чистой утопией. Даже если не удастся достичь всего сразу, нельзя не заметить того, как много уже достигнуто. Уже давно голое противостояние государств сменилось плотной сетью договоров и организаций, устанавливающей правила глобального общежития и способы их осуществления — во многих сферах уже посредством многоуровневой системы санкций. Так происходит почти незаметная, но все более значительная утрата суверенитета. Она усиливается там, где учреждаются международные инспекции, международные арбитражные инстанции, а иногда даже трибуналы. И определенная глобальная государственность становится заметной, как только судебные решения становятся обязательными для исполнения. Тогда всемирная республика выступает не в качестве меч-

тательной утопии принципиального *нигде*, а утопией *пока нет*. Она является политическим идеалом, чья реализация не только необходима с точки зрения справедливости, но к которому мировое общество уже фактически движется. Она оказывается реалистическим предвидением, поддержанным мощными силами глобализации: (1) в результате *reg saldo* позитивного действия медицины, техники и рациональной экономики, (2) благодаря связанной с этим глобальной научной культуре, (3) благодаря естественному для человека любопытству, (4) поскольку в условиях права и демократии лучше развиваются экономика и наука, (5) поскольку честное ведение хозяйства требует преодоления преступности (отмывания денег, уклонения от налогов, массового пиратского копирования, неуважения патентов...) и нечестной налоговой конкуренции («налоговых оазисов») и (6) поскольку право, права человека и демократия, если они не подавляются насильственно, являются «политическими самородками» (*Selbstläufer*).

Если в случае первоначального создания демократических правовых государств говорят о республиканской революции, то создание всемирной республики может именоваться второй республиканской революцией. В отличие от первой она происходит не в виде напоминающего путч переворота, который ввиду вероломства и насилия несет с собой множество несправедливостей, но в форме, избегающей как

якобинского террора, так и насильственных действий, случившихся в ходе и в результате Октябрьской революции: путем реформ. Накопившиеся конфликты необходимо один за другим, то есть поэтапно и без спешки, переводить в осуществимые правовые формы. Возможно, что и республиканский порядок между государствами в форме республик, всемирная республика, длительное время будет представлять собой не что иное, как воплощение этих постепенно установленных международных правовых форм.

XIV. ОСОБЫЕ СТРАТЕГИИ

Принципы справедливости не носят характера главных посылок (Obersätze) для выведения логического следствия. Даже права человека являются принципами справедливости среднего уровня, которые лишь в незначительной степени требуют конкретного действия или отказа от него, а в большинстве своем являются директивами для способности суждения: принципами оценки и формообразования, по масштабу которых воспринимаются, оцениваются и в случае необходимости улучшаются существующие отношения. Дополнительно следует учитывать предметную законность, так чтобы согласовывались друг с другом три методически совершенно различных элемента: принципы справедливости типа прав человека с функциональными требованиями политики, общества и экономики и конкретной ситуацией. Согласование проходит на двух уровнях: *дискурсы* политической справедливости определяют более конкретные принципы справедливости, которые реализуются посредством *стратегий* политической справедливости.

У стратегии есть две стороны: сторона знания и сторона воли; одна касается определения, другая — конкретного признания. Соответственно есть две стратегии справедливости, которые не просто допол-

няют, но и переходят друг в друга: если *стратегии оценивания* определяют конкретный вид принципов справедливости, характерных для определенных сфер, то *стратегии позитивации* обеспечивают исторически конкретное признание. Обе стратегии по своей структуре являются методическими процессами коммуникации, при которых (научная) компетенция взаимодействует с политикой. При этом ситуативные факторы, которые также оказывают влияние, различаются в различных странах и в различные времена. Поскольку конкретные правовые данности также различны, потому стратегии политической справедливости не требуют идентичной формы отношений во всем мире. Скорее они усиливают права на различие.

Можно привести два примера того, как дискурсы политической справедливости обращаются с допустимостью особых стратегий политической справедливости.

