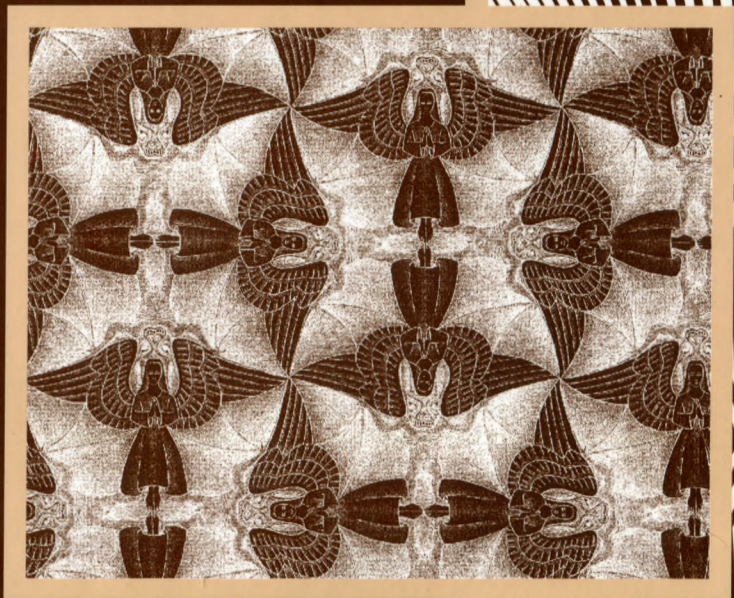


ΛΟΗ ΦΥΛΛΕΡ

ΜΟΡΑΛΗ
ΠΡΑΒΑ



издательско-образовательный
проект

Навигатор



ИРИСЭН

LON L. FULLER

THE MORALITY
OF LAW

YALE UNIVERSITY PRESS
NEW HAVEN AND LONDON

ЛОН Л. ФУЛЛЕР

МОРАЛЬ ПРАВА

Перевод с английского

Издание переработанное и дополненное



Москва
2007

УДК 340:17
ББК 67.0
Ф94

Редакционный совет: В. Завадников, П. Горелов,
Дж. Дорн, М. ван Кревельд, Д. Лал, Б. Линдси,
Я. Оравец, Я. Романчук, Т. Палмер, Р. Веддер

Редколлегия: Ю. Кузнецов, А. Якимчук, Е. Болотова,
И. Комарова, А. Нагайцев, К. Николаева

Перевод Т. Даниловой
Редактор серии Ю. Кузнецов
Научный редактор А. Куряев

Фуллер Лон А.

Ф94 Мораль права / Лон А. Фуллер; пер. с англ. Т. Даниловой под ред.
А. Куряева. — М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с. (Серия «Право»)
ISBN 978-5-91066-011-8

Известный американский правовед Лон Фуллер (1902—1978) является одним из крупнейших современных представителей естественноправового направления в теории права. Данная книга, ставшая классикой, представляет собой систематическое изложение концепции права, основанной на специфических моральных требованиях к праву как таковому. Автор показывает, что к числу этих требований относятся такие, как непротиворечивость, общий характер норм, ясные и понятные нормы, общеизвестность, отсутствие норм, имеющих обратную силу, отсутствие неисполнимых требований, стабильность, соответствие административных и судебных действий законам. Эти требования соответствуют самой природе права и являются внешними по отношению к правоустанавливающим институтам. Данная концепция представляет собой разработанную альтернативу доминирующей в наше время позитивистской концепции права.

Книга представляет интерес для правоведов, законодателей и разработчиков нормативно-правовых актов, а также для студентов и преподавателей юридических специальностей.

УДК 340:17
ББК 67.0

Все права защищены. Никакая часть этой книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами без письменного разрешения владельца авторских прав.

ISBN 0-300-01071-2 (англ.)

© 1964 by Yale University

ISBN 978-5-91066-011-8 (рус.)

© АНО «Институт распространения информации по социальным и экономическим наукам», 2007

ОГЛАВЛЕНИЕ

От издателя	7
Предисловие ко второму изданию	9
Предисловие к первому изданию	11
ГЛАВА I	
ДВА ТИПА МОРАЛИ	13
<i>Мораль стремления и мораль долга</i>	<i>14</i>
<i>Шкала морали</i>	<i>20</i>
<i>Лексикон морали и два типа морали</i>	<i>24</i>
<i>Предельная полезность и мораль стремления</i>	<i>26</i>
<i>Взаимность и мораль долга</i>	<i>30</i>
<i>Место разделительного указателя на моральной шкале</i>	<i>39</i>
<i>Награды и наказания</i>	<i>42</i>
ГЛАВА II	
МОРАЛЬ, ДЕЛАЮЩАЯ ВОЗМОЖНЫМ ПРАВО	47
<i>Восемь способов потерпеть неудачу, составляя закон</i>	<i>47</i>
<i>Последствия неудачи</i>	<i>53</i>
<i>Стремление к правовому совершенству</i>	<i>56</i>
<i>Законность и экономический расчет</i>	<i>59</i>
<i>Всеобщность закона</i>	<i>61</i>
<i>Обнародование</i>	<i>65</i>
<i>Законы, имеющие обратную силу</i>	<i>67</i>
<i>Ясность законов</i>	<i>80</i>
<i>Противоречия в законах</i>	<i>83</i>
<i>Законы, требующие невозможного</i>	<i>88</i>
<i>Постоянство закона во времени</i>	<i>99</i>
<i>Согласованность официальных действий с провозглашенным законом</i>	<i>101</i>
<i>Законность как практическое искусство</i>	<i>112</i>
ГЛАВА III	
ПОНЯТИЕ ПРАВА	117
<i>Правовая мораль и естественное право</i>	<i>117</i>
<i>Правовая мораль и концепция позитивного права</i>	<i>129</i>
<i>Концепция науки</i>	<i>143</i>
<i>Возражения на представленное здесь понимание права</i>	<i>147</i>
<i>Книга Г. А. А. Харта «Понятие права»</i>	<i>160</i>
<i>Право как целенаправленное предприятие и право как наблюдаемый факт общественной власти</i>	<i>174</i>

ГЛАВА IV	
МАТЕРИАЛЬНЫЕ ЦЕЛИ ПРАВА	183
<i>Нейтральность внутренней морали права</i>	
<i>по отношению к материальным целям</i>	183
<i>Законность как условие результативности</i>	186
<i>Законность и справедливость</i>	188
<i>Правовая мораль и законы, направленные</i>	
<i>против предполагаемых пороков,</i>	
<i>не поддающихся определению.</i>	191
<i>Взгляд на человека, подразумеваемый правовой моралью</i>	194
<i>Проблема пределов эффективного правового действия</i>	200
<i>Правовая мораль и размещение экономических ресурсов</i>	203
<i>Правовая мораль и проблема</i>	
<i>институционального проектирования</i>	211
<i>Институциональное проектирование</i>	
<i>как проблема минимизации издержек</i>	212
<i>Проблема определения морального сообщества</i>	216
<i>Минимальное содержание материального</i>	
<i>естественного права</i>	218
ГЛАВА V	
ОТВЕТ КРИТИКАМ.	223
<i>Структура аналитического правового позитивизма</i>	227
<i>Является ли некоторый минимум уважения</i>	
<i>к принципам законности необходимым</i>	
<i>для существования правовой системы?</i>	234
<i>Действительно ли принципы законности</i>	
<i>составляют «внутреннюю мораль права»?</i>	237
<i>Некоторые выводы из полемики</i>	264
РЕЦЕНЗИИ И ОТЗЫВЫ НА КНИГУ «МОРАЛЬ ПРАВА»	287
ПРИЛОЖЕНИЕ. ПРОБЛЕМА ДОНОСЧИКА	289
ПРЕДМЕТНО - ИМЕННОЙ УКАЗАТЕЛЬ	299

ОТ ИЗДАТЕЛЯ

Книгой «Мораль права», принадлежащей перу выдающегося американского юриста и философа права Лона Л. Фуллера (1902—1978), мы открываем новую серию «Право» в рамках издательско-образовательного проекта «Навигатор». Несмотря на свой небольшой объем (а в первом издании отсутствовала глава 5 «Ответ критикам») эта книга, несомненно, является одним из фундаментальных трудов по философии и теории права, написанных в XX в.

Л. Фуллер многие годы проработал в Гарвардской школе права и приобрел известность благодаря своим работам в сфере договорного права, правовой теории и философии, а также в качестве преподавателя. Но именно его теоретические работы принесли ему мировую известность. В частности, книга «Мораль права», которую вы держите в руках, и полемика с другим выдающимся американским правоведом Г. Л. А. Хартом сыграли большую роль в развитии характерной для Нового времени дискуссии между правовым позитивизмом и теорией естественного права.

В России имя Л. Фуллера нередко упоминается в учебных курсах по теории государства и права и истории политических и правовых учений*. Тем не менее для русскоязычного читателя знакомство с оригинальными работами ученого зачастую оказывается практически невозможным. Этот пробел и призвано заполнить настоящее издание.

Но работа «Мораль права» не стала бы классической, если бы представляла лишь исторический интерес. Как и всякий подлинно фундаментальный труд она не теряет актуальности со временем. Все изложенное в ней имеет прямое отношение к правовым проблемам, с которыми сталкиваются постсоциалистические страны. По понятным причинам (первое издание книги вышло в 1964 г., второе — в 1969 г.) автор не затрагивает проблемы перехода от социалистической правовой системы к современной раз-

* Один из учебников содержит даже развернутый реферат книги «Мораль права»: Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. СПб.: Изд-во юрид. ф-та С.-Петербургского гос. университета, 2007. С. 479—498.

витой правовой системе «западного» типа и лишь походя упоминает аналогичные проблемы, возникающие в ходе создания правовых систем в развивающихся странах. Однако все проблемы, связанные с достижением целей «внутренней морали права», которые Л. Фуллер описывает в своей книге, могут быть проиллюстрированы множеством примеров из повседневной практики законотворчества, правоприменения, государственного управления и политической деятельности в современной России и других странах, ранее входивших в состав СССР. В книге «Мораль права» специалисты и политические деятели, работающие над судебной и административной реформой, несомненно, найдут для себя много полезного и важного с практической точки зрения.

В современной литературе нет единого устоявшегося мнения по поводу того, к какой школе или направлению теоретической мысли следует относить концепцию Л. Фуллера. Хотя зачастую ее считают лежащей в русле естественно правовой традиции, в литературе существует также мнение, что идеи Л. Фуллера принадлежат «интегративной юриспруденции». Как бы то ни было, критика автором позитивистских подходов остается по-прежнему актуальной и содержит идеи, важные для всех практиков законодательной работы, даже тех, кто по своим теоретическим воззрениям остается в целом верными правовому позитивизму. Практика законотворческой деятельности в России показывает, что упрощенное и некритическое восприятие позитивистских концепций нередко приводит к появлению неприменимых на практике, противоречивых и в целом неработающих законов и иных нормативных актов.

Учитывая все перечисленное, Редакционный совет проекта «Навигатор» принял решение о публикации книги Л. Фуллера «Мораль права» на русском языке. Мы надеемся, что это издание сослужит хорошую службу как преподавателям и студентам, так и практикующим юристам, законодателям и политикам.

*Валентин Завадников,
Председатель редакционного совета
проекта «Навигатор»
Февраль 2007 г.*

ПРЕДИСЛОВИЕ КО ВТОРОМУ ИЗДАНИЮ

В предлагаемом читателю новом издании «Морали права» первые четыре главы, за исключением одного или двух небольших исправлений, сохранены в том виде, в каком они увидели свет в первом издании. Единственное существенное изменение заключается в дополнении книги пятой (последней) главой, получившей название «Ответ критикам».

Однако то, что первые четыре главы остались практически неизменными, вовсе не означает, что автор книги полностью удовлетворен формой и содержанием представленного в них материала. Это значит всего лишь то, что в переосмыслении проблем, рассмотренных в рамках данных глав, я еще не зашел настолько далеко, чтобы предпринять попытку сколько-нибудь существенной ревизии тех взглядов, которые были впервые высказаны мною в ходе лекций в 1963 г. Это также означает, что в целом я и сегодня придерживаюсь позиции, заявленной в тех лекциях.

Я надеюсь, что новая, пятая глава книги не будет воспринята лишь как упражнение в полемике. В философии права англоязычного мира многие десятилетия доминирует традиция, связанная с именами Остина, Грея, Холмса и Кельзена. Тот факт, что разработанные этими учеными общие представления о праве заняли центральное место, не означает, что они приняты целиком и полностью: вытекающие из них выводы часто вызывают дискомфорт даже у адептов этих взглядов. Полагаю, что в новой заключительной главе этой книги мне удалось точнее, чем когда-либо прежде, изложить свои разногласия с аналитическим правовым позитивизмом. И в этом огромная заслуга моих критиков, прежде всего Г. Л. А. Харта, Рональда Дворкина и Маршалла Коэна. Их критика не всегда была мягкой по форме, однако именно это позволило не притупить прямооту и резкость аргументации уклончивыми фразами, что столь часто встречается в полемике. Обнажив базовые предпосылки своих рассуждений, они помогли мне проделать то же самое с предпосылками, на которых базируется мой анализ.

Поскольку ученые, основные интересы которых лежат в области социологии и антропологии права, нашли полезным для себя первое издание этой книги, то читателям, которые впервые возьмут в руки эту книгу, руководствуясь схожими интересами, будет бесполезен один авторский совет. Он состоит в том, чтобы начать знакомство с книгой с главы II, а затем, временно пропустив промежуточные главы, перейти сразу к главе V. Такой способ знакомства с книгой служит двойной цели: позволяя облегчить поиск информации, полезной для их особых читательских интересов, он в то же время дает некоторое представление об основных разногласиях, которые разделяют правоведов при решении задачи по определению предмета своего исследования.

В заключение я хочу выразить признательность моему секретарю Марте Энн Эллис, а также Рут Кауфман из издательства Йельского университета за вклад, который они внесли в создание этой книги (и поддержание моего душевного спокойствия). Их усердие и внимание в огромной степени помогли мне справиться с той нервной и отнимающей много времени работой по выверке всех мелочей, которая всегда сопровождает процесс превращения рукописи в готовый печатный текст.

1 мая 1969 г.

Л. Л. Ф.

ПРЕДИСЛОВИЕ К ПЕРВОМУ ИЗДАНИЮ

В основу этой книги положен курс лекций, прочитанных в апреле 1963 г. в Йельской школе права в рамках цикла лекций им. Уильяма Сторрса. Хотя объем книги в несколько раз превосходит объем исходного текста, я сохранил форму лекций, поскольку она идеально соответствует предмету и позволяет сохранить неформальный и зачастую полемический стиль, который я предпочитаю. В результате возникло определенное несоответствие между формой и содержанием: даже хорошо воспитанная и терпеливая аудитория Йельского университета вряд ли сумела бы высидеть вторую «лекцию» в нынешнем виде.

В качестве приложения добавлен текст, который был написан мной задолго до этих лекций. Приложение называется «Проблема доносчика». Прежде чем перейти к чтению второй главы книги, имеет смысл ознакомиться с приложением и поразмыслить над этой проблемой. Изначально «проблема доносчика» использовалась в моем курсе лекций по правоведению в качестве основы для дискуссий. Кроме того, на протяжении последних нескольких лет этот материал использовался в качестве вводного примера в рамках учебного курса по проблемам правоведения, который читается всем студентам первого курса Гарвардской школы права.

Выражение благодарности за помощь в создании этой книги я должен начать со своей признательности Йельской школе права не только за то, что ее любезное приглашение стало для меня благотворным стимулом, но и за предоставленное мне дополнительное время с тем, чтобы я мог добиться лучшего соответствия предъявленным требованиям. Кроме того, я должен выразить благодарность Фонду Рокфеллера за то, что он помог мне в период 1960/61 академического года получить доступ к редчайшему в американской академической жизни товару, а именно к досугу. Под досугом я, конечно же, имею в виду возможность читать и размышлять, будучи освобожденным от необходимости приносить непосредственную пользу (или делать вид,

что ее приносишь). Попросту говоря, без помощи Фонда Рокфеллера я попросту не смог бы принять приглашение Йельской школы права.