1. Гражданское неповиновение

Право на сопротивление и его младший брат, гражданское неповиновение, являются чрезвычайно спорными в западной правовой мысли. В то время как «Антигона» Софокла выступает скорее за право на сопротивление, Сократ считает несправедливым даже сопротивление против несправедливого смертного приговора, если до этого человек в целом находился в согласии со своим сообществом. В христиан-

стве право на сопротивление возникает из конфликта между требованием подчиниться установленной Богом власти («Послание к Римлянам» 13, 1) и требованием повиноваться больше Богу, чем людям («Деяния апостолов» 5, 29). Согласно германскому ленному праву ленник мог отказать в верности и оказывать сопротивление сюзерену в случае очевидных правонарушений с его стороны. В средневековье это полномочие превращается в право на сопротивление как инструмент контроля над властью, который, однако, полагался лишь сословиям: дворянству, духовенству и патрициату. Локк первым признает право на сопротивление за частными лицами, в то время как Кант отвергает его по конституционно-теоретическим причинам.

В условиях демократического правового государства право на сопротивление если вообще может быть оправдано, то лишь в исключительных случаях и даже тогда лишь при строгих ограничениях. Чтобы не пробуждать ложный пафос сопротивления диктатуре или тирании, стараются говорить о (государственно-)гражданском неповиновении. Но и в этом случае возникают три возражения: (1) разрешенное правом, «легализированное сопротивление» является в правовом государстве противоречивым с теоретико-правовой точки зрения. В качестве «права против права», *ius contra legem*, оно является не составной частью правового порядка, а скорее «правом вне права», *ius extra legem*. (2) Монополия на насилие, которую осущест-

вляет современное государство, лишает гражданское неповиновение в конечном итоге всяких шансов, если только оно не получит подавляющей поддержки, которая затем изменит сам правовой порядок или даже свергнет его. (3) Ввиду осуществления законодательства самим народом, демократии с ее признанием прав человека и основных прав гражданское неповиновение становится политически избыточным.

При ближайшем рассмотрении из трех возражений следует не абсолютное вето, а скорее ряд критериев: первое возражение касается только права легализованного, позитивного и подпадающего под правосудие. Поэтому тот, кто участвует в гражданском неповиновении, скорее ссылается на до- и сверхпозитивные обязательности. Кроме того, он должен себе ясно представлять, что совершает нарушение действующего права и поэтому не должен возмущаться легальными правовыми последствиями. Он может разве что попытаться убедить правосудие или правомочного законодателя и надеяться на освобождение от наказания. Поскольку неповиновение имеет морально-правовую мотивацию, оно не должно — это ко второму возражению — опасаться подавляющей силы государства. Впрочем, последняя — это на третье возражение — имеет две головы. Вместо того чтобы служить правам человека и гражданина, даже право-государственные демократии не застрахованы от беззакония, из чего косвенно вытекает следующий критерий. Легитимное не-

повиновение должно быть направлено против вопиющей несправедливости и не должно при этом само совершать беззаконие.

В рамках демократических правовых государств можно дефинировать только легитимное неповиновение, например, посредством следующих элементов: (1) оно имеет морально-правовую мотивацию, (2) осуществляется публично, но (3) ненасильственно и (4) при помощи соразмерных средств. (5) Оно хотя и нарушает действующее право, но является для определенного меньшинства вынужденным средством, при помощи которого они призывают «твердолобое большинство» пересмотреть решения, (7) ставящие под сомнение фундаментальные принципы справедливости типа прав человека и гражданских прав. Поскольку вопрос о том, выполняется ли это последнее условие, является, как правило, спорным, и к тому же меньшинства могут злоупотреблять неповиновением как стратегическим средством достижения особых преимуществ, должны соблюдаться два следующих условия: (8) уже должны быть исчерпаны легальные формы протеста и оппозиции. (9) Для, как минимум, косвенного доказательства морально-политической искренности нужно быть готовым пойти на жертвы. Из того обстоятельства, что успешное неповиновение убеждает законодателя в необходимости реформ, следует последний аспект: (10) в какой мере сообщество реформируется, в той же мере утрачивается право гражданского неповиновения.