Что касается моих коллег, то я обязан им столь многим, а мое чувство благодарности столь велико, что я просто не в состоянии выразить его так, как они того заслуживают. При этом необходимо отметить, что ни у одного из моих коллег не было ни единого шанса попытаться спасти окончательный текст книги от погрешностей, которые объясняются склонностью упрямого автора вносить исправления вплоть до последней минуты. Их вклад в ранние стадии работы над книгой столь важен, что я мог бы сказать, что авторство этой книги принадлежит моим коллегам в той же степени, в какой оно принадлежит и мне. И, наконец, ради того, чтобы выразить благодарность своей супруге Марджори за ее неоценимый вклад, я готов позаимствовать причудливые слова другого автора: она может не знать, что это означает, но она знает, что это значит.

А. Л. Ф.

ГЛАВА I

ДВА ТИПА МОРАЛИ

Грешить, гл. 1.

*Добровольно отклоняться от стези долга,
предписанной человеку Богом.*

Webster's New International Dictionary

Грех — это погружение в ничто¹

Содержание этих глав сформировано главным образом неудовлетворенностью существующей литературой о соотношении права и морали. Эта литература представляется мне несовершенной по двум основным причинам. Прежде всего не ясно, что понимается под моралью. Существует избыточное изобилие определений права. Однако при сопоставлении права с моралью предполагается, что всем известно, что означает второй термин. Томас Рид Пауэлл говорил, что если вы способны размышлять о чем-то, что связано с чем-то другим, не размышляя об этом другом, то у вас юридический склад ума. В данном случае мне представляется, что юридический ум исчерпал себя в размышлениях о праве и удовлетворился тем, что оставил без рассмотрения тот предмет, с которым право соотносится и при том от него отлично.

В главе I предпринята попытка восстановить баланс путем подчеркивания различия между тем, что я называю «моралью стремления» и «моралью долга». По моему мнению, отсутствие такого разграничения служит источником множества неясностей в дискуссиях о соотношении между правом и моралью.

¹ Эта цитата может быть чисто воображаемой. Я, кажется, переписал ее из какой-то книги, которую прочитал много лет назад. Читатели, изучавшие теологию, могли бы указать ее источник. Мне говорили, что это мысль Св. Августина и что она тесно связана с высказыванием Карла Барта: «Грех — это погружение в бездну». Однако слово «das Bodenlose» означает потерю ограничений или границ и поэтому предполагает нарушение долга. По моему мнению, здесь выражена концепция греха с точки зрения морали стремления — грех как провал усилий достичь реализации человеческих качеств как таковых.

Другой причиной неудовлетворенности, приведшей к появлению этих лекций, служит пренебрежение тем, что в заголовке второй главы определяется как «Мораль, которая делает возможным право». Если в существующей литературе и рассматривается основной предмет второй главы — то, что я называю «внутренней моралью права», — то от него обычно отделяются несколькими замечаниями о «правовой справедливости», причем понятие справедливости приравнивается к чисто формальному требованию, чтобы похожие дела рассматривались схожим образом. Лишь немногие признают, что в такой постановке эта проблема является всего лишь одним из аспектов более широкой проблемы — прояснения того, в каких направлениях необходимо прикладывать человеческие усилия, необходимые для поддержания любой системы права, даже той, чьи конечные цели могут быть расценены как ошибка или зло.

Главы III и IV представляют собой дальнейшее развитие и применение результатов анализа, проделанного в первых двух главах. В главе III «Концепция права» делается попытка соотнести наш анализ с различными школами философии права в целом. В главе IV «Материальные цели права» показывается, каким образом надлежащее отношение к внутренней морали права ограничивает различные материальные цели, которые могут быть достигнуты посредством юридических норм. В конце главы рассматривается вопрос о том, в какой степени из морали стремления можно вывести нечто подобное материальному «естественному праву».

МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ И МОРАЛЬ ДОЛГА

А теперь позвольте мне перейти к разграничению между моралью стремления и моралью долга. Само по себе это разграничение не ново². Тем не менее я полагаю, что вы-

² См., напр.: A. D. Lindsay, *The Two Moralities* (1940); A. Macbeath, *Experiments in Living* (1952), pp. 55—56 et passim; W. D. Lamont, *The Principles of Moral Judgment* (1946); Idem, *The Value Judgment* (1955); H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), pp. 176—80; J. M. Findlay, *Values and Intentions* (1961); Richard B. Brandt, *Ethical Theory* (1959), pp. 356—368. Ни в одной из этих работ

текающие из него следствия в целом прошли мимо внимания исследователей и в частности не получили достаточно-го развития в дискуссиях о соотношении права и морали.

Мораль стремления наиболее ярко воплощена в греческой философии. Это мораль жизни в соответствии с Благом, стремления к совершенству, самой полной реализации человеческих сил. В качестве обертонов морали стремления могут проявляться понятия, граничащие с долгом. Но эти обертоны обычно приглушены, как у Платона и Аристотеля. Данные мыслители, конечно, признавали, что человек может не реализовать свои способности в полной мере. Он мог не выдержать испытания как гражданин или должностное лицо. Но в этом случае его порицали за неудачу, а не за отступление от долга; за несовершенство, а не за преступление. В целом у греков место идей о правильном и неправильном, о требованиях морали и моральном долге занимает концепция совершенного и подобающего поведения, т.е. поведения, приличествующего человеку, который действует наилучшим возможным образом³.

Если мораль стремления начинается с вершины человеческих достижений, то мораль долга начинается с их фундамента. Она закладывает базовые нормы, без которых упорядоченное общество невозможно, и без которых упорядоченное общество, направленное к достижению тех или иных определенных целей, существовать не может. Это мораль Ветхого завета и десяти заповедей. Она сформулирована в терминах «ты не должен» и реже — «ты должен». Она не осуждает людей за то, что они не воспользовались благоприятными возможностями для максимальной реализации своих способностей. Вместо этого она осуждает их за несоблюдение базовых требований общественной жизни.

В «Теории нравственных чувств» Адам Смит использует образ, который может оказаться полезным для пояснения

нет терминов, применяемых в моих лекциях. Линдсэй, например, противопоставляет мораль «моего статуса и связанных с ним обязанностей» морали требования стремления к совершенству. Книга Финдлэя особо ценна своей трактовкой «поучающих» злоупотреблений понятием долга.

³ «В Греции никогда и речи не было о чем-либо похожем на современное понимание юридических прав» (Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks* (1956), p. 151).

проводимого мною различия между двумя типами морали⁴. Мораль долга «можно было бы уподобить правилам грамматики»; мораль стремления — «правилам, установленным критиками для оценки изящества и совершенства произведения». Правила грамматики предписывают, что необходимо для сохранения языка как инструмента коммуникации точно так же, как нормы морали долга предписывают, что необходимо для общественной жизни. Подобно принципам морали стремления, принципы хорошего письма «смутны, неопределенны и неизвестны и скорее представляют общие понятия о достоинствах, к которым следует стремиться, чем дают средства и определенные правила их достижения».

Теперь хорошо было бы взять какую-нибудь форму человеческого поведения и задать вопрос, какие суждения о ней могут быть сформулированы в рамках этих двух типов морали. Я выбрал пример с азартной игрой. При использовании этого термина я имею ввиду не дружескую игру «по маленькой», а игру на большие ставки — что в переводе «Теории законодательства» Бентама живописно называется «deer play» («игра по крупному»)⁵.

Как мораль долга будет смотреть на азартную игру (в том виде, как мы ее определили)? Обычно в этом случае постулируется существование своего рода законодателя морали, на которого возлагается ответственность принятия решения о том, настолько ли пагубна азартная игра, что воздержание от нее следует рассматривать как общий моральный долг, возложенный на всех. Такой законодатель мог бы отметить, что азартные игры — это потеря времени и сил, что на тех, кто не может без них жить, они действуют подобно наркотику, что они имеют много нежелательных

⁴ Смит А. Теория нравственных чувств. М.: Республика, 1997. С. 177. Смит проводит различие не между моралью долга и моралью стремления, а между справедливостью и «прочими добродетелями». Тем не менее очевидна тесная связь между понятием справедливости и понятием морального долга, хотя долг поступать с другими справедливо, возможно, покрывает более узкую область, чем понятие моральных обязательств вообще.

⁵ Bentham, *The Theory Of Legislation*, International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method (1931), p. 106 note.

последствий, например, заставляя игрока пренебрегать семьей и обязанностями перед обществом в целом.

Если бы наш гипотетический моральный законодатель прошел школу Иеремии Бентама и более поздних экономистов школы предельной полезности, он вполне мог бы заявить, что азартные игры пагубны по своей природе, а не только по своим косвенным последствиям. Если все состояние человека составляет тысячу долларов, и на пятьсот долларов, половину этой суммы, он заключит так называемое пари с равными шансами, то это не означает, что он заключил сделку, в которой возможные выигрыши и проигрыши уравновешены. В случае проигрыша каждый выплаченный им доллар уменьшит его благосостояние более чем пропорционально. В случае выигрыша полученные им пятьсот долларов представляют для него меньшую полезность, чем пятьсот долларов, которыми он расплатился бы за проигрыш. Мы, таким образом, приходим к интересному выводу: два человека могут добровольно встретиться без всякого намерения причинить вред друг другу и все же заключить сделку, невыгодную для них обоих, конечно, если судить относительно положения дел, которое существовало до того момента, как кости брошены.

Взвесив все эти суждения, приверженец морали долга придет к выводу, что людям не следует играть в азартные игры с высокими ставками, что их долг — избегать «игры по-крупному».

Как это моральное суждение связано с вопросом о том, следует ли законодательно запрещать азартные игры? Ответ: самым непосредственным образом. Наш гипотетический законодатель морали может переключиться со своей роли творца морали на роль творца законов, ничего не меняя в своих методах суждения. В роли законотворца он столкнется с определенными вопросами, которые в роли моралиста мог бы без труда оставить казуистике. Он должен будет принять решение о том, что делать с играми, где успех определяется мастерством, и играми, где исход зависит частью от умения, а частью от случайности. Как автор законопроекта, он столкнется с трудностью проведения границы между невинным развлечением в виде азартной игры с малыми ставками и азартной игрой в ее более безрассудных и

пагубных формах. Если для достижения этой цели нет готовой формулы, у него может возникнуть искушение разработать законопроект таким образом, что он будет включать все виды азартных игр, оставив разграничение между невинной забавой и действительно пагубной игрой на усмотрение обвинителя. Но еще до того, как он прибегнет к этой уловке, зачастую эвфемистически описываемой как «избирательное применение закона», наш моралист, превратившийся в законотворца, должен будет поразмыслить об опасных последствиях, которыми будет сопровождаться расширение области использования этого принципа, уже ставшего неременной частью современного механизма правоприменения. Разрабатывая и предлагая свой законопроект, он должен будет учесть множество других соображений такого рода. Но ни в какой момент того процесса не произойдет резкого разрыва с методами, которыми он руководствовался при принятии решения о том, осуждать ли азартную игру как проявление безнравственности.

Теперь посмотрим, как азартная игра может выглядеть с точки зрения морали стремления. С этой точки зрения, нас интересует не столько собственно вред, причиняемый азартной игрой, сколько вопрос о том, достойна ли эта деятельность человеческих способностей. Мы признали бы, что в человеческих делах риск сопутствует всем творческим усилиям, и что это правильно и хорошо, что человек, включаясь в творческую деятельность, не только соглашается на риск, но и наслаждается им. В отличие от этого азартный игрок ищет риск ради риска. Будучи неспособен быть на уровне высокой ответственности, налагаемой на представителя рода человеческого, он обнаруживает способ наслаждаться одним из удовольствий, доступных человеку, не взваливая на себя сопряженное с ним бремя. Азартная игра с высокими ставками фактически становится разновидностью фетишизма. Здесь очевидна аналогия с определенными отклонениями в проявлениях сексуального инстинкта, описанная в обширной психиатрической литературе, посвященной одержимости азартными играми⁶.

⁶ Список литературы см. в книге: Edmund Bergler, *The Psychology of Gambling* (1957), note 1, pp. 79–82.

Таким образом, окончательное суждение морали стремления об азартной игре будет состоять не в обвинении, а в выражении презрения. Согласно этой морали азартная игра является не нарушением долга, а формой поведения, неподобающей существу, наделенному человеческими способностями.

Какое отношение к праву будет иметь выработанное таким образом суждение? Ответ: оно не будет иметь никакого прямого отношения к праву. Не существует способов, посредством которых закон может заставить человека жить на том уровне совершенства, к которому этот человек способен. За работоспособными критериями для формирования суждений закон должен обращаться к своему кровному родственнику — морали долга. Если где-нибудь и можно найти помощь для принятия решения о том, следует ли вводить законодательный запрет азартных игр, то только здесь.

Однако то, что мораль стремления проигрывает в смысле прямой релевантности по отношению к праву, она выигрывает во всепроникающем характере своих следствий. В одном из аспектов вся наша система права представляет собой комплекс правил, разработанных с целью избавить человека от слепой игры случая и благополучно направить его по пути целенаправленной и творческой деятельности. Когда по условиям сделки одно лицо платит другому деньги на основании ошибки в факте, квази-договорное право обязывает вернуть эти деньги. Договорное право объявляет недействительными соглашения, которые были заключены при обоюдном превратном понимании существенных фактов. В соответствии с деликтным правом, человек может действовать, не неся ответственности за тот ущерб, который возникает как случайный побочный результат его действий, за исключением ситуаций, когда он принимает участие в предприятии, связанном с предсказуемыми рисками, которые могут быть оценены в качестве актуарных издержек его деятельности, а значит, должны быть рассчитаны заранее. На ранних стадиях развития права ни один из этих принципов не принимался во внимание. Принятие этих принципов в современном праве — плод многовековой борьбы за уменьшение роли иррационального в жизни человека.

Но у нас нет способа заставить человека жить разумной жизнью. Мы можем только добиваться исключения из его жизни вопиющих и наиболее очевидных проявлений случайности и иррациональности. Мы можем создать условия, необходимые для рационального человеческого существования. Они необходимы, но не достаточны для достижения этой цели.

ШКАЛА МОРАЛИ

При рассмотрении всего спектра вопросов морали мы без труда можем вообразить своего рода шкалу или линейку, которая в своей нижней части начинается с самых очевидных требований общественной жизни и восходит к вершинам человеческих устремлений. Где-то на этой шкале находится невидимый указатель, отмечающий разделительную линию, после которой исчезает давление долга и возникает вызов совершенства. Вся сфера дискуссий по вопросам морали представляет собой поле боя великой необъявленной войны за местоположение этого указателя. Есть те, кто изо всех сил толкает его вверх, в то время как другие пытаются опустить его вниз. Те, кого мы полагаем неприятными или, по меньшей мере, чрезмерными моралистами, неустанно стараются сдвинуть этот указатель чуть выше, чтобы расширить область долга. Вместо того, чтобы призывать нас разделить с ними понимание образа жизни, который они считают достойным человеческой природы, они стараются заставить нас поверить в то, что мы непременно обязаны избрать эту модель. Вероятно, мы все хоть однажды подвергались воздействию той или иной разновидности этого метода. Слишком длительное воздействие может вселить в подвергнувшегося ему человека пожизненное отвращение к самому понятию морального долга.

Я только что говорил о воображаемом указателе, отмечающем линию, разделяющую долг и стремление. Полагаю, что задача нахождения надлежащей точки для этого указателя без нужды усложнена интеллектуальной путаницей, которая восходит по меньшей мере к Платону. Я имею в виду рассуждения такого рода: «Чтобы судить о том, что в поведении человека плохо, нам следует знать, что такое абсолютное благо. Каждое действие следует оце-

нивать в свете его вклада в совершенную жизнь. Не имея перед собой картины идеала человеческого существования, мы не располагаем никаким критерием ни для предписания обязанностей, ни для открытия новых путей для выражения человеческих способностей». Те, кто принимает эту линию рассуждений, отклонят проблему правильного расположения черты, где заканчивается долг и начинается стремление, как бессмысленную или неразрешимую. С их точки зрения, очевидно, что основой всякой морали является мораль стремления. Для проведения четкой линии между двумя типами морали нет ни возможности, ни оснований, поскольку мораль долга неизбежно должна включать в себя критерии, заимствованные из морали стремления.