2. Гуманитарная интервенция

Как индивид, так и сообщество имеет право на самооборону. Спорным становится уже вопрос о том, можно ли прибегать к оружию также в тех случаях, когда защищают не себя и свои права, а других людей и их права: является ли легитимной так называемая гуманитарная интервенция?

Положительный ответ ссылается на аналогию: несправедливость совершает не тот, кто помогает обороняться кому-либо, а скорее тот, кто отказывается в помощи в беде. Не оказанная помощь в беде не является выражением превосходящей морали. Люди могут не оказать помощь или потому, что слишком слабы, или по иным причинам; или же они «уваливают» от оказания помощи по причине инертности, оппортунизма или страха. Кто, наоборот, принимает оборону на себя, тот характеризуется со-страданием и готовностью воспринимать его всерьез. Впрочем, условия явно строгие. Максимально законным должен быть повод, далее исполнитель интервенции и не в последнюю очередь способ ее осуществления. И все три условия должны выполняться в равной степени; даже еще более легитимный повод не разрешает никакого менее легитимного осуществления.

Повод может быть бесспорным лишь в случае массового и притом несомненного беззакония. При оказании помощи при обороне возможно вмешательство только там, где права нарушаются не только очевид-

ным, но и скандальным образом, как это, например, происходит в случае повторных серьезнейших нарушений прав человека, особенно в случае таких межкультурно осуждаемых преступлений, как изнасилования женщин, изгнания гражданского населения и казней невооруженных лиц.

Легитимный ответ на очевидное беззаконие столь же очевиден: с одной стороны, восстановить права жертвы беззакония, например, вернуть изгнанное население на свою родину и обеспечить ему там мирное существование. С другой стороны, необходимо наказать виновных в преступлениях, прежде всего самих преступников, а также воздать по заслугам сообщникам. Тем не менее, кажется, что одно из главных свойств современного государства, суверенитет, противоречит этому, так как якобы не допускает никакого вмешательства извне. Но даже Жан Боден, к которому восходит это понятие, подчиняет суверена морально-правовым обязательствам, так что легитимация государственного насилия здесь также всегда привязана к его ограничению. Суверенитет не давал никогда права на абсолютное, неограниченное господство, в некотором смысле права на диктатуру, тиранию и тем более на тоталитарное государство.

Последующие изменения международного права, конкретно *Хартия ООН* и оба пакта по правам человека 1966 года подтверждают такое положение дел и преграждают излюбленный «запасной выход», а соответствующие этико-правовые обязанности мог-

ли быть убедительными в лучшем случае при европейских предпосылках.

Посредством признания подобных договоров, следовательно, путем самообязательства, права человека получили всеобщее подтверждение и тем самым отменяют аргумент, будто нарушения прав человека являются чисто внутренним делом.

Очевидно, что две первые группы условий являются очень требовательными и, тем не менее, недостаточными для легитимации. Именно потому, что любое частное правосудие представляет собой беззаконие, жертва правонарушения должна обращаться к уполномоченным на то публичным властям. Однако они отсутствуют на меж- и надгосударственном уровне. И предварительный уровень, ООН, с момента своего основания страдает тем серьезным природным недостатком, даже этико-правовым противоречием, что ее конституция, *Хартия*, с одной стороны, утверждает универсальные права человека, а с другой стороны, цементирует в Совете Безопасности частные привилегии, коллективную гегемонию пяти великих держав.

Поэтому гуманитарная интервенция, не поддерживаемая глобальным сообществом, является не наилучшим путем, но лишь вынужденным решением в условиях отсутствия лучших возможностей. Однако она может — при данных обстоятельствах это будет третьим условием — быть допустимой, по аналогии с самообороной внутри государства, разрешенной тог-

да, когда в рамках обороны оказывается помощь тому, кто вправе защищаться. Впрочем, при оказании помощи при обороне существует угроза пристрастности, например, в зависимости от внутренней политики государства, спешащего на помощь, далее от переплетения экономических интересов, и не в последнюю очередь — от чувств этической, религиозной или политической принадлежности. Таким образом, самые тяжкие нарушения прав человека, происходящие по всему миру, показывают, что человечество уже многие годы не справляется со своим наиважнейшим «домашним заданием»: созданием мирового правового порядка с публичными властями, беспристрастно и действенно обеспечивающими право там, где оно систематически и в массовом порядке нарушается первичными правовыми инстанциями, публичными властями отдельных государств.

Легитимная гуманитарная интервенция также должна выполнять четвертую группу условий: «добрый самаритянин» не должен нарушать минимальное условие справедливости и сам творить бесправие именем восстановления права, например, устраивать охоту на гражданских лиц или разрушать целые города. Предпринимаемые меры не должны приносить вреда больше, чем предотвращают. Вместо этого они должны осуществляться с умом и осторожностью, помимо этого вовремя, и не в последнюю очередь как *ultima ratio*, т.е. лишь после серии мероприятий, предвосхищающих военные.

XV. БОЛЬШЕ ЧЕМ СПРАВЕДЛИВОСТЬ: ЧУВСТВО ОБЩНОСТИ И ДРУЖБА

Политическая справедливость очень важна и все же не достаточна для хорошего общежития. Ведь она ограничивается тем, что люди должны друг другу. Личная мораль, и не только она, требует большего, например, щедрости, благожелательности и великодушия. Политической справедливости недостаточно и для «благой» жизни: для приятной, счастливой и гуманной жизни сообщества.

К живой демократии относится гражданское общество, также именуемое цивилизованным, которое участвует не только в политической, но и в социальной сфере: от заботы за пожилыми, больными и умирающими через поддержку ищущих убежища, стипендиатов и иностранных студентов и до многостороннего самоуправления в науке, исследовательских и культурных учреждениях. Не в последнюю очередь сюда же относится участие в добровольных пожарных дружинах, благотворительных организациях или социально ангажированных гражданских клубах. С передачей общественно полезных задач под собственную ответственность достигается две цели: во-первых, гражданское общество противостоит усиливающемуся «огосударствлению общества». Подлинное гражданское общество защищается против

растущей ответственности государства и ее теневых сторон: усиливающейся регламентации, бюрократизации, специализации и фрагментации сообщества. Кроме того, оно ограничивает финансовую нагрузку на государство. Во-вторых, соответствующая помощь оказывается не по принуждению, как в случае уплаты налогов и военной или альтернативной гражданской службы, а добровольно. Речь идет уже не о предписанном, а о добровольном чувстве общности, следовательно, о символе того, что в греческом выражается как щедрость; *eleutheriotês* — это поведение, характеризующее свободного человека: Кто является свободным в эмпатическом смысле, тот не держится за свои материальные блага, а также не позволяет «поглотить» себя своему рабочему и свободному времени, а скорее старается в отношении их сохранять свой суверенитет, и делится тем и другим там, где считает нужным: он жертвует деньги и время. Свободное чувство общности осуществляется не бюрократически, а лично. Оно создает неинституциональные отношения и поддерживает ту дружбу, которая согласно одному из величайших теоретиков, Аристотелю, для общества даже важнее, чем справедливость. Аристотель по праву приходит не просто к романтической дружбе душ, но и к многообразию других личных отношений: товариществу и гостеприимству, отношениям брака, семьи и соседства, к объединениям, даже привязанностям, и не в последнюю очередь к отношениям взаимопомощи. Всем этим дружеским связям

удается то, что не под силу институтам самим по себе: интеграция людей друг с другом, характеризующаяся заботой о солидарности и единстве, а не раздором и насилием. В то же время они способствуют общему благу, чаще всего без пафоса, но очень эффективно.