Любопытно, что исторически мнение о том, что все моральные суждения должны основываться на некоем понятии совершенства, использовалось для диаметрально противоположных выводов относительно объективности моральных суждений. Одна сторона приводит следующие доводы: «То, что мы знаем, что такое «плохо» и согласны с этим, представляет собой опытный факт. Отсюда должно следовать то, что в наших умах существует общая для всех картина того, что есть совершенное благо. Поэтому задача моральной философии — сформулировать нечто, что мы уже знаем и с чем согласны». Именно этим путем шел Сократ, каким он предстает у Платона. Противоположная сторона рассуждает следующим образом: «Очевидно, что люди не достигли согласия о том, что есть совершенное благо. Но, поскольку осмысленные суждения о том, что есть плохо, невозможны без соглашения о том, что есть совершенное благо, — а такого соглашения очевидным образом не существует, — получается, что наше согласие о том, что такое плохо, есть иллюзия, возможно, порожденная общественными условиями, привычкой и разделяемыми предрассудками».

Оба вывода покоятся на предположении, что без знания того, что такое совершенное благо, мы не можем знать, что такое «плохо», или, иными словами, моральный долг не может быть рационально распознан без предшествующего принятия всеобъемлющей морали стремления. Этому

предположению противоречит элементарный человеческий опыт. Моральный запрет «не убий» не подразумевает никакой картины совершенной жизни. Он покоится на той банальной истине, что если люди поубивают друг друга, то реализация никакой морали стремления станет невозможной. Ни в одной из сфер человеческих стремлений не требуется, чтобы наши суждения о неподобающем втайне направлялись некоей полусознанной утопией. К примеру, в сфере лингвистики никто не претендует на знание того, каким должен быть совершенный язык. Это не мешает нам бороться против разного рода ошибок в словоупотреблении, которые попросту грозят размыть полезные различия.

Во всей области человеческих целей — включая не только человеческую деятельность, но и всякого рода артефакты — мы постоянно находим опровержения идеи, утверждающей невозможность знать то, что не годится для достижения целей, без знания о том, что идеально подходит для их достижения. В отборе инструментов для наших целей мы можем добиться и добиваемся успеха везде при всем несовершенстве определений того, чего мы стараемся достичь. К примеру, ни одно обычное человеческое орудие не является совершенно пригодным для какой-либо конкретной задачи. Такие инструменты скорее предназначены для приемлемого решения неопределенного круга задач. Плотницкий молоток адекватно служит широкой, но неопределенной сфере применения, раскрывая свои недостатки лишь когда мы пытаемся использовать его для забивания крохотных гвоздиков или для установки тяжелых палаточных кольев. Если товарищ по работе просит у меня молоток или что-то подобное из имеющегося у меня инструмента, я, не зная точно, что именно он собирается делать, сразу пойму, какие инструменты будут для него бесполезны. Я не предложу ему взять отвертку или веревку. Словом, на основе крайне несовершенных представлений о том, что подойдет ему идеально, я понимаю, что ему не подойдет. И полагаю, что то же самое верно относительно общественных норм и институтов. К примеру, мы можем знать, что будет явно несправедливым, не связывая себя обязательством окончательно сформулировать то, что должна представлять собой совершенная справедливость.

Ни один из только что приведенных доводов не подразумевает, что провести линию, разделяющую мораль долга и мораль стремления, можно без особого труда. Вопрос о том, где заканчивается долг, — одна из наиболее трудных задач социальной философии. Ее решение содержит огромную оценочную составляющую, и потому неизбежны индивидуальные различия мнений. Здесь я доказываю лишь то, что при решении этой проблемы нам следует осознавать эти трудности, а не бежать от них под предлогом, что ответ на этот вопрос невозможен до тех пор, пока мы не выстроили всеобъемлющую мораль стремления. Нам известно достаточно, чтобы создать условия, которые позволят человеку подняться выше. Это лучше, чем стараться прищипить его к стене окончательной формулой его высшего блага.

Возможно, этот пункт в дальнейшем позволит избежать одного недоразумения. Высказывались предположения, что мораль долга относится к жизни человека в обществе, а мораль стремления — это проблема отношений человека с самим собой или человека с Богом⁷. Это верно лишь в том смысле, что по мере того, как мы поднимаемся по некой лестнице вверх, от очевидного долга к высочайшим устремлениям, все большее значение приобретают индивидуальные различия в способностях и понимании. Но это не означает, что в ходе такого подъема разрушаются социальные узы. Классическая формулировка морали стремления принадлежит греческим философам. Для них разумелось само собой, что, будучи политическим животным, человек вынужден искать лучшей жизни, притом что его жизнь разделяется им с другими. Если отсечь нас от нашего социального наследия, т.е. от языка, мышления и искусства, никто из нас не сможет стремиться к чему-то большему, чем чисто животное существование. Высшая ответственность морали стремления во многом состоит в сохранении и обогащении этого социального наследия.

⁷ На мой взгляд, посылка У. Д. Ламонта о том, что мораль долга связана с социальными отношениями, в то время как мораль ценностей связана с оценками индивидуальных предпочтений, несколько портит его ценное исследование: W. D. Lamont, *The Value Judgement* (1955).

ЛЕКСИКОН МОРАЛИ И ДВА ТИПА МОРАЛИ

Я полагаю, что одна из причин, по которым различие морали долга и морали стремления не заняло прочного места в современной мысли, состоит в том, что сам наш моральный лексикон сохраняет двойственное отношение к этому различию и скрывает его. Возьмем, к примеру, термин «ценностное суждение». По духу концепция ценности близка морали стремления. Если бы мы выбрали другое слово, сочетающееся со словом «ценность», — скажем, «восприятие ценности», — мы бы получили выражение, полностью адекватное доктрине, направленной на достижение человеческого совершенства. Но вместо этого мы соединили «ценность» с понятием «суждения», получив выражение, которое предполагает не стремление к совершенству, а заключение об обязательствах. Таким образом, весь язык морального дискурса пропитан субъективизмом, уместным для разговора о высочайших вершинах человеческих устремлений, и мы легко приходим к абсурдному выводу о том, что обязательства, очевидным образом существенные для жизни в обществе, покоятся на некоем по природе своей невыразимом предпочтении.

Полагаю, что вызывающий бурные споры вопрос об отношении между фактом и ценностью прояснился бы, если бы диспутанты старались принимать во внимание различие между моралью долга и моралью стремления. Когда мы выносим суждение о моральном долге, по-видимому абсурдно говорить, что таковой долг каким-то образом может проистекать непосредственно из знания фактической ситуации. Можно понимать все факты без исключения и все же, видимо, прежде чем мы сделаем вывод о том, что следует признать существование некоего долга, в дело должен вступить некий акт законодательного суждения. Акт законодательного суждения может быть совсем несложным, но в принципе он всегда присутствует.

Совершенно иначе обстоит дело с моралью стремления, которая в этом отношении демонстрирует близкое родство с эстетикой. Когда мы пытаемся постичь новую

форму художественного выражения, наше усилие при условии хорошей информированности само собой сразу направляется непосредственно к цели, преследуемой художником. Мы спрашиваем себя: «Что он пытается сделать? Что он стремится выразить?». Когда получены ответы на эти вопросы, рассматриваемая работа может нам понравиться или не понравиться. Но между нашим пониманием, а затем одобрением или неодобрением нет никакого явного промежуточного шага. Если мы не одобряем работу, но притом не доверяем своему суждению, мы спрашиваем себя не о том, верный ли критерий мы применили, а о том, поняли ли мы то, что хотел сделать художник. Действительно, Айвор Ричардс показал, какая неразбериха возникает в суждениях студентов о литературной ценности произведения, когда они интересуются не целями автора, а применением критериев, по которым, как им представляется, следует судить о литературных качествах произведения⁸. Подобным же образом Норман Ньютон показал, как попытки найти некую словесную формулу, которая будто бы обосновывает вынесенное суждение, могут искажать эстетические суждения об архитектуре⁹.

Последние замечания сделаны не для того, чтобы отказать морали стремления в рациональности. Они, скорее, предназначены для утверждения, что в морали стремления неуместен тот дискурсивный вид обоснования, что присущ суждениям о долге. Полагаю, этот момент проиллюстрирован платоновским Сократом.

Сократ отождествлял добродетель со знанием. Он предполагал, что если бы люди действительно поняли, что есть благо, они бы возжелали его и стремились к нему. В зависимости от сдержанности критика это представление часто рассматривается то как загадка, то как нелепица. Критика была бы совершенно оправдана, если бы Сократ учил морали долга. Но его моралью была мораль стремления. Он пытался донести до людей такое видение и понимание добродетельной жизни, чтобы они стремились к ней. Его аргументация не только не стала бы яснее, но, напротив,

⁸ I. A. Richards, *Practical Criticism — A Study of Literary Judgment* (1949).

⁹ Norman T. Newton, *An Approach to Design* (1951).

оказалась бы запутана еще сильнее, заяви он: «Вначале я покажу, на что похожа добродетельная жизнь, чтобы ты понял ее и увидел, каким человеком ты станешь, если пойдешь по этому пути. Затем я назову причины, по которым тебе следует жить такой жизнью».

Сократово отождествление добродетели со знанием само по себе показывает то, насколько неустойчива траектория движения нашего этического лексикона, который колеблется туда-сюда меж двух типов морали. Для нас слово «добродетель» [virtue] стало полностью отождествляться с моралью долга. Для людей Нового времени это слово в значительной степени утратило свой изначальный смысл силы, действительности, умелости и храбрости, т.е. тот набор значений, который некогда явно определил место понятия «добродетель» в границах морали стремления. Слово «грех» проделало такую же миграцию. Для нас совершить грех означает нарушить долг. Однако слова из Библии, переведенные как «грех», изначально содержали метафору «промаха», «непопадания в цель». Нечто от этой ранней метафоры сохранилось у ранних христиан, так как в перечень смертных грехов они вносили не только алчность и прелюбодеяние, но и то, что Сиджвик называет «весьма своеобразными грехами» мрачности и бездеятельного равнодушия¹⁰.

ПРЕДЕЛЬНАЯ ПОЛЕЗНОСТЬ И МОРАЛЬ СТРЕМЛЕНИЯ

Я уже упоминал, что если мы ищем параллели среди предметов научных занятий, то ближайшим родственником морали долга будет право, а мораль стремления состоит в кровном родстве с эстетикой. Теперь я предлагаю исследование, которое может показаться несколько эксцентричным, — выявление родственных связей между двумя нашими типами морали и способами суждений, присущими экономической науке.

Трудности, возникающие с самого начала, связаны с тем, что среди экономистов не существует общего согласия по поводу определения предмета их науки. Притом что экономическая теория заслужила репутацию наиболее развитой

¹⁰ Sidgwick, *Outlines of the History of Ethics* (1949), p. 129.

из социальных наук, мир все еще ждет окончательного ответа на вопрос «О чем она?». Представляя читателю свой предмет, большинство авторов экономических трактатов ограничиваются более или менее разрозненным списком типов проблем, особенно волнующих экономистов. Далее читателю оставляют самостоятельно решить, что за предмет он изучает¹¹.

Однако имеется несколько серьезных попыток решить проблему надлежащего определения экономической науки¹². В результате возникло два общих воззрения. Одно состоит в том, что экономическая теория занимается отношениями обмена. Другое — в том, что в основе экономической теории лежит принцип предельной полезности, согласно которому, стремясь достичь поставленных перед собой целей, каковы бы они ни были, мы распределяем находящиеся в нашем распоряжении ресурсы наиболее эффективным образом. Для проведения границы между этими мнениями принято использовать пример с Робинзоном Крузо. По меньшей мере до появления Пятницы не было никого, с кем Робинзон Крузо мог бы чем-нибудь обмениваться, если не говорить об обмене в метафорическом смысле слова, когда он, так сказать, обменивал свой труд на дары природы. Если экономика отождествляется с обменом между людьми, то перед Робинзоном не стояло экономических проблем. В то же время ему действительно приходилось решать,

¹¹ Трактат Пола Самуэльсона *Economics — An Introductory Analysis* считается одним из наиболее популярных университетских учебников из когда-либо написанных. Во втором издании (1951, р. 14—16) появилось обсуждение «Границ и пределов экономической науки», где утверждается, что экономическая наука интересуется исключительно средствами, а рассмотрение целей не входит в ее компетенцию. В пятом издании (1961) эта попытка разграничить компетенцию экономической теории исчезла, и появилось простое перечисление разновидностей объектов, которыми она занимается (р. 5—6). Интересная демонстрация того, что экономическая наука характеризуется особым типом целей и не в силах ответить на вопросы, когда эти цели исключаются из обсуждения, содержится в статье Харрода: R. F. Harrod, *Scope and Method of Economics* (1938), reprinted in Clemence, *Reading in Economic Analysis*, 1 (1950), 1—30.

¹² Самый читаемый труд по этому вопросу: Lionel Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (2^d ed. 1935).

как наиболее эффективным образом применить имеющиеся у него редкие ресурсы, включая его собственное время и энергию. Если в данный момент он обрабатывает поле, ему, возможно, придется задать себе вопрос, не заняться ли рыболовством и не будет ли отдача от часа ловли рыбы больше, чем от часа занятий фермерством. В этом смысле Робинзону Крузо приходилось решать не просто экономические проблемы, а весьма серьезные экономические проблемы.

Я считаю, что между двумя этими представлениями об экономической науке и двумя точками зрения на мораль, рассматриваемыми в этой главе, существует поразительный параллелизм. Теория экономического обмена весьма близка к морали долга. Теория предельной полезности является, так сказать, экономическим двойником морали стремления. Позвольте мне начать со второй пары.

Мораль стремления имеет своим предметом стремление людей наилучшим образом использовать свои короткие жизни. Экономическая теория предельной полезности занимается нашими усилиями по наилучшему использованию наших ограниченных экономических ресурсов. Эта пара подобна не только по устремлениям, но и по ограничениям. Говорят, что мораль стремления необходимо подразумевает ту или иную концепцию высшего блага человека, не сообщая о том, что это такое. В точности такое же критическое замечание и в той же мере может быть высказано в адрес принципа предельной полезности. Экономическая теория предельной полезности считает, что потребитель стремится уравнивать отдачу от каждого потраченного им доллара. Потратив на книги столько долларов, что отдача данного вида расходов начинает ощутимо уменьшаться, он может направить свои расходы в другом направлении, скажем, на более питательную и приносящую больше удовольствия пищу. В этом переключении — в самой идее о том, что человек способен сопоставлять и уравнивать расходы на радикально различающиеся вещи, — подразумевается некое конечное мерило, возвышающееся над книгами, едой, одеждой и всеми другими вещами и услугами, на которые человек может потратить деньги. Сторонник теории предельной полезности не может описать, что это за мерило, хотя в отличие от сторонника морали стремления в его распоряжении

есть слово, позволяющее скрыть его неосведомленность. Это слово, разумеется, «полезность». Когда полезность, обесцениваемая долларом, потраченным на товар А, снижается до уровня ниже полезности, извлекаемой из доллара, потраченного на товар Б, потребитель переключает свои расходы на второй товар. Именно при помощи слова «полезность» экономист вуалирует свою неспособность выделить некое экономическое благо, возвышающееся над всеми отдельными товарами и направляющее выбор из этих товаров. Умолчание экономиста состоит в том же, в чем и умолчание моралиста, который намеревается указать людям путь к благой жизни, не определяя, в чем состоит или должна состоять наивысшая цель их жизни¹³.

Попытка Бентама подменить цель совершенства целью удовольствия была по существу не более чем внедрением в мораль того же самого скрытого умолчания, которое укоренилось в экономической теории. Невозможно утверждать, что все устремления человека направлены на получение удовольствия, если только мы не хотим расширить понятие удовольствия до той точки, где удовольствие, подобно полезности в экономике, становится пустой емкостью, куда можно поместить любой тип человеческих желаний или устремлений. Если вслед за Миллем мы попытаемся быть более разборчивыми относительно содержимого этой емкости, то дело закончится не принципом максимального счастья, а чем-то вроде греческой концепции совершенства.

¹³ Можно возразить, что это сравнение смешивает описание с предписанием. В отличие от философа-моралиста для экономиста вопрос о том, что *следует* желать потребителю, можно сказать, безразличен; он лишь описывает процесс оценки и находит, что для этого описания пригоден термин «полезность». Но этот взгляд уклоняется от трудностей, заключенных в попытке описать в терминах, не содержащих никакой оценки, процесс, который сам по себе содержит оценку. (Эти трудности стали поводом для моего обмена мнениями с профессором Эрнстом Нагелем; см.: 3 *Natural Law Forum* 68—104 [1958]; 4 *id.* 26—43 [1959].) Экономиста может не волновать то, чего желает потребитель, но он не может быть равнодушным к процессу, посредством которого потребитель приходит к решению, чего именно он хочет. Если подразумевается понимание этого процесса, то экономист должен быть способен участвовать в нем как бы вместо потребителя и понимать условия протекания того процесса.

За неимением высшего морального или экономического блага в конечном счете мы обращаемся (как в случае морали стремления, так и в случае экономической теории предельной полезности) к понятию равновесия: «не слишком много и не слишком мало». Это понятие не столь банально, как может показаться на первый взгляд. Нормальным людям свойственно преследовать множество целей: одержимая озабоченность какой-то одной целью может быть принята за симптом душевной болезни. У Фомы Аквинского есть отрывок, в котором он приводит, на наш взгляд, любопытный аргумент: на существование конечной цели человеческой жизни указывает факт переключения с одной частной цели на другую, ибо если бы не существовало критерия, направляющего этот переключение, мы все время двигались бы в одном направлении. Так как это невозможно и абсурдно, отсюда следует, что мы не стали бы действовать вообще, ни в каком направлении, если бы не руководствовались некоей высшей целью¹⁴. Как бы кто ни относился к этому парадоксальному рассуждению, Аристотелева концепция надлежащей середины весьма нетривиальна. Эту середину не следует путать с современным понятием «среднего пути». Для людей Нового времени средний путь означает легкий путь, подразумевающий минимум обязательств. Для Аристотеля середина была трудным путем — путем, от которого ленивые и неопытные, скорее всего, отклонятся. В этом отношении такой путь предъявляет такие же требования к проницательности и интеллекту, как и разумное экономическое управление.

ВЗАИМНОСТЬ И МОРАЛЬ ДОЛГА

На этом довольно об отношениях между моралью стремления и тем взглядом на экономическую науку, согласно которому в центре внимания последней находится расчетливое управление. Теперь позвольте мне обратиться к сходству, существующему, как я уже говорил, между моралью долга и экономической теорией обмена.

¹⁴ Saint Thomas Aquinas, *Summa Contra Gentiles*, III, ch. II. [Фома Аквинский. Сумма против язычников.]

Очевидно, что в результате обмена могут возникать обязанности, как моральные, так и юридические; скажем, из обмена обещаниями или из обмена обещания на действие, совершенное в настоящем. Следовательно, существует область, общая для понятий обмена и обязанности. При этом, разумеется, было бы неверно пытаться истолковывать все обязанности как результат эксплицитного обмена. Можно, например, утверждать, что у гражданина есть моральный долг участвовать в голосовании и быть информированным в степени, достаточной для того, чтобы голосовать разумно, не имея в виду, что такая обязанность опирается на сделку между гражданином и государством или между ним и его согражданами.

Чтобы установить сходство между долгом и обменом, нам требуется третий член, т.е. опосредующий принцип. Его мы найдем, как я полагаю, в отношениях взаимности. В конце концов, обмен — всего лишь частное выражение этого более общего и зачастую более тонкого отношения. Литература о морали долга буквально переполнена ссылками на нечто вроде принципа взаимности.

Даже среди возвышенных призывов Нагорной Проповеди повторяется нота рассудительной взаимности: «Не судите, да не судимы будете, ибо каким судом судите, таким будете судимы; и какою мерою мерите, такую и вам будут мерить... Итак, во всем, как хотите, чтобы с вами поступали люди, так поступайте и вы с ними, ибо в этом закон и пророки»¹⁵.

Поучения, подобные этим, — а они есть во всякой морали долга — конечно, не подразумевают, что любая обязанность возникает из отношений очной сделки. Это становится очевидным, если мы перефразируем Золотое правило и прочтем его следующим образом: «Коль скоро я получил ваши заверения в том, что вы будете обращаться со мной так, как вы бы желали сами, чтобы я обращался с вами, то, в свою очередь, я готов относиться к вам так же». Это не язык

¹⁵ Мф 7, 1. Ср.: «Итак, соблюдай заповеди и постановления и законы, которые сегодня заповедую тебе исполнять. И если вы будете слушать законы сии и хранить и исполнять их, то Господь, Бог твой, будет хранить завет и милость к тебе, как Он клялся отцам твоим» (Втор 7, 11—12).

морали и даже не язык дружественной торговли, это язык осмотрового и даже враждебного торга. Принятие этой мысли в качестве всеобщего принципа означало бы полное разрушение социальных связей.

Золотое правило стремится донести вовсе не то, что общество представляет собой сеть эксплицитных сделок, а то, что оно скрепляется воедино пронизывающими его узлами взаимности. Следы этой концепции следует искать в любой морали долга, начиная с той, что откровенно обращена к своекорыстию, до той, что опирается на возвышенные требования категорического императива. Всякий раз, когда апеллирование к долгу пытаются обосновать, такое обоснование всегда выражается в таких словах, что это напоминает принцип взаимности. Так, убеждая голосовать избирателя, не проявляющего охоты идти на выборы, мы почти наверняка в определенный момент зададим ему вопрос: «А как вам понравится, если все будут поступить так, как хотите поступить вы?».

Можно возразить, что эти замечания касаются риторики долга, а не его социологии. Естественно, что моралист, пытающийся подтолкнуть людей к неприятной обязанности, должен включить в свои аргументы некоторое обращение к корыстному интересу. Точно так же естественно, что всякий, кто пытается заставить людей принять нежелательное принуждение, — по сути дела, внешнее принуждение — должен стремиться придать ему вид добровольного согласия, точно так же, как исторически фикция первоначального общественного договора скрывала грубый факт политической силы.

Полагаю, что это довод недооценивает степень, в которой принцип взаимности укоренился не только в наших проповедях, но и в наших практиках. Только что приведенное мною перефразированное Золотое правило очевидным образом извращает интенции оригинала. Однако его смысл вряд ли исказится, если добавить оговорку вроде следующей: «Как только станет абсолютно ясно, что ты не собираешься обращаться со мной так, как ты хотел бы, чтобы обращались с тобой, я буду считать себя свободным от обязательства обращаться с тобой так, как я бы хотел, чтобы обращались со мной». Здесь элемент взаимности на

несколько шагов отодвинут от собственно обязательства: он представляет своего рода точку «безопасности» [«fail-safe point»]. Несомненно, мнения людей о том, когда достигается эта точка, будут различаться. Но есть очевидные, бесспорные ситуации. Так, когда я убеждаю своего согражданина, что его долг идти на выборы, мой призыв определенно останется втуне, если он точно знает, что нет ни малейшей вероятности того, что его голос будет учтен.

Обязанность голосовать не абсолютна, но зависит от исполнения определенных ожиданий относительно действий других людей. Это будет верным даже в случае гражданина, который может проголосовать, зная, что его бюллетень не будет учтен, — если он преследует цель продемонстрировать злоупотребления, творящиеся на выборах. Если весь мир остается безразличным и недвижимым, т.е. не реагирует на его действия, то его затея оказывается совершенно бессмысленной.

В этом широком смысле всякое понятие долга неявно содержит понятие взаимности — по меньшей мере, в случае долга по отношению к обществу или другому ответственному человеку. Можно представить социальные узы, которым нет дела до долга. Таковые могут существовать между парой пылко влюбленных или в малой группе людей, объединенных некоторым критическим положением, например, дающих последний бой врагу, смыкающему кольцо окружения. В такой ситуации не возникает мысли об измерении вклада. Наиболее подходящим организующим принципом будет «один за всех и все за одного». Но коль скоро вклад обозначен и измерен (что означает: коль скоро существуют определенные обязанности), должен наличествовать некий критерий — каким бы грубым и приблизительным он ни был — посредством которого определяется род и масштаб ожидаемого вклада. Критерий должен быть производным от устройства социальной ткани, связывающей воедино нити индивидуальных действий. Если относиться к ситуации сколь-нибудь рационально, то достаточно большой разрыв этой ткани должен освободить людей от тех обязанностей, единственным смыслом существования которых было поддержание данного — уже распавшегося — типа социальных взаимодействий.

Представленный выше довод содержит подразумеваемое понятие некоего анонимного сотрудничества людей, которое канализирует их действия через институты и процедуры организованного общества. На первый взгляд, эта концепция не имеет отношения к понятию простого обмена экономическими ценностями. Но следует вспомнить, что даже прямые и явные отношения взаимности ни в коем случае не ограничены чем-нибудь вроде торговли лошадьми. Представьте, к примеру, что два человека обмениваются обещаниями пожертвовать равные суммы одной и той же благотворительной организации. Здесь отсутствуют обычные корыстные причины обмена, а также представление об исполнении как о чем-то, происходящем между сторонами обмена. И все же в этом случае мы определенно имеем дело с отношениями взаимности и в предположении, что в силу не вступают какие-либо права благотворительной организации, отказ от обещания одной стороны по справедливости должен освобождать от данного обещания и другую сторону. Обязанности обоих являются результатом и зависят от отношения взаимности, которое по своей природе не отличается от того, что более сложными способами объединяет членов общества.

Если верно, что обязанности, как правило, можно вывести из принципа взаимности, то верно также и то, что взаимность, из которой возникает данная обязанность, может быть видима, так сказать, в различной степени. Порой это очевидно всем, кого она касается; в других случаях она прокладывает более неуловимый и скрытый курс через общественные институты и практики. Возникает вопрос: при каких обстоятельствах обязанность, юридическая или моральная, делается более понятной и более приемлемой для тех, кого она затрагивает? Думаю, можно выделить три условия для оптимальной действенности понятия обязанности (т.е. долга). *Первое*: отношение взаимности, из которого возникает обязанность, должно быть результатом добровольного соглашения между сторонами, которых оно непосредственно касается; они сами «создают» обязанность. *Второе*: взаимные действия сторон должны в некотором смысле иметь равную ценность. Хотя понятие добровольного принятия на себя обязанностей само по себе энергично

апеллирует к чувству справедливости, это апеллирование подкрепляется, когда к нему добавляется элемент эквивалентности. Здесь нельзя говорить об абсолютной тождественности, так как, скажем, обмен книги или идеи на точно такую же книгу или идею не имеет никакого смысла. Узы взаимности соединяют людей не просто *несмотря* на их различия, но именно *благодаря* этим различиям. Следовательно, при поиске равенства в отношении взаимности нам требуется некий критерий ценности, которую можно применить к вещам самого различного рода. *Третье*: отношения в границах общества должны быть в достаточной степени изменчивыми, так, чтобы я мог оказаться должным вам завтра то, что вы задолжали мне сегодня — иными словами, отношения долга и в теории, и на практике должны быть обратимыми. Без этой симметрии мы, вероятно, придем в замешательство от вопроса Руссо: «В чем причина того, что я, будучи сам собой, должен действовать как если бы я был другим человеком, когда я совершенно уверен, что никогда не окажусь в его ситуации?»¹⁶.

Таковы три условия для оптимальной реализации концепции долга — условия, которые делают долг наиболее доступной для понимания и приятной для того, на кого он возлагается. Задавшись вопросом: «В каком обществе наиболее вероятно встретить эти условия?», мы получим поразительный ответ: в обществе экономических торговцев. Члены такого общества по определению вступают в прямые и добровольные отношения обмена. Что до равенства, то лишь с помощью чего-либо вроде свободного рынка возможно создать что-нибудь вроде точного мерил ценности несоизмеримых

¹⁶ Отрывок из книги Руссо «Эмиль», Книга IV, цитируется здесь по книге: Del Vecchio, *Justice* (1952), p. 96. Руссо задавал этот вопрос, разумеется, чтобы опровергнуть утилитаристские теории долга. Анализируя справедливость, Дель Веккио многое сделал для разработки принципа взаимности. Отделяя просто требование от права требовать, он указывает, что последнее предполагает общий принцип, согласно которому, если стороны поменяются местами, та же самая обязанность будет наложена на противоположную сторону. Однако такая абстрактная взаимность теряет большую часть своей привлекательности, если на практике стороны не могут меняться местами. Например, для раба слабое утешение, когда ему говорят, что если бы он родился хозяином, а его хозяин — рабом, то он мог бы приказывать там, где сейчас ему приходится исполнять.

товаров¹⁷. Без такого мерила понятие равенства лишается смысла и становится своего рода метафорой. Наконец, экономические торговцы часто меняют роли, то продавая, то покупая. Поэтому обязанности, которые проистекают из их обменов, обратимы не только в теории, но и на практике. Обратимость ролей, которая, следовательно, характеризует общество коммерции, нигде более не существует в той же степени — это становится очевидным, когда мы рассматриваем обязанности, действующие между родителем и ребенком, мужем и женой, гражданином и правительством. Хайек считает, что даже сам принцип верховенства права зависит от наличия общественных условий, при которых сегодня люди могут собраться, чтобы издать закон о своих обязанностях, не зная, будут ли они завтра выполнять эти обязанности или получать от них выгоду. Понятно, что Хайек отождествляет такое общество с обществом, организованным на рыночном принципе, и предсказывает крах принципа верховенства права в любом обществе, которое отказывается от рыночного принципа¹⁸.

Из проделанного анализа следует в некотором смысле поразительный вывод, состоящий в том, что идея морального и юридического долга может достичь своего полного развития лишь при капитализме. Фактически именно к этому заключению в свое время пришел известный советский ученый Евгений Пашуканис — возможно, единственный советский мыслитель, о заметном вкладе которого в социальную философию можно говорить¹⁹.

¹⁷ Однако следует напомнить, что имеются предложения (которые, по крайней мере, частично, реализованы в странах Советского блока) управлять социалистической экономикой с помощью рыночных принципов. См., напр.: Oskar Lange, *On the Economic Theory of Socialism* (1936—1937), цит. по: Oskar Lange, *On the Economic Theory of Socialism*, Benjamin E. Lippincott, ed. (1938), pp. 55—129.

¹⁸ F. A. Hayek, *The Road of Serfdom* (1944), Chapter VI, «Planning and the Rule of the Law», pp. 72—87. [См.: Хайек Ф. Дорога к рабству. М.: Новое издательство, 2005. Гл. VI «План и закон». С. 90—102.]

¹⁹ См.: Пашуканис Е. Б. *Общая теория права и марксизм*. 3-е изд. М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. Я сделал попытку изложить основные положения теории Пашуканиса в статье: Lon L. Fuller, «Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxist Legal Theory», 47 *Michigan Law Review* 1157—1166 (1949).

Теория Пашуканиса известна под названием товарообменной теории права (Commodity Exchange Theory of Law), хотя ее лучше бы назвать товарообменной теорией правового и морального долга (Commodity Exchange Theory of Legal and Moral Duty). Теория построена на двух опорах марксистской мысли: *во-первых*, экономический фактор главенствует в организации общества; поэтому правовой и моральный принципы как институты представляют собой «надстройку», отражающую экономическую организацию общества; и, *во-вторых*, по достижении коммунизма право и государство отомрут.

В своей основе аргументация Пашуканиса крайне проста. Экономическую организацию капиталистического общества определяет обмен. Отсюда следует, что правовые и политические институты такого общества будут пронизаны идеями, вытекающими из обмена. Так, в буржуазном уголовном праве мы находим таблицу преступлений со списком соответствующих наказаний или искуплений — своего рода прейскурант проступков. Главенствующая фигура частного права представляет собой субъект права, имеющий обязанности, обладающий правами и наделенный полномочием улаживать свои споры с другими посредством соглашений. Таким образом, субъект права — это юридический двойник экономического торговца. При коммунизме экономический обмен будет упразднен, и то же самое произойдет с правовыми и политическими концепциями, вытекающими из него. В частности, коммунизм не будет знать таких явлений, как законные права и обязанности.