Наряду с социальным чувством общности существует другая, культурная форма. Она затрагивает та-



Рис. 6. Амброджио Лоренцетти, «Аллегория Согласия», фрагмент из: «Доброе правление», 1338/1340, Сиена, Палаццо Пубблико

кие коллективные, но не обязательно эксклюзивно коллективные элементы, как язык, литература, музыка, искусство и архитектура. Кто принимает на себя ответственность за будущие поколения, тот осторожно обходится с заголовками «культурная нация» или «народ поэтов и мыслителей». Однако само дело он воспринимает всерьез, активно участвует в делах своего общества и способствует тому, чтобы оставить будущим поколениям как минимум столь же богатый капитал языка и культуры, что наследовал сам. А третье, экологическое чувство общности, требуется, прежде всего, в нынешних цивилизационных формах. Подобно тому как родители стремятся оставить своим детям большее наследство, чем они получили сами, так же столь соизмеримая с природными силами общественная форма, как научно-техническая цивилизация должна считать для себя долгом чести оставить в наследство своим детям и детям своих детей улучшенный экологический баланс.

ЛИТЕРАТУРА

(Встречающиеся в тексте краткие названия цитируемых или упомянутых произведений выделены курсивом.)

Aischylos: Die *Orestie*, übers. v. E. Staiger, Stuttgart 1958; griech. Tragoediae, hrsg. v. G. Murray, Oxford 1960, S. 207–367

Aristoteles: Die *Nikomachische Ethik*, übers. v. O. Gigon, München 1975 (1955); griech. Ethica Nicomachea, hrsg. v. 1. Bywater, Oxford 1979

-: *Politik*, nach der Übers. von F. Susemihl, neu hrsg. v. W. Kullmann, Reinbek 1994; griech. Politica, hrsg. v. W. D. Ross, Oxford 1957

-: *Rhetorik*, übers. u. erl. v. Fr. Sieveke, München 1995; griech. Ars rhetorica, hrsg. v. R. Kassel, Berlin 1976

Assmann, J.: *Ma'at*. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten, München 1995

Augustinus: *Vom Gottesstaat*, 2 Bde., Zürich/München 1955; lat. De civitate dei, Turnhout 1955

Brunner E.: *Gerechtigkeit*. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich 1943

Cicero, M. T.: *De legibus* / Über die Gesetze. Paradoxa Stoicorum / Stoische Paradoxien, lat./dt., hrsg., übers. u. erl. v. R. Nickel, München/Zürich 1994

-: *De officiis* / Vom rechten Handeln, lat./dt., eingel. u.

- neu übers. v. K. Büchner, München/Zürich 1964
- Dürrenmatt, Fr.: *Monstervortrag* über Gerechtigkeit und Recht. Nebst einem helvetischen Zwischenspiel (eine kleine Dramaturgie der Politik), Zürich 1969
- Forsthoff, E.: Die *Verwaltung* als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938
- Goethe, J. W. v.: *Werke*. Hamburger Ausgabe in 14 Bänden, hrsg. v. E. Trunz, München 1989 (Hamburg 1953)
- Habermas, J.: *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/M. 1992
- Hamilton, A./Jay, J./Madison, J.: *The Federalist Papers* (1788), hrsg. v. I. Kramnick, London/New York 1987; dt. *Die Federalist Papers*, Darmstadt 1993
- Hayek, Fr. A. v.: *Law, legislation and liberty*, Bd. II: *The Mirage of Social Justice*, London 1976; dt. *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. II: *Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*, München 1981
- Herder, J. G. v.: *Werke*, hrsg. v. M. Bollacher, Bd. VII: *Briefe zur Beförderung der Humanität*, Frankfurt/M. 1991
- Hesiod: *Erga*. Von Arbeit, Wettstreit und Recht, übers. u. erl. y. W. Marg, Zürich 1968; griech. *Theogonia*, *Opera et dies*, *Scutum*, hrsg. v. Fr. Solmsen, Oxford 1984 122
- Hobbes, Th.: *Leviathan* oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsg. u. eingel. v. I. Fetscher, übers. v. W. Euchner, Frank-