Тот же анализ был распространен и на сферу морали. С достижением коммунизма мораль, как ее обычно понимают (т.е. как мораль долга), прекратит исполнять какую-либо функцию. По тому, как Пашуканис относит-ся к Канту, можно понять, насколько далеко он заходит в своей теории. Взгляд Канта, состоящий в том, что в другом человеке мы должны видеть цель, а не просто средство, обычно расценивается как одно из самых благородных проявлений его философии. Для Пашуканиса это было всего лишь отражением рыночной экономики, поскольку мы можем заставить других служить нашим целям и в то же время служить целям этих других, лишь вступив в отношения

обмена. Действительно, любой вид взаимности, каким бы окольным путем он ни действовал через социальные формы, приговаривает людей к двойной роли: как целей - в себе и как средства для целей других людей. Поскольку между неявной взаимностью и явным обменом нет ясной разделительной черты или границы, Пашуканис заканчивает выводом о том, что, когда, наконец, настанет коммунизм, все моральные обязанности исчезнут.

Эти представления оказались слишком смелыми (или, по крайней мере, слишком неудобными) для современников Пашуканиса в сталинской России, и в 1937 г. он был репрессирован. Чтобы отдать должное его памяти, следует сказать, что его теории глубоко укоренены в учениях отцов коммунизма. Они очевидным образом опираются на двуединую теорию надстройки и будущего отмирания государства и права. Они также примечательным образом близки всему хору марксистской мысли, особенно той, что видна в вечно молодом мотиве «отчуждения». Маркс с отвращением относился к любому принципу или соглашению, которые могли заставить человека служить целям другого человека, притом что такое принуждение неявно наличествует не только при обмене, но и в любом виде формальной социальной организации. Это отвращение имплицитно обнаруживается в антипатии, которую он всю жизнь испытывал к самому понятию формального разделения труда, — антипатии тем более любопытной, что Марксу должно было быть ясно, что экономическое производство, к которому стремится коммунизм, будет невозможно без выгод, вытекающих из специализации функций. Это фундаментальное неприятие взаимной зависимости наиболее отчетливо выражено в одном раннем отрывке, где Маркс описывает жизнь в буржуазном обществе, т.е. в обществе коммерции, как жизнь, при которой человек «рассматривает других людей как средство, низводит себя самого до роли средства и становится игрушкой чуждых сил»²⁰.

²⁰ Маркс К. К еврейскому вопросу // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 391. Цит. по: Tucker, *Philosophy and Myth in Karl Marx* (1961), p. 105. Эта книга настоятельно рекомендуется всем, кто желает понять смысл того, что можно назвать «моральной атмосферой» учения Маркса.

Ожесточению этого марксова пассажа мы можем противопоставить описание экономического обмена по Филипу Уикстиду, священнику-унитарянцу, ставшему экономистом: «...со всем спектром обмениваемых вещей мы обычно можем действовать более эффективно косвенным способом, преследуя или содействуя целям других людей, нежели прямо преследуя свои собственные... Мы вступаем в деловые отношения с другими людьми не потому, что наши цели эгоистичны, а потому, что те, с кем мы имеем дело, относительно безразличны к ним, но, подобно нам самим, живо заинтересованы в собственных целях, к которым мы, в свою очередь, относительно безразличны... Конечно, для нашего высшего чувства нет ничего унижительного или мятежного в том, что мы взаимно содействуем целям друг друга, будучи заинтересованы в своих собственных... Сеть экономических связей [т.е. сеть обмена] бесконечно расширяет нашу свободу объединения и движения, поскольку это позволяет нам формировать один набор групп, связанных сочленением [разнообразных] способностей и ресурсов, и другой набор групп, связанных общностью цели, без необходимости искать “двойного совпадения”, которое в противном случае было бы необходимо»²¹.

Если было бы возможно обратить время вспять так, чтобы Маркс смог прочесть этот отрывок и усвоить его мысль и настрой, сегодняшний мир для всех нас мог бы быть иным.

МЕСТО РАЗДЕЛИТЕЛЬНОГО УКАЗАТЕЛЯ НА МОРАЛЬНОЙ ШКАЛЕ

Теперь пришло время вернуться в более общему сопоставлению понятий экономической науки и морали. В разговоре о соотношении двух типов морали я предложил образ восходящей шкалы, которая начинается внизу условиями, очевидно необходимыми для социальной жизни, и заканчивается наверху высочайшими устремлениями к человеческому совершенству. Нижние ступени этой шкалы представляют собой мораль долга; ее вершины — мораль стремления. Две эти морали друг от друга отделяет подвижная

²¹ Philip Wicksteed, *The Common Sense of Political Economy*, ed. Robbins (1933), pp. 156, 179–180.

линия раздела, точное местоположение которой определить трудно, но крайне важно.

Разделяющая линия служит важнейшей границей между двумя типами морали. Если мораль долга заходит выше надлежащей ей области, железная рука навязанной обязанности может задушить эксперимент, вдохновение и спонтанность. Если мораль стремления вторгается в область долга, люди могут начать взвешивать и оценивать свои обязательства по своим собственным критериям, и дело может дойти до того, что поэт утопит в реке свою жену, будучи уверен (возможно, вполне обоснованно), что без нее он сможет лучше писать стихи.

Подобное же отношение существует и между экономическими теориями обмена и предельной полезности. Для принципа предельной полезности нет ничего святого; все существующие соглашения подлежат перезаключению в интересах увеличения экономической отдачи. Экономическая теория обмена, напротив, основана на двух фиксированных точках: на собственности и договоре. Она позволяет корыстному расчету царить повсюду, но подобный расчет исключается, когда речь заходит о верности договору или об уважении собственности. Без жертвенного уважения к этим институтам режим обмена потерял бы свою опору, так как никто не располагал бы достаточно устойчивыми позициями, не зная, что он может предложить, или что он может рассчитывать получить от другого. В то же время непоколебимость собственности и договора должны удерживаться в надлежащих границах. Если они выходят за эти границы, усилия общества по направлению своих ресурсов туда, где они будут использованы наиболее эффективно, будет тормозиться системой устоявшихся личных и институциональных интересов, например, теми, кто заинтересован в сохранении за собой резервированных рынков. Последнее представляет собой право собственности, вышедшее за пределы надлежащей ему области. Здесь мы снова сталкиваемся с тем, что по существу является проблемой расположения воображаемого указателя в правильном месте. И снова экономист имеет преимущество перед моралистом. Столкнувшись с трудностями в проведении разделяющей линии, он по крайней мере

может прикрыть свою неуклюжесть впечатляющим лексиконом, который в данном случае не ограничивается невинной прозрачностью слова «полезность», и предлагает термины вроде «монополии», «монопсонии», «параллельных действий» и «жестких цен».

Можно предположить, что всем обязанностям присуще качество определенной негибкости, независимо от того, моральные это или юридические обязанности, возникают они из обмена или из какого-либо иного отношения. В то же время всем человеческим устремлениям к совершенству, в том числе и стремлению к максимальной экономической эффективности, присущи гибкость и чуткость к меняющимся условиям. Поэтому вопрос о поддержании равновесия между опорной структурой и адаптивной гибкостью представляет собой главную проблему проектирования социальных структур. Эта проблема общая для морали, права, экономической науки, эстетики, а также, как показал Майкл Полани, для науки²². Природа этой проблемы воспринимается не вполне адекватно, когда мы размышляем о ней в избитых терминах противопоставления безопасности и свободы, так как нас интересует не просто то, свободны ли индивиды, считают ли они, что находятся в безопасности, чувствуют ли они себя свободными и находящимися в безопасности. Нас интересует достижение гармонии и равновесия процессов — зачастую анонимных — происходящих в обществе в целом²³.

В некотором парадоксальном смысле даже присущая обществу жесткость элементов структуры должна поддерживать себя не просто своим существованием, а активно добиваясь своего признания. Холмс как-то заметил, что

²² Michael Polanyi, *The Logic of Liberty* (1951); Idem, *Personal Knowledge* (1958). [Полани М. Личностное знание. М.: Прогресс, 1985.]

²³ Можно предположить, что частью этой большой проблемы является вопрос о функции статуса или институциональной роли. Я полагаю, что значительную часть анализа этой проблемы, выполненного Честером Барнардом, можно переформулировать в терминах, используемых в этом тексте. См.: Chester Barnard, *Organization and Management* (1948), Chapter XI.

любое юридическое право стремится стать абсолютным²⁴. Можно предположить, что именно стремление к абсолюту составляет сущность понятия «права», как юридического, так и морального. Аналогично можно сказать, что смысл понятия обязанности заключается в сопротивлении ограничению. В противоположность просто предметам желаний, благоразумным советам, обращению к неясным идеалам и т.п., права и обязанности (моральные и юридические) представляют собой точки тяготения для человеческих решений. В надлежащих обстоятельствах они могут быть ограничены, но можно рассчитывать на то, что они будут сопротивляться такому ограничению.

Мнение, выраженное выше, сродни идее «оспоримых понятий» Г. Л. А. Харта²⁵. То, что человек заключил договор, не означает легкого наклона весов юстиции в пользу вывода о том, что он, возможно, принял на себя обязательство. Это означает, что на нем *лежит* обязательство, *если* нельзя установить наличия некоторого особого оправдания, вроде недееспособности или принуждения. Можно сказать, что здесь проявляется тот самый импульс морали долга (выражающий себя через право), направленный на поддержание целостности своей прерогативы и защиту этой прерогативы от эрозии, угроза которой возникает при попытке решить одновременно слишком большую систему уравнений.

НАГРАДЫ И НАКАЗАНИЯ

Осталось упомянуть вкратце одно последнее проявление различия между моралью долга и моралью стремления. Я имею в виду способ, посредством которого это различие находит молчаливое признание в наших социальных практиках, касающихся наказаний и наград.

²⁴ «Все права стремятся провозглашать себя абсолютными вплоть до своей логической крайности. И все же фактически все они ограничены соседством политических принципов, отличных от тех, на которых основано данное конкретное право и которые при достижении определенной точки становятся достаточно сильны, чтобы сохранить свои позиции» (*Hudson County Water Company v. McCarter*, 209 U.S. 349, p. 355 [1908]).

²⁵ H. L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights," in A. G. N. Flew, ed., *Essays on Logic and Language* (1952), pp. 145–166.

Понятно, что в морали долга наказания должны иметь приоритет перед наградами. Мы не хвалим человека и не чествуем его за то, что он поступает соответственно минимальным требованиям общественной жизни. Вместо этого мы оставляем его в покое и сосредотачиваем свое внимание на человеке, который этим требованиям не соответствует, и выражаем ему свое неодобрение, а то и причиняем более существенные неприятности. Из соображений симметрии можно предположить, что в морали стремления, которая стремится к вершине, награда и похвала должны играть ту роль, которую наказание и неодобрение играют в морали долга. Этот зеркальный образ до некоторой степени подкрепляется практикой. Но совершенство симметрии смазывается тем, что чем ближе человек к вершинам человеческих достижений, тем менее компетентны другие люди, чтобы оценить его результаты.

Распределение наград и наказаний пронизывает все наше общество, распространяясь за пределы права в сферы образования, промышленности, сельского хозяйства и спорта. Везде, где имеет место наделение знаками признания или наложение санкций, естественно выбрать некоего арбитра или комиссию, принимающих решение и, независимо от того, идет ли речь о наказании или о награде, от субъекта, выносящего решение, ожидается, что он будет действовать разумно и беспристрастно. Однако между процедурами, отменяющими наказания, и теми, что даруют награды, существует огромное различие. Там, где идет речь о наказаниях и лишениях, мы окружаем решение процедурными гарантиями надлежащего процесса, зачастую разработанного весьма скрупулезно, и должны, насколько это возможно, наложить обязательство подотчетности обществу. Там, где даруются награды и почести, мы довольствуемся более неформальными и менее тщательно разработанными методами принятия решений.

Причина этих различий проста. Там, где дело касается наказаний и лишений, мы действуем на более низких уровнях человеческих достижений, где плохое поведение (если об этом позаботиться) может быть распознано сравнительно надежно, и где можно установить формальные критерии вынесения суждения. На уровне, где присваиваются

почести и призы, как мы видим, было бы мало смысла и много лицемерия в том, чтобы окружать по природе своей субъективное и интуитивное решение процедурами, подobaющими разбирательству в рамках судебного процесса.

Это различие можно было бы проиллюстрировать множеством примеров из самых разных сфер общества. Я приведу лишь два. В отношении персонала, состоящего в профсоюзе, основным управленческим действием, подвергаемым арбитражному рассмотрению, обычно являются увольнения. При наличии некоторых типов [трудового] договора факты продвижения по службе могут никогда не стать предметом арбитража; но даже когда такое случается, для арбитражного процесса они являются менее удовлетворительным материалом, чем увольнения. Об ошибках в бейсболе формально судят эксперты и объявляют о них публично, а признание блестящей игры на поле — к примеру, мяч, пойманный Вилли Мейсом, — зависит от одобрения неформальным мнением болельщиков и газетных репортеров. Эта практика может, разумеется, исказить ERA питчера*, но мы принимаем это искажение как небольшую цену, которую платим за то, чтобы избежать обязательства измерять с высокой точностью то, что не может быть измерено.

При присуждении почетных степеней, военных наград, медалей за героизм, литературных и научных призов, премий от различных фондов и приглашений на торжественные обеды, мы, как правило, обходимся неформальными методами принятия решения (зачастую закрытыми для публики). Представляется, что из этой свободы есть лишь одно известное исключение, представленное продуманной и формальной процедурой канонизации в римско-католической Церкви. Но и эта процедура в сущности не является исключением. Ее цель не в том, чтобы воздать почести святому, а в санкционировании культа. На языке административного права это называется процедурой сертификации. Требуемые для этого деяния — включая сотворенные чудеса — по необходимости выходят за самые высокие пределы

* ERA (earned run average) — статистический показатель игры питчера (игрока, бросающего мяч). Чем он ниже, тем лучше. — *Прим. ред.*

шкалы человеческих достижений. Предполагается, однако, что эти чудеса лежат в пределах нижних градаций шкалы сверхъестественного.

В социальных практиках, описанных выше, содержится неизменное опровержение идеи — весьма распространенной в дискуссиях на темы морали аргументации — что мы должны знать, что является абсолютным благом, прежде чем сможем распознать плохое или не совсем приемлемое. Будь это так, было бы гораздо легче определить отклонение от совершенства на пять процентов, чем девяносто-процентное отклонение. Но, когда доходит до конкретных примеров, здравый смысл говорит нам, что к отклонениям от удовлетворительного мы можем применить более объективные критерии, чем к результатам, достигнутым при стремлении к совершенству. И именно на этом представлении, основанном на здравом смысле, мы строим наши институты и практику.

ГЛАВА II

МОРАЛЬ, ДЕЛАЮЩАЯ ВОЗМОЖНЫМ ПРАВО

Закон, которому человек не может подчиниться и который он не может соблюдать, ничтожен и не является законом: невозможно ни повиноваться противоречиям, ни действовать в соответствии с ними.

Vaughan C. J. in *Thomas v. Sorrell*, 1677

Было бы желательно, чтобы наши ученые юристы... ответили бы на следующие вопросы...

Неужели политически организованное общество, когда выбирало парламент, предоставило ему незаконную неограниченную власть и полный произвол поступать вопреки своим собственным законам и предписаниям прежде, чем он их отменит?

Лильберн «Защита прирожденного права Англии»*,
1645 г.

Эта глава начнется с весьма длинной аллегии. В ней говорится о несчастливом правлении монарха с именем весьма подходящим, но совсем невыразительным, и даже звучащим не совсем по-королевски, — словом, короля по имени Кароль**.

ВОСЕМЬ СПОСОБОВ ПОТЕРПЕТЬ НЕУДАЧУ, СОСТАВЛЯЯ ЗАКОН

Кароль взошел на трон, будучи исполнен реформаторского рвения. Он полагал, что самые большие неудачи его предшественники потерпели в области права. На протяжении

* Lilburne, *England's Birth-Right Justified*.

** У автора: Rex (англ., книжн.) — король.

поколений правовая система не знала ничего похожего на фундаментальную реформу. Процессуальные процедуры были громоздки, нормы закона излагались архаическим языком прошлых веков, правосудие обходилось дорого, судьи были небрежны и зачастую продажны. Кароль был твердо настроен исправить все это и войти в историю в качестве великого законодателя. Но такова была его несчастная судьба, что его намерения с треском провалились: он не только не преуспел в проведении необходимых реформ, но и не смог создать ни одного закона — ни хорошего, ни плохого.