- furt/M. 1998; engl. *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, hrsg. v. C. B. Macpherson, Harmondsworth u. a. 1968
- Höffe, O.: *Politische Gerechtigkeit*. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt/M. 2002 (1987)
- : *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München 2002
- Hoffmann, R.: *Verfahrensgerechtigkeit*. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit. Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, hrsg. v. A. Hollerbach u. a., Paderborn 1992
- Horn, C./N. Scarano (Hrsg.): *Philosophie der Gerechtigkeit*. Texte von der Antike bis zur Gegenwart, Frankfurt/M. 2002
- Hume, D.: *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, hrsg. v. L.A. Selby-Bigge, Oxford 1975 (1894); dt. *Eine Untersuchung über die Prinzipien der Moral*, übers. v. G. Streminger, Stuttgart 1984
- Kant, I.: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. d. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1902 ff. (Akademie-Ausgabe): *Die Metaphysik der Sitten*. Erster Teil: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Bd. VI, S. 203–372; *Zum ewigen Frieden*. Ein philosophischer Entwurf, Bd. VIII, S. 341–386; *Vorlesung über Pädagogik*, Bd. IX

- Leo XIII.: *Immortale Dei*, in: Texte zur katholischen Soziallehre, Kevelaer 1982
- Locke, J.: *Second Treatise on Government*, hrsg. u. eingel. v. C. B. Macpherson; dt. Über die Regierung, übers. v. D. Tidow, hrsg. v. P. C. Mayer-Tasch, Stuttgart 1974
- Luhmann, N.: *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin 1969
- : *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt/M. 1981
- : *Paradigm Lost*. Die ethische Reflexion der Moral, Stuttgart 1988
- Marx, K.: *Zur Judenfrage*, in: Werke (MEW), Berlin 1966ff., Bd. I, S. 347–377
- /Engels, Fr.: *Die deutsche Ideologie*. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner, und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten, in: Werke (MEW), Berlin 1966 ff., Bd. III
- Mauss, M.: *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques (1923/24)*, wiederabgedruckt in: *Sociologie et Anthropologie*, Paris 1993; dt. *Die Gabe*. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften, Frankfurt/M. 1968
- Mill, J. St.: *On Liberty and Considerations on Representative Government*, Oxford 1948; dt. *Über die Freiheit*, übers. v. B. Lemke, Stuttgart 1974 123

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕН

- Августин 48, 50
Адриан VI 78
Аристотель 6, 29–32, 43, 62,
83–84, 89, 125,
137–138, 144, 179
Беккариа, Ч. 118
Блох, Э. 58
Боден, Ж. 175
Бруннер, Э. 125
Гамильтон, А. 86
Гегель, Г. В. Ф. 57, 117
Гердер, И. Г. 166
Гесиод 23–24
Гёте, И. В. 11, 30
Гоббс, Т. 48, 91
Гомер 22–23
Гроций, Г. 57
Данте Алигьери 30
Дюрренматт, Ф. 45
Кант, И. 41, 57, 62–64,
72–74, 78, 84, 91,
94–95, 117, 170
Карнеад 10
Кельзен, Х. 49
Лев XIII 107
Локк, Дж. 57, 91, 99, 171
Луман, Н. 50–52
Маркс, К. 54, 108
Милль, Дж. 43, 53–54
Монтескье, Ш. де 88, 118
Мосс, М. 126
Мухаммед 45
Мэн-цзы (Учитель Мэн)
105
Ницше, Ф. 14, 123
Нозик, Р. 99
Паскаль, Б. 11
Пий IX 125
Платон 5, 25–29, 35, 43–44,
89, 144
Пуфендорф, С. 57
Радбрух, Г. 50
Роулз, Дж. 6, 97, 99, 101
Руссо, Ж.-Ж. 57, 91
Симонид 75
Сократ 45, 170
Софокл 56, 170
Томазий, Х. 57
Ульпиан, Д. 71
Фома Аквинский 29

Форстхофф, Э. 131
Хабермас, Ю. 67
Хайек, Ф. фон 125
Хаммурапи 15, 19, 77
Харт, Х. Л. А. 49
Хёффе, О. 47, 100
Цицерон 75, 84
Шекспир, У. 30
Энгельс, Ф. 54
Эсхил 23–24, 77, 120
Юм, Д. 35
Юстиниан 71

ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ

- Альтруизм 54, 102
- Антропология 56, 90, 100, 108
- Власть (насилие) 22, 36, 42–44, 48, 51, 58, 80, 86, 87, 93, 95, 100–102, 104–105, 122–123, 146, 149, 151, 159–160, 171, 176
- Возмездие (месть, расплата) 17–18, 23, 54, 117–122
- Государственная власть (государственное насилие) 48–49, 58, 101, 171, 175
- Государственная задолженность 83, 133, 159
- Государственный интерес 150–151
- Государство 6, 8, 17, 36–38, 41–43, 48, 58, 61, 65, 66–67, 75, 85–91, 92–99, 101–102, 109, 125, 128, 131, 143, 145–149, 151–161, 164–168, 171, 173–179
- Государство-ночной сторож 99, 125
- Гражданин государства 28, 31–32, 42–43, 56, 75, 96, 118, 127, 140–143, 146, 151–152, 156, 159, 163–165
- Гражданское общество 96, 146, 178
- Долг добродетельности 39–40, 172
- Душа 26–27, 75, 162, 179
- Животные 35, 37, 137–139
- Защита окружающей среды (экология) 51, 115, 132, 147, 161
- Игр теория 97
- Императивов теория 48, 71
- Индивид 28, 35, 61, 75–76, 87, 96, 101, 110, 113, 140, 145, 174
- Коммунитаризм 149
- Либерализм 35–36, 42
- Медиа 43

- Метафизика 26
 Мир 15, 18–23, 44, 61, 64,
 78, 97, 126, 128, 150
 Мировое (всемирное) госу-
 дарство 144–177
 Мораль 5, 14–15, 17–18,
 24–25, 29, 37–41, 48,
 52–53, 104, 123, 129,
 178
 Несправедливость (беспра-
 вие, беззаконие) 14,
 25, 38, 43–44, 73–75,
 64, 88, 91–92, 114, 116,
 130–131, 134, 158,
 160–161, 163, 167, 170
 Обеспечение правосудия 88
 Обмен (см. *справедливость*
обмена)
 Общее благо 25, 31–32, 38,
 53, 54–55, 97, 130
 Общественный договор 6,
 59, 89, 91–96, 107
 Ограниченность [ресурсов]
 (Дефицит, Недоста-
 ток) 35–36
 Оправдание 47, 54, 64, 66,
 77, 89, 106, 122
 Основные права (базовые
 права) 103, 153
 Ошибка подмены сущего
 должным 60
 Порядочность (добропоря-
 дочность, законопос-
 лужность) 17, 29, 41,
 43, 83–85
 Права человека 7, 13, 53, 59,
 102–114, 121, 145, 153,
 156, 169, 172–173,
 175–177
 Правление философов 28, 88
 Право:
 – божественное 16–22,
 45–46
 – естественное 6, 32–33,
 56–65
 – позитивное 32–33, 42, 50,
 57, 59
 Правовая мораль 39
 Правовая обязанность
 (правовой долг)
 (см. *правовая мораль*)
 Правовое государство 42,
 66, 87, 98, 167, 171, 173
 Правовой позитивизм
 47–49, 95
 Правовые принципы 57, 60,
 63, 65, 69, 71–76, 92,
 94–96