Первый официальный акт Кароля, однако, был впечатляющим и милостивым. Решив начать с чистого листа, он объявил, что немедленно отменяет все существующие законы. Затем он приступил к составлению нового свода законов. К несчастью, будучи единственным принцем, он обучался в одиночестве: в его образовании оказалось много пробелов. Кароль, например, обнаружил, что не умеет делать простейшие обобщения. Самонадеянности ему хватало, но, когда дело доходило до разрешения конкретных противоречий, ему приходилось до предела напрягать свои способности, чтобы обосновать полученные выводы.

Осознав свою ограниченность, Кароль отказался от намерений разработать проект свода законов и объявил своим подданным, что впредь он станет судьей в любых спорах, которые между ними возникнут. Он надеялся, что рассмотрение разнообразных тяжб поможет развиться его дремлющим способностям к обобщению, и, разбирая дело за делом, он постепенно выработает систему норм, которые можно будет включить в свод законов. К несчастью, недостатки его образования были куда существенней, чем он предполагал. Это предприятие потерпело полный провал. В сотнях вынесенных им решений ни сам Кароль, ни его подданные не смогли обнаружить никакой системы. Попытки обобщения, которые должны были обнаружиться в его мнениях, только усугубили неразбериху, так как давали его подданным ложные указания и лишили взвешенности его собственные невеликие способности к суждениям при рассмотрении последующих дел.

Потерпев фиаско, Кароль понял, что все нужно начинать сначала. Первым делом он записался на курс занятий по обобщению. Укрепив таким образом свои интеллектуальные силы, он возобновил проект разработки свода законов, и после многих часов работы в одиночестве ему удалось подготовить весьма пространный документ. Однако Кароль не был уверен в том, что полностью справился со своими предыдущими промахами, и потому объявил своим подданным, что впредь при решении дел он будет руководствоваться сводом законов, которые написал сам, но содержание этого свода в течение некоторого времени будет оставаться официальной государственной тайной, известной лишь ему самому и его писцу. К изумлению Кароля, этот разумный план резко возмутил его подданных. Они заявили, что им будет крайне неприятно, если дела будут решаться по законам, содержание которых невозможно узнать.

Огоршенный таким отказом, Кароль занялся серьезной переоценкой своих личных сильных и слабых сторон. Он решил, что жизнь преподала ему ясный урок, состоящий в том, что решения куда легче принимать задним числом, нежели пытаться предвидеть будущее и управлять им. Ретроспективный взгляд не только упрощает процесс принятия решений по судебным делам, но и облегчает приведение оснований этих решений, а для Кароля это имело первостепенную важность. Решив извлечь из этого озарения пользу, он придумал следующий план. В начале каждого календарного года он будет решать все споры, возникшие между его подданными в предыдущем году. Свои решения он сопровождает исчерпывающим изложением оснований. Естественно, приведенные таким образом основания в последующие годы не должны восприниматься как связывающие процесс принятия решений в последующие годы, поскольку это означало бы фактический отказ от новой системы, смысл которой состоит как раз в том, чтобы использовать выгоды от принятия решений задним числом. Кароль самонадеянно объявил подданным свой новый план, заметив, что собирается издать полный текст своих судебных решений вместе с примененными в них нормами, ответив таким образом на главное возражение против старого плана.

Его подданные встретили это известие молчанием, а затем через своих старейшин спокойно объяснили, что, говоря о том, что им нужно знать правила, они имели в виду, что хотят знать их *заранее*, чтобы действовать в соответствии с ними. Кароль проворчал, что они могли бы выражаться яснее, и он посмотрит, что тут можно сделать.

Теперь Кароль окончательно понял, что ему не избежать издания свода законов, декларирующего нормы, которые будут применяться к будущим спорам. Продолжая брать уроки по обобщению, он старательно поработал над исправленным сводом законов и, наконец, объявил, что вскоре он будет опубликован. Это объявление было встречено всеобщей радостью. Тем более сильным было смятение подданных Кароля, когда свод законов наконец появился: он оказался настоящим шедевром невнятности. Изучив его, юристы объявили, что в нем нет ни одной фразы, которую мог бы понять обычный гражданин или правовед. Негодование стало всеобщим, и вскоре перед королевским дворцом появился пикет с плакатом следующего содержания: «Как соблюдать закон, которого никто не понимает?»

Свод законов был быстро отозван. Впервые признав, что ему нужна помощь, Кароль собрал команду экспертов для работы над исправлениями. Он распорядился, чтобы они оставляли нетронутым содержание, прояснив форму, в которой оно излагалось. Получившийся свод законов был образцом ясности, но по мере его изучения стало очевидным, что эта самая новая ясность высветила противоречия, которыми пестрит новый кодекс. Заслуживающие доверия источники сообщили, что в своде законов нет ни единого положения, которое бы не было сведено на нет другим положением, противоречащим первому. Перед королевской резиденцией снова появился пикет с плакатом, гласившим: «Теперь король ясно сообщил, что хочет двигаться одновременно в противоположные стороны».

И снова свод законов был отозван для пересмотра. Однако к этому моменту терпение Кароля лопнуло: ведь его подданные, судя по всему, принимали в штыки все, что он пытался для них делать. Он решил преподать им урок и положить конец придиркам. Он приказал своим экспертам вычистить противоречия из свода законов, но при этом

резко ужесточить каждое его требование, добавив длинный список новых преступлений. Теперь десять дней, которые прежде давались гражданину на знакомство с обвинением, прежде чем вызвать его в тронный суд, сократились до десяти секунд. Кашель, чихание, икота, обморок или рвота в присутствии короля стали преступлением, наказываемым десятью годами тюрьмы. Непонимание, неверие и неверное изложение доктрины спасения через эволюцию и демократию стало означать государственную измену.

Опубликование нового свода законов чуть было не спровоцировало революцию. Уважаемые граждане заявили, что не станут подчиняться этим законам. Кто-то обнаружил у древнего автора подходящий отрывок: «Приказывать делать то, чего сделать невозможно, не означает творить закон; это означает уничтожение закона, ибо приказ, выполнить который невозможно, не служит никакой иной цели, кроме беспорядка, смятения и хаоса». Вскоре этот отрывок был процитирован в ста петициях королю.

И снова свод законов был отозван, а команду экспертов усадили исправлять его. Приказ короля юристам был таков: всякий раз, когда они обнаружат закон, который требует невозможного, его следует исправить так, чтобы его выполнение стало возможным. Оказалось, что для этого нужно полностью переписать заново буквально каждое положение кодекса. Конечным результатом стал триумф искусства составления законопроектов. Свод законов был ясен, непротиворечив и не требовал от подданных ничего лежащего за пределами их возможностей. Свод законов напечатали и стали бесплатно раздавать на каждом углу.

Однако прежде чем законы вступили в действие, обнаружилось, что на их пересмотр ушло куда больше времени, чем Кароль предполагал первоначально, и что события опередили содержание законов. С того времени, как он взошел на трон, все обычные юридические процессы были приостановлены, и это вызвало важные экономические и институциональные изменения в стране. Чтобы приспособиться к изменившимся условиям, требовалось множество изменений в содержании законов. Соответственно, как только новый свод законов вступил в действие, на него обрушился целый вал поправок. И вновь поднялось

народное недовольство; на улицах стал распространяться анонимный памфлет, содержащий грубые карикатуры на короля, и озаглавленный: «Закон, который меняется ежедневно, хуже отсутствия закона».

Через короткое время этот источник недовольства сам собой начал истощаться, так как замедлился темп, с которым вносились поправки. Однако прежде чем это стало заметно, Кароль объявил важное решение. Размышляя над несчастьями своего правления, он сделал вывод, что большая часть неприятностей происходит от плохих советов, которые давали ему эксперты - правоведы. В соответствии с этим он объявил, что вновь принимает на себя всю судебную власть. Так он сможет непосредственно регулировать применение нового кодекса и спасет страну от следующего кризиса. Практически все свое время Кароль теперь проводил, заслушивая судебные дела и вынося по ним решения в соответствии с новым сводом законов.

По мере того как король продолжал свои занятия, начало казаться, что его доселе спящие способности к обобщениям пробудились и расцвели, пусть и с запозданием. В его суждениях в самом деле начали обнаруживаться уверенность и бьющая через край искренность, так как теперь он искусно рассматривал свои прошлые решения, показывал основания, из которых исходил, и закладывал принципы, которыми следовало руководствоваться при рассмотрении будущих споров. Казалось, для подданных Кароля забрезжила заря нового дня, и они, наконец, получили возможность соотносить свои поступки с внутренне согласованным корпусом законов.

Однако эта надежда вскоре рухнула. Когда подданные Кароля внимательно изучили вышедшие тома его судебных решений, обнаружилось, что между этими решениями и сводом законов, который, как подразумевалось, должен был в них применяться, нет никакой видимой связи. Если говорить о том, какой след новый свод законов оставил в судебных постановлениях, то его как будто бы не было вовсе. И все же, объявляя каждое свое решение, Кароль постоянно повторял, что свод законов есть основной закон королевства.

Влиятельные граждане начали встречаться частным образом и обсуждать, какие меры, кроме открытого бунта,

можно предпринять, чтобы стащить короля с судейской скамьи и посадить обратно на трон. Пока шли эти споры, Кароль внезапно умер, состарившись прежде времени, глубоко разочарованный своими подданными.

Первый же акт, который объявил его наследник Кароль II, гласил, что правительственные полномочия отнимаются у юристов и передаются психиатрам и специалистам по связям с общественностью. Он объяснил, что таким образом людей можно будет сделать счастливыми безо всяких законов.

ПОСЛЕДСТВИЯ НЕУДАЧИ

Нелепая карьера Кароля в качестве законодателя и судьи показывает, что попытка создать и поддерживать систему правовых норм может потерпеть провал по меньшей мере восемью способами; существуют восемь путей, которые ведут эту, так сказать, затею к катастрофе. Первый и наиболее очевидный состоит в неспособности установить какие-либо нормы вообще, так что каждое дело должно решаться *ad hoc**. Остальные пути состоят в следующем: 2) необнародование, или по меньшей мере недоступность для ознакомления заинтересованной стороной законов, соблюдения которых от нее ожидается; 3) злоупотребление законами, имеющими обратную силу, которые не только не способны направлять действия, но и подрывают целостность будущих законов, ставя их под угрозу изменений задним числом; 4) неспособность сделать законы понятными; 5) принятие противоречивых законов или 6) законов, которые требуют поведения, которое превышает пределы возможностей тех, кто их должен выполнять; 7) столь частое внесение изменений в законы, что подданный не может использовать их для направления своих действий; и, наконец, 8) несоответствие между писаными законами и их фактическим применением.

Полный провал, поджидающий на любом из этих восьми направлений, означает не просто плохую правовую систему, а ведет к тому, что вообще нельзя назвать правовой системой, за исключением, пожалуй, расширительного смысла,

* К случаю (лат.). — Прим. ред.

в котором не имеющий юридической силы договор все же можно назвать разновидностью договора. Разумеется, нет никаких рациональных оснований для утверждения о том, что у человека есть моральная обязанность подчиняться правовой норме, которая не существует, или которую держат от него в тайне, или которая появилась позднее, чем этот человек предпринял некое действие, или нечетко выражена, или противоречит другой норме той же системы, или требует невозможного, или меняется ежеминутно. Человек вполне может подчиняться норме, которую игнорируют те, кто отвечает за ее проведение в жизнь, но в какой-то момент повиновение становится бессмысленным — в сущности, столь же бессмысленным, как идти голосовать на выборах, зная, что твой голос не будет учтен. Как заметил социолог Зиммель, между правительством и гражданином существует своего рода взаимность относительно соблюдения законов¹. По существу, правительство говорит гражданину: «Мы ожидаем, что вы будете следовать этим законам. Если вы следуете им, мы заверяем вас, что именно эти законы будут применяться к вашим поступкам». Когда правительство окончательно и полностью рвет эти узы взаимности, не остается ничего, на чем бы основывался долг гражданина соблюдать эти законы.

Затруднительное положение гражданина осложняется еще больше, когда, как случилось в Германии при Гитлере, наступает всеобщий и решительный упадок законности даже при том, что ни по одному из перечисленных выше направлений дело не дошло до полного провала². Напри-

¹ *The Sociology of Georg Simmel* (1950), trans. Wolff, §4, «Intewraction in the Idea of Law», pp. 186—189; см. также ch. 4 «Subordination under a Principle», pp. 250—267. Тем, кого интересует определение условий, в которых может быть реализован идеал «верховенства права», стоит изучить обсуждение этого вопроса Зиммелем.

² Некоторые черты этого упадка я привел в своей статье «Positivism and Fidelity to Law», 71 *Harvard Law Review* 630, 648—657 (1958). В этой статье нет попытки представить исчерпывающий анализ всех судебных решений вынесенных в послевоенной Германии в отношении событий гитлеровского режима. Некоторые из позднейших решений аннулировали решения, вынесенные судами гитлеровского периода, не потому, что применяемые законы не имели юридической силы, а на основании того, что нацистские судьи неправильно толковали законы своего собственного

мер, постепенно складывается ситуация, когда одни законы публикуются, а другие, в том числе и наиболее важные, — нет. Хотя большинство законов применимы только после их принятия, имеет место настолько свободное использование законов, имеющих обратную силу, что ни один закон не защищен от изменения постфактум, если это удобно тем, в чьих руках находится власть. Для суда по уголовным делам, связанным с лояльностью к режиму, учреждаются специальные военные трибуналы, и они всякий раз, когда это им удобно, игнорируют законы, которыми, как предполагается, должны руководствоваться в своих решениях. Главная цель правительства, по-видимому, все в большей степени состоит не в том, чтобы дать гражданам законы, которые формируют их поведение, а в том, чтобы запугать их до состояния беспомощности. По мере развития подобной ситуации проблема, встающая перед гражданами, не так проста, как проблема избирателя, который знает наверняка, что его голос не будет учтен. Положение куда более похоже на положение избирателя, который знает, что скорее всего его бюллетень не будет учтен, но если его учтут, то весьма вероятно, что его учтут как голос, поданный за сторону, против которой он и голосовал. В этом затруднительном положении гражданин должен решить для себя, оставаться ли в рамках системы и опустить ли свой бюллетень в урну, выражая этим символическим актом надежду на наступление лучших дней. В таком же положении находился германский гражданин при Гитлере, сталкивавшийся с вопросом, обязан ли он повиноваться тем частям законов, которые не затронул нацистский террор.

правительства. См.: Pappe, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era," 23 *Modern Law Review* 260—274 (1960). С моей точки зрения, доктор Паппе заходит в своих оценках слишком далеко. Прежде всего, смысл закона отчасти, определяется принятыми способами его толкования. Можно ли сказать, что суды послевоенной Германии в полной мере признавали действительность нацистских законов, когда они толковали их согласно своим собственным критериям, вместо того, чтобы использовать для их толкования совсем иные критерии, действовавшие в период нацистского режима? Более того, попытка дать точное толкование такого рода законам, полным весьма туманных формулировок и дававшим неограниченные полномочия органам власти, представляется весьма сомнительной.

В подобных ситуациях не может существовать простого принципа для проверки того, обязан ли гражданин соблюдать верность закону, как не может быть принципа для проверки того, имеет ли он права на участие во всеобщей революции. Однако ясно одно. Простое уважение к законной власти не следует путать с верностью закону. К примеру, подданные Кароля оставались преданными своему королю в течение всего срока его долгого и неудачного правления. Но они не были верны его закону, так как он не создал ни одного закона.

СТРЕМЛЕНИЕ К ПРАВОВОМУ СОВЕРШЕНСТВУ

Итак, мы выявили восемь способов потерпеть неудачу в попытке создания закона. Им соответствуют восемь видов юридического совершенства, к которым может стремиться система норм. То, что на самом низшем уровне проявляется как непрременные условия для существования права вообще, по мере подъема по шкале достижений становится все более растущим вызовом человеческим способностям. Есть соблазн вообразить на вершине этого восхождения Утопию законности, в которой все нормы совершенно ясны, согласуются друг с другом, известны каждому гражданину и никогда не имеют обратной силы. В этой Утопии все нормы сохраняют постоянство во времени, не требуют невозможного и scrupulously соблюдаются судами, полицией и всеми, на кого возложена задача проведения их в жизнь. По причинам, которые я вскоре назову, эта Утопия, в которой реализация всех восьми принципов законности доведена до совершенства, на самом деле не является полезной целью, которой следует руководствоваться в стремлении утвердить законность: цель совершенства является гораздо более сложной. Тем не менее она все-таки предлагает восемь четких критериев, с помощью которых можно проверить достигнутую степень совершенства в сфере законности.