- Правонарушение (нарушения права) 13–14, 18, 73, 117–123, 170
- Правопорядок (правовой порядок) 43, 49, 70, 83, 122
- Правосудие (осуществление) 88, 95, 143, 153, 163, 172, 176
- Превентивные меры 117–120, 133, 163
- Преступность 39, 48, 104, 123–124, 167
- Принуждение 49, 60, 92, 106, 122, 178
- Природа 32, 34, 36, 56, 59, 61–65, 93, 99, 132, 161
- Притязание (Требование, Претензия) 36, 53–55, 89, 99, 103–104
- Притязаний теория 103
- Равенство 11, 13, 25, 31, 36, 53, 85, 97–99, 131, 141
- Разделение властей 36, 42, 51, 85
- Религия 16, 20, 26, 29, 58, 106, 109, 111, 151, 177
- Ресоциализация 117
- Решений теория 97
- Римское право 71, 135, 138
- Секуляризация 19, 21, 26, 29
- Систем теория 47, 50–52
- Солидарное сообщество 112, 129, 131, 135–136
- Социальное государство 22, 51, 88, 99, 131, 156–158
- Справедливость:
 - анамнетическая 162–163
 - божественная 17, 45
 - глобальная 144–153, 157, 161
 - дистрибутивная (см. *распределения*)
 - исправительная (см. *компенсирующая*)
 - институциональная 31, 41, 43
 - коммутативная (см. *обмена*)
 - компенсирующая 30, 99–100, 129, 158–160
 - личная (см. *порядочность, добропорядочность*)
 - межпоколенческая 113
 - наказания 68, 77, 115–122

- обмена 33, 99–102, 109, 115–122
- общая (всеобщая) 27, 29–32, 41
- экономическая 154
- особая (частная, специальная) 29–32
- политическая 16, 20, 31, 33, 41–42, 65–66, 89, 140, 144, 150, 169–170
- понятие 16, 29, 34–36
- процессуальная (процедурная) 24, 67–70, 78–79
- распределения 28, 30–32, 38, 40, 51, 92, 99–101, 126–128, 131
- социальная 37–41, 125–139
- упорядочивающая 30–31
- Справедливости, принципы 71–76, 77–82, 97–99, 144–148
- Субсидиарность 67–68, 96–97, 102–103, 109, 127, 148–152
- Судья 24–25, 31, 42–43, 70, 80–84, 85–88
- Толерантность 141–142
- Условие применимости 34, 36–37
- Утилитаризм 38, 47, 53–55
- Философия 22, 25, 28, 34, 42, 48, 57–58, 63, 144, 149
- Характер 37, 55, 60, 72, 80, 96, 99, 101, 117, 120, 128, 169
- Частное правосудие 78, 80, 95, 121
- Человеколюбие (филантропия) 135–136, 157
- Честность 97–98
- Честь 50, 72
- Эгоизм 102

Хёффе Отфрид
СПРАВЕДЛИВОСТЬ:
ФИЛОСОФСКОЕ ВВЕДЕНИЕ

Перевод с нем. *О. В. Кильдюшова*

Редактор *Т.А. Дмитриев*

Оформление обложки *А. Кулагина*

Макет и верстка *А.З. Бернштейн*

Корректор *Е.В. Феоктистова*

Издательская группа «Праксис»

ИД № 02495 от 03.10.2000

Подписано в печать 14.06.2007. Формат 70 × 100/32

Бумага офсетная. Печать офсетная

Тираж 2000 экз. Заказ 1619

ООО «Издательская и консалтинговая группа „ПРАКСИС“»

127486, Москва, Коровинское шоссе, д. 9, корп. 2

<http://www.praxis.su>

<http://www.politizdat.ru>

e-mail: praxis@hotmail.ru

Отпечатано с готовых диапозитивов

в ОАО «Типография „Новости“»

105005, Москва, ул. Фр. Энгельса, д. 46

ISBN 978-5-901574-64-5



9 785901 574645

Изначально справедливость означала лишь соответствие действующему праву. До сих пор ведомство, занимающееся вопросами права, судебная система, называется юстицией. Однако уже давно понятие справедливости приобрело более широкое моральное значение, не теряя при этом тесной связи с правом. В первом приближении оно означает как содержание права с объективной точки зрения, так и добропорядочность какого-либо лица с субъективной. В качестве объективной справедливости оно является основным понятием человеческих потребностей: предметом человеческих стремлений и человеческих требований одновременно. Ни одна культура и ни одна эпоха не желают отказываться от справедливости. С древних времен одной из главных целей человечества было то, чтобы в мире воцарилась справедливость.

Отфрид Хеффе