Разъясняя в первой главе различие между моралью долга и моралью стремления, я говорил о воображаемой шкале, которая начинается снизу очевиднейшими и важнейшими моральными обязанностями и поднимается вверх, к высо-

чайшим достижениям, открытым человеку. Я также говорил о невидимом указателе, разделяющем шкалу по линии, где давление обязанностей сходит на нет и начинается вызов совершенства. Теперь должно быть ясно, что внутренняя мораль права представляет все эти аспекты. Она равно охватывает и мораль долга, и мораль стремления. Она также ставит перед нами вопрос о том, где проводить границу, ниже которой люди будут осуждены в случае неудачи, но не смогут ожидать никакой похвалы в случае успеха, а выше которой их успех будет вызывать восхищение, а в случае неудачи, их в худшем случае лишь пожалеют.

Применяя анализ, изложенный в первой главе, к нашему теперешнему предмету, важно рассмотреть некоторые отличительные черты внутренней морали права. В том, что можно назвать основополагающей моралью социальной жизни, обязанности по отношению к другим людям вообще (в отличие от обязанностей по отношению к конкретным индивидам) обычно требуют лишь отказа от совершения каких-либо деяний, или, говоря иначе, негативны по своей природе: не убий, не навреди, не обманывай, не клевети, и т.п. Такие обязанности поддаются формализованному определению без особых трудностей. Это означает, что, если нас интересуют правовые или моральные обязанности, мы способны разработать критерии, описывающие достаточно точно, пусть даже с неизбежностью неполно, тот вид поведения, которого следует избегать.

Однако требования внутренней морали права, хотя и затрагивают отношения между индивидами в целом, не ограничиваются воздержанием от совершения чего-либо: они, пользуясь неточным выражением, по своей природе позитивны [affirmative]: сделайте закон известным, сделайте его последовательным и ясным, следите за тем, чтобы ваши решения как должностного лица соответствовали закону, и т.д. Для соблюдения этих требований энергию человека требуется сориентировать на определенного рода достижения, а не просто предостеречь его от вредных деяний.

Ввиду позитивных и творческих требований внутренней морали права она плохо поддается реализации посредством обязанностей, будь то обязанности моральные или правовые. Сколь бы желательным ни представлялось какое-либо

направление человеческих усилий, утверждая обязанность следовать ему, мы должны будем взять на себя ответственность за определению границы, за которой эта обязанность оказывается нарушенной. Легко сказать, что на законодателя возложен моральный долг делать законы ясными и понятными. Но это останется в лучшем случае простым призывом, если мы не готовы определить степень ясности, которой он должен достичь, чтобы эта обязанность считалась исполненной. Идея о том, чтобы подвергнуть ясность количественному измерению, представляет очевидную трудность. Мы, разумеется, можем удовлетвориться словами, что на законодателя возложена по крайней мере моральная обязанность стараться быть ясным. Но это лишь переводит трудность в другую плоскость, так как в некоторых ситуациях нет ничего труднее, чем пытаться измерить степень решительности, с которой человек намеревался сделать то, чего он не сделал. Во всяком случае в морали права от благих намерений мало пользы, что прекрасно продемонстрировала деятельность короля Кароля. Все это приводит к выводу о том, что внутренней морали права суждено оставаться в значительной степени моралью стремления, а не долга. Она должна апеллировать прежде всего к чувству ответственности попечителя и к гордости искусного ремесленника.

Есть одно важное исключение из этих соображений. Оно касается *desideratum*^{*}, заключающегося в том, чтобы сделать закон известным или, по меньшей мере, доступным для тех, кого он касается. Здесь мы имеем требование, которое может быть формализовано с необычайной легкостью. Писаная конституция может предписать, что ни один законодательный акт не должен становиться законом, пока он не опубликован по указанной форме. Если у судов есть власть сделать это условие действующим, мы можем говорить о юридическом требовании к законотворчеству. Но столь же легко представить моральную обязанность в отношении публикации. Например, ожидания в отношении способа обнародования законов могут быть сформированы традицией, оставляющей неясным, какие последствия возникнут при отходе от этого способа публикации.

* Что-либо недостающее, желаемое (лат.). — Прим. ред.

Формализация *desideratum* относительно обнаружения имеет очевидные преимущества перед рассредоточенными усилиями, даже когда они предпринимаются разумно и добросовестно. Формализованный критерий обнаружения не только говорит законодателю, где ему публиковать законы, но и дает возможность подданному — или представляющему его интересы адвокату — знать, куда пойти, чтобы изучить нужный закон.

Можно предположить, что принцип, осуждающий законы, имеющие обратную силу, можно с легкостью формализовать в простой норме, гласящей, что ни один закон такого рода либо не должен приниматься, либо, если он принят, не должен иметь юридической силы. Однако такая норма навредила бы делу законности. Парадоксальным образом одно из наиболее очевидных требований законности: правило, принятое сегодня, должно применяться для случаев, которые произойдут завтра, и не должно применяться для случаев, которые произошли вчера — как выясняется, представляет собой одну из наиболее сложных проблем всей внутренней морали права.

Относительно иных требований законности, помимо обнаружения, следует сказать, что самое большее, чего мы можем ожидать от конституций и судов, — это спасение от хаоса; не стоит ожидать, что они установят широкий набор обязательных шагов, выполнив которые можно прийти к поистине значительным достижениям.

ЗАКОННОСТЬ

И ЭКОНОМИЧЕСКИЙ РАСЧЕТ

В первой главе я пытался показать, каким образом по мере того, как мы оставляем область морали долга и возносимся к вершинам морали стремления, возрастает роль принципа предельной полезности в принимаемых нами решениях. На уровне обязанностей неуместно все, что имеет хоть какое-то отношение к экономическому расчету. В морали стремления последний не только уместен, но и становится неотъемлемой частью морального решения как такового, причем по мере того, как мы продвигаемся к высочайшим уровням достижений, роль его возрастает.

Нетрудно показать, что, когда возникает конфликт между внутренней и внешней моралью права, может появиться необходимость в чем-то вроде экономического расчета. К примеру, с точки зрения внутренней морали права желательно, чтобы законы оставались стабильными во времени. Но очевидно, что меняющиеся обстоятельства и изменения в сознании людей могут потребовать изменений в материально-правовых целях закона, причем порой с раздражающей частотой. Здесь нам часто приходится выбирать средний курс между слишком частыми изменениями и неизменностью — не потому, что мы считаем выбранный курс единственно верным, а потому что при любых обстоятельствах необходимо ясно отдавать себе отчет в опасностях, поджидающих нас по обе стороны лезвия бритвы, по которому мы должны пройти.

Полагаю, что куда менее очевидна возможность возникновения антиномий в пределах внутренней морали права. Однако легко показать, что разного рода *desiderata*, из которых складывается эта мораль, порой могут противоречить друг другу. Так, например, желательно, чтобы законы оставались во времени неизменными, но при этом не создавали непреодолимых барьеров, препятствующих повиновению им. Однако быстрые изменения обстоятельств, например, связанные с инфляцией, могут сделать соблюдение конкретного закона, которое когда-то не представляло труда, все более сложным делом, вплоть до полной невозможности. Здесь снова может возникнуть необходимость выбора среднего курса, что влечет за собой некоторое ухудшение с точки зрения обоих *desiderata*.

Во время поездки в Польшу в мае 1961 г. я имел беседу с бывшим министром юстиции, фрагмент которой уместно привести здесь. Собеседница сообщила мне, что в первые годы коммунистического режима предпринимались серьезные и непрекращающиеся усилия к тому, чтобы формулировать законы как можно яснее, чтобы они были понятны рабочему и крестьянину. Однако вскоре обнаружилось, что подобная ясность может быть достигнута лишь за счет тех ключевых элементов правовой системы, которые организуют ее законы в логически непротиворечивое целое и делают возможным их последовательное применение в судах. Иными

словами, обнаружилось, что создание законов, полностью понятных гражданину, несло в себе скрытые «издержки», которые сделали бы их применение в судах более непостоянным и менее предсказуемым. Поэтому стало неизбежным некоторое отступление к более сбалансированной точке зрения.

Можно привести множество подобных примеров и иллюстраций. Полагаю, что было сказано достаточно для того, чтобы показать, что на утопию законности нельзя смотреть, как на ситуацию, в которой каждое *desideratum* специфической морали права реализовано в совершенстве. Это вовсе не является особым качеством — и уж конечно не дефектом — внутренней морали права. В любом человеческом устремлении на длинном пути, ведущем из пучины полного неуспеха к высотам человеческого совершенства, мы неизменно будем сталкиваться с проблемой нахождения баланса в некоторой точке.

Теперь настало время приступить к подробному рассмотрению каждого из восьми требований, предъявляемых внутренней морали права. В этом обзоре будут проанализированы некоторые трудности, прежде остававшиеся без внимания, в частности те, что касаются отношений между внутренней и внешней моралью права. Будут также высказаны некоторые замечания о том, каким образом исторически возникали проблемы внутренней морали права.

ВСЕОБЩНОСТЬ ЗАКОНА

Первое *desideratum* системы подчинения человеческого поведения руководству правил очевидно: правила или нормы должны существовать. Это *desideratum* может быть определено как требование всеобщности.

Возможно, наиболее примечательной в новейшей истории неудачей в достижении всеобщности норм был провал некоторых наших органов государственного регулирования, в частности тех, которые выполняют функцию распределения средств и ресурсов. Подобно королю Каролу, они принялись за дело, полагая, что, переходя от задачи к задаче, они постепенно обретут понимание, которое позволит им разработать общие критерии решений. В некоторых случаях эти надежды рухнули почти безвозвратно; именно так произошло с Управлением гражданской авиации и Федеральной

комиссией по связи. Причина этой неудачи, на мой взгляд, коренится в природе задач, поставленных перед этими органами: с помощью различных форм разрешения правовых споров они пытаются добиться того, чего таким способом достичь невозможно³. Но безотносительно причин в деле создания внутренне согласованных правовых систем эти государственные органы потерпели впечатляющий провал.

На эти органы жалуются не столько оттого, что учрежденные ими нормы несправедливы, а оттого, что они не смогли разработать сколько-нибудь значимые правила. Установить это различие важно, так как *desideratum* всеобщности порой толкуют как требование беспристрастности закона в том смысле, что его нормы должны применяться к общим классам и не должны содержать имен собственных. Этот принцип выражен в конституционных положениях, лишаящих законной силы «частные законы» и «специальное законодательство»⁴. Но эти положения защищают принцип справедливости, который в терминах нашего анализа принадлежит внешней морали права.

³ Я попытался проанализировать ограничения, присущие процессу разбирательства, в двух статьях: "Adjudication and the Rule of Law", *Proceeding of the American Society of International Law* (1960), pp. 1—8; "Collective Bargaining and the Arbitrator", *Wisconsin Law Review* 3—46 (1963). Несколько позже я планирую опубликовать более общий анализ под названием *The Forms and Limits of Adjudication*. См. также ниже, с. 203—211.

⁴ См.: статью "Special, Local or Private Laws" в *Index Digest of State Constitutions* (2d ed. 1959), изданном фондом Legislative Drafting Research Fund Колумбийского университета. Положения такого рода вызывают у судов и законодательных учреждений массу трудностей. Порой эти требования выполняются посредством лицемерных уловок вроде положения о том, данный конкретный статут применяется «ко всем городам штата которые, согласно последней переписи, имеют население более 165 000 и менее 166 000 человек». Прежде чем осуждать эту кажущуюся увертку, напомним, что понятия одноэлементного класса или множества известны и логике, и теории множеств. Иногда запрет специальных законов направлен против вполне очевидных злоупотреблений законодательной власти. К примеру, конституция Калифорнии запрещает специальные законы «о наказаниях за преступления..., регулирующие судебную практику..., предоставляющие развод..., объявляющие какое-либо лицо совершеннолетним» (Статья VI §25, с поправкой от 4 ноября 1952). Та же статья, однако, содержит общий запрет на специальные или местные законы «во всех случаях, где может применяться общий закон». Это породило настоящий всплеск судебных тяжб.

Этот принцип отличается от требования внутренней морали права, согласно которому должны существовать хоть какие-то нормы, независимо от того, насколько они справедливы или несправедливы. Можно представить правовую систему, направленную на отдельно поименованного индивида, регулирующую его поведение по отношению к другим индивидам. Нечто вроде этого может существовать в отношениях работодателя с работником. Если работодатель хочет избежать того, чтобы стоять у работника над душой и направлять каждое его действие, он может счесть необходимым ясно сформулировать и довести до сведения работника некоторые общие принципы поведения. Здесь перед работодателем открываются все те пути, ведущие к неудаче, которые прошел король Кароль. У него может не получиться сформулировать общее правило, а если правило все-таки сформулировано, он может не суметь довести его до работника, и т.д. Если работодателю удастся провести в жизнь функционирующую систему норм, он обнаружит, что этот успех куплен некоторой ценой для самого себя. Он не только должен посвятить этой затее определенные физические и умственные усилия; достижение успеха в этом предприятии ограничивает его собственную свободу действий. Если в похвале и порицании он будет систематически пренебрегать им же самим установленными нормами, то может обнаружить, что созданная им правовая система распадается, и безо всякого бунта она может перестать приносить ему то, что он хотел получить посредством этой системы.

В действующих системах, предназначенных для того, чтобы контролировать и управлять поведением человека, редко встречается полный неуспех в создании чего-то вроде всеобщего правила. Некоторая генерализация скрывается даже в акте сообщения единичного пожелания. Команда собаке «дай лапу» требует определенной способности к обобщению и от собаки, и от хозяина. Прежде чем исполнить команду, собака должна понять, какое из множества мало различающихся между собой действий будет принято за «рукопожатие». Более того, хорошо выдрессированная собака вовремя сообразит, в каких ситуациях ей с наибольшей вероятностью подадут команду «дай лапу» и зачастую будет подавать лапу, предвосхищая команду. Ясно, что

нечто вроде этого может происходить и происходит среди людей, даже если те, кто обладает властью отдавать приказы, не имеют желания устанавливать общие нормы. И хотя полная неспособность к обобщению встречается лишь у людей, наделенных непроходимой глупостью короля Кароля, тем не менее множество правовых систем, больших и малых, страдают от отсутствия общего принципа⁵.

Проблема всеобщности совершенно недостаточным образом освещена в литературе по правоведению. Остин прав в том, что правовая система есть нечто большее, чем ряд бессистемных актов применения политической власти. И все же проводимое им различие между общими и частными приказами столь произвольно и чуждо его системе в целом, что после него англо-американская литература едва ли оправилась от заданного ей изначально неверного курса⁶.

Возможно, основной недостаток подхода Остина состоит в том, что он не разделяет два вопроса: (1) чем обеспечивается действенность системы правовых норм и (2) что мы должны считать «законом»? В подходе, представленном в этих лекциях, в основе требования всеобщности лежит трюизм, согласно которому для того, чтобы управлять человеческим поведением при помощи норм, нормы должны существовать. Здесь никоим образом не утверждается, что каждый акт правительства, имеющий «законную силу», как, например, постановление суда, направленное против конкретного ответчика, должен принимать форму установления общей нормы. Нет здесь и попытки выносятся официальные заключения по вопросам лингвистического удобства,

⁵ Жалоба Герберта Векслера на то, что нескольким последним решениям Верховного суда по конституционным делам недостает того уровня аргументированного обобщения, который обеспечивает «нейтралитет» суда, есть позднейшее выражение сетований, восходящих еще к периоду зарождения самого права. См.: Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (1961).

⁶ См.: Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1789), Lecture 1, pp. 94—98; Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), pp. 161—162; Brown, *The Austinian Theory of Law* (1906), pp. 17—20; cf.: Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp. 37—39; Somló, *Juristische Grundlehre* (2d ed. 1927), §20, pp. 64—65. На английском языке, как мне представляется, проблема наилучшим образом изложена в: Patterson, *Jurisprudence — Men and Ideas of the Law* (1953), ch. 5.

как, например, при решении вопроса о том, должны ли мы назвать законом статут, учреждающий контору налоговой инспекции в Сентервилле*.

ОБНАРОДОВАНИЕ

Проблема обнародования закона, периодически возникающая вновь и вновь, имеет давнюю историю, восходя по меньшей мере к сецессии плебеев в Древнем Риме⁷. Каким бы очевидным и настоятельным это требование ни казалось, следует признать, что оно подчиняется принципу предельной полезности. Действительно, было бы глупо пытаться непременно научить каждого гражданина полному пониманию смысла каждого закона, который в принципе может быть к нему применен, хотя Бентам и хотел пойти по этому пути довольно далеко⁸.

Необходимость в таком образовании будет, разумеется, зависеть от того, насколько сильно требования закона отличаются от общепринятом представлении о правильном и неправильном. На протяжении большей части своей истории общее право в значительной степени занималось выявлением скрытых оснований концепций, которые в целом разделялись современным этим концепциям обществом. Высокая степень совпадения между требованиями морали и права заметно ослабила силу возражения, состоящего в том, что нормы общего права, в отличие от кодекса, трудны для понимания.

Проблему обнародования усложняет вопрос: «Что считать законом при выполнении этих требований?» Органы, принимающие решение, и в особенности административные суды, часто придерживаются той точки зрения, что, хотя нормы, применяемые ими к решению споров, и должны быть опубликованы, подобное требование не касается

* Английский аналог Урюпинска. — Прим. перев.

⁷ Обсуждения этой темы можно найти в: Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1879), pp. 542—544; Gray, *Nature and Sources of the Law* (2d ed., 1921), pp. 162—570. Остин без придинок соглашается с традиционной для Англии точкой зрения, согласно которой парламентские законы считаются действительными без публикации.

⁸ См., например, рекомендуемые образовательные мероприятия в: *Rationale of Judicial Evidence*, Ch. IV, "Of Preappointed Evidence," in Bentham, *Works*, Bowring's ed., 4, 508—585.

правил и инструкций, регулирующих их внутренние процедуры. И все же любой опытный адвокат знает, что для предсказания исхода дела часто важно знать не только формальные нормы, которые будут приняты во внимание в ходе разбирательства, но и внутренние процедуры совещаний и консультаций, посредством которых эти нормы применяются в реальной жизни. Возможно, именно исходя из этого в Швейцарии и Мексике существует требование, в любом ином случае выглядевшее бы эксцентричным, чтобы некоторые суды проводили совещания только публично.

Человек, относящийся к числу тех, кого Турман Арнольд иногда называет «всего лишь реалистами» (когда не оставляет эту роль за собой)⁹, мог бы прокомментировать требование обнародования следующим образом: «В конце концов, у нас тысячи законов, из которых обычному гражданину прямо или косвенно известна лишь малая толика. К чему вся эта суeta вокруг их публикации? Даже не читая уголовный кодекс, гражданин знает, что не должен воровать и убивать. Что до более эзотерических законов, то их полный текст можно раздавать хоть на каждом углу, и все же их никогда не прочтет даже один человек из ста». На это следует ответить сразу по нескольким направлениям. Даже если лишь один человек из ста потрудится осведомиться, скажем, о законах, применяемых в сфере его профессиональной деятельности, то этого будет достаточно, чтобы оправдать усилия, предпринятые для того, чтобы сделать законы доступными для всех. Этот гражданин в конце концов имеет право знать, и нельзя определить заранее, кто именно окажется этим человеком. Кроме того, во множестве сфер деятельности люди соблюдают законы не потому,

⁹ Порой судья Арнольд кажется способным сочетать разные роли. В статье "Professor Hart's 'Theology'" (73 *Harvard Law Review* 1298, p. 1311 [1960]) он красноречиво возвышается над «всего лишь реалистом», заявляя: «Не преследуй мы постоянно и искренне светлый, но никогда не достижимый идеал верховенства права над человеком, "разума" над "личными предпочтениями", мы бы не имели цивилизованного правительства». Но в той же статье он осуждает профессора Генри Харта за предложение, чтобы Верховный Суд отводил больше времени на «вызревание коллективной мысли». Арнольд заявляет: «Процесса, подобного этому, не существует и никогда не существовало; люди определенных взглядов лишь укрепляются в них... в ходе обсуждения» (p. 1312).

что знают их непосредственно, а потому, что следуют образцу, установленному другими, которых они считают более осведомленными, чем они сами. Таким образом, знание закона немногими зачастую оказывает косвенное влияние на деятельность многих. Законы должны надлежащим образом публиковаться еще и для того, чтобы быть доступными для общественной критики, в том числе состоящей в том, что они принадлежат к числу законов, которые не должны вводиться в действие, если их содержание невозможно эффективно донести до тех, кто должен будет их соблюдать. Ясно также, что если тексты законов не сделаны легко доступными, ничто не сможет помешать тем, на кого возложена ответственность за применение и проведение в жизнь этих законов, игнорировать последние. Наконец, большая часть современных законов касается специфических форм деятельности, таких как занятие отдельными профессиями или некоторыми видами коммерции. Поэтому то, что эти законы не известны среднему гражданину, совершенно несущественно. Требование публикации законов не основывается на нелепом ожидании того, что примерный гражданин сядет за стол и будет читать их все подряд.

ЗАКОНЫ, ИМЕЮЩИЕ ОБРАТНУЮ СИЛУ

В США проблема законов, имеющих обратную силу, явно трактуется в определенных положениях Конституции США¹⁰

¹⁰ Третий абзац Статьи I, раздел IX, гласит: Конгрессом «не должны приниматься билли об опале или законы *ex post facto*». Несмотря на такое широкую формулировку, положения касательно законов *ex post facto* толковались применительно только к уголовным статьям. (См. статьи, процитированные ниже в сноске 11.) Под биллями об опале Конституция разумеет в первую очередь карательные законодательные акты, направленные против отдельных людей. Запрет таких биллей опирался не только довод о том, что законы должны применяться к случаям, имевшим место после их принятия, но и, возможно, в первую очередь на убежденность в том, что карательные меры должны налагаться нормами общего применения.

Запрет биллей об опале и законов *ex post facto* распространяется на штаты Статьей I, разделом X. Этот раздел добавляет положение о том, что «ни один штат не может... принимать... законы, нарушающие договорные обязательства». Преобладает мнение, что последнее положение лишает законной силы некоторые виды законов, имеющих обратную силу. Однако, как позже

и в отдельных случаях в некоторых конституциях штатов¹¹. Вне сфер, охваченных этими условиями, юридическая сила законодательства, имеющего обратную силу, в значительной степени рассматривается как проблема надлежащей правовой процедуры. Я не стану касаться запутанности и неопределенности этой части конституционного права¹². Вместо этого я займусь некоторыми основными проблемами отношения между обратной силой и другими элементами законности¹³.

я укажу к тексту, существуют реальные трудности в выработке точного определения «закона, имеющего обратную силу». Эти трудности приобретают особую остроту в связи с «нормой о нарушении договора».

¹¹ См. статьи “*Ex Post Facto Laws*” и “*Retrospective Laws*” в *Index Digest of State Constitutions* (2d ed. 1959). Дух этих статутов нашел яркое выражение в части I, раздел 23 конституции Нью-Гемпшира 1784 г.: «Законы, имеющие обратную силу, крайне вредны, жестоки и несправедливы. Поэтому такие законы не должны приниматься ни для решений по гражданским делам, ни для наказания преступлений».

¹² См.: Hale, “The Supreme Court and the Contract Clause,” 57 *Harvard Law Review* 512–557, 612–674, 852–892 (1944); Hochman, “The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation,” 73 *Harvard Law Review* 692–727 (1960); “Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts,” 71 *Yale Law Journal* 907–951 (1962), (примечание).

¹³ В юридической литературе законам, имеющим обратную силу, уделяется недостаточно внимания. Грей пространно обсуждает последствия судебных решений, имеющие характер *ex post facto* (Gray, *The Nature and Sources of the Law* [2d ed. 1921], pp. 89–101, 218–233), а о законодательных актах говорит лишь следующее: «В отсутствие какого бы то ни было конституционного запрета законодательный орган... может даже придать новому статуту обратную силу» (Ibid., p. 187). Кельзен высказывает определенное беспокойство по поводу законов, имеющих обратную силу, но замечает, что, поскольку общепризнано, что незнание закона не оправдывает его несоблюдения, и, следовательно, закон может быть надлежащим образом применен к тому, кто не знал о нем, законодательный акт, имеющий обратную силу, всего лишь заходит несколько дальше, применяя закон к тому, кто не мог о нем знать. См.: Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp. 43–44, 73, 146, 149. Для Шомло это вопрос справедливости; в природе права как такового не содержится никакой причины, по которой закон не может иметь обратную силу. См.: Somló, *Juristische Grundlehre* (2d ed. 1927), 302–303. Лишь Остин считает, что законы, имеющие обратную силу, представляют серьезную проблему для правового анализа. Рассматривая закон как приказ, подкрепленный санкцией, он замечает, что «ущерб или правонарушение предполагают незаконный *умысел* или один из трех видов незаконной

Взятый сам по себе, в отрыве от его возможной функции в правовой системе, которая в значительной степени состоит из законов, не обладающих этим свойством, закон, имеющий обратную силу, поистине чудовищен. Право должно управлять человеческим поведением при помощи правил. Говорить об управлении или направлении сегодняшнего поведения при помощи правил, которые будут предписаны завтра, означает просто пустую болтовню. Задаваться вопросом об оценке воображаемой правовой системы, состоящей исключительно из законов, имеющих обратную силу, это все равно что спрашивать, чему равно давление воздуха в абсолютном вакууме.

Поэтому, если мы хотим разумно оценить законы, имеющие обратную силу, их следует поместить в контекст системы норм, которые в целом такой силы не имеют. Интересно, что в этом контексте может возникнуть ситуация, в которой наделение правовых норм обратным действием становится не только приемлемым, но и может оказаться важным для достижения целей законности.

Как и другие человеческие начинания, стремление удовлетворить требованиям внутренней морали права, которые зачастую весьма сложны, может привести к разного рода неудачам. Когда все идет вкривь и вкось, зачастую становится неизбежной корректирующая мера в виде законодательного акта, имеющего обратную силу; хотя в нормальной ситуации закон должен быть направлен в будущее по оси времени, нам порой нужно остановиться и оглянуться, чтобы собрать камни. Представьте себе, что законодательный акт объявляет, что после ввода его в действие ни один брак не будет действителен без специальной государственной марки, прикрепленной к свидетельству о браке лицом, проводящим церемонию. Из-за поломки в государственной типографии марки не будут готовы ко времени, когда закон вступит в силу. Хотя закон должным образом

оплошности, которые именуются халатностью, неосторожностью или безрассудством. Если сторона не знала, что нарушает свои обязанности, или не могла знать об этом, то в самый момент совершения правонарушения санкция не может достичь своей цели, состоящей в том, чтобы побудить» человека подчиниться приказу (Austin, *Lectures on Jurisprudence* (4th ed. 1879), p. 485).

обнародован, о нем мало кто осведомлен, а основной способ распространения информации о нем — через личное общение тех, кто регистрирует браки, — не работает из-за того, что марки на деле не распространяются. Множество браков заключается между людьми, ничего не знающими о законе, и очень часто они совершаются священником, который тоже ничего не знает о нем. Все это происходит во время перерыва в работе законодательного органа. Вновь собравшись на заседание, законодательная власть издает закон, подтверждающий юридическую действительность браков, которые по условиям предыдущего закона были объявлены ничтожными. Притом что взятая сама по себе обратная сила второго закона нарушает принцип законности, она смягчает последствия того, что прежде не были реализованы два других *desiderata* законности: (1) закон должен быть известным тем, кого он затрагивает, и (2) последние должны иметь возможность выполнять его¹⁴.

Может возникнуть искушение сделать из этого примера вывод о том, что когда их цель в том, чтобы скорректировать неправильности формы, законы, имеющие обратную силу, всегда оправданы, или по меньшей мере невинны. Прежде чем делать такое заключение, следует вспомнить «ночь длинных ножей», имевшую место в 1934 г., когда Гитлер решил, что его режиму мешают некоторые элементы нацистской партии, группировавшиеся вокруг Рёма. Нормальная для диктатуры процедура в этом случае должна была состоять в организации показательных процессов с последующим осуждением и казнью обвиняемых. Однако время поджимало, и поэтому Гитлер и его соратники предприняли срочную поездку на юг, в ходе которой они расстреляли около ста человек. Вернувшись в Берлин, Гит-

¹⁴ Поскольку авторы законопроектов обычно упускают из вида возникающую время от времени потребность в корректирующих законах, судам иногда приходится по сути дела переписывать категорический конституционный запрет на принятие законов, имеющих обратную силу. Так, Статья I, §20 Конституции Теннесси 1870 г. определяет, что «не должны приниматься законы, имеющие обратную силу, или законы, нарушающие договорные обязательства». В свое время это толковалось как: «Не должны приниматься законы, уменьшающие договорные обязательства, как имеющие обратную силу, так и иные». Ранние прецеденты обсуждаются в: *Wynne's Lessee v. Wynne*, 32 Tenn. 405 (1852).

лер быстро принял меры, чтобы принять законодательный акт, имеющий обратную силу, придававший этим убийствам вид законной казни. Позднее Гитлер заявлял, что в то время «Верховный суд германского народа состоял из меня», указывая таким образом, что по его мнению расстрелы были вызваны лишь несовершенством формы, которая состояла в том, что оружие держал в руках он, а не исполнитель закона¹⁵. И, имея в виду именно это, он даже мог бы процитировать в данном контексте слова нашего Верховный Суда, поддержавшего один из законодательных актов, назвав его «корректирующим статутом, вовремя разработанным для исправления... недостатков в осуществлении правительственных функций»¹⁶.

Второй аспект ретроспективного законотворчества имеет отношение не столько к тому или иному положительному вкладу, который оно может время от времени внести в реализацию внутренней морали права, а к тому обстоятельству, что этот аспект в некоторой степени неизбежно сопровождает деятельность судьи. Важно отметить, что система управления человеческим поведением при помощи правил, введенных в действие с соблюдением формальных условий, не требует обязательного наличия судов или какой-либо иной институциональной процедуры для разрешения споров о смысле законов. В небольшом обществе, состоящем из дружелюбно настроенных людей и управляемом относительно простыми нормами, такие споры могут и не возникнуть. В случае же их возникновения они могут быть урегулированы добровольным согласованием интересов. Даже если они останутся улажены не до конца, определенное число продолжающихся на периферии общества споров не сможет серьезно повредить эффективности системы в целом.

Я подчеркиваю этот момент, потому что часто считается само собой разумеющимся, что суды представляют собой отражение фундаментального предназначения закона, которое якобы состоит в урегулировании споров. Потребность в нормах, как, по-видимому считается, целиком и

¹⁵ Ссылки на литературу можно найти в: 71 *Harvard Law Review* 650 (1958).

¹⁶ *Graham v. Goodcelt*, 282 U.S. 409, 429 (1930).

полностью возникает благодаря эгоистичной, склочной и несговорчивой природе человека. В обществе ангелов право бы не требовалось.

Но это смотря каких ангелов. Если ангелы могут жить совместно и творить свои благие дела безо всяких норм, то, конечно, право им не нужно. Оно не нужно им и в том случае, если нормы, в соответствии с которыми они действуют, неявны, неформальны и осознаются интуитивно. Но если для того, чтобы действительно эффективно выполнять свои небесные функции, ангелам нужны «сотворенные» нормы, то есть нормы, вызванные к жизни неким явным решением, то им нужно право в том виде, в каком оно рассматривается в данных очерках. Король Кароль, призванный править ими и устанавливать нормы их поведения, точно так же имел бы все возможности провалить свою миссию, несмотря на то, что его подданными были бы ангелы. Можно возразить, что здесь по крайней мере не возникло бы проблемы поддержания соответствия между официальными действиями и формально провозглашенными нормами. Но это не так, потому что Кароль легко мог попасть в ловушку, обращаясь к своим ангельским подданным с конкретными требованиями, которые противоречат общим нормам их поведения, которые он же и установил. Эти действия вызвали бы сумятицу, в которой общие нормы утратили бы свою направляющую силу.

В сложном и многолюдном политическом обществе суды исполняют важнейшую функцию. Никакая правовая система — будь то прецедентная, создаваемая на основе судебной практики, или законодательного типа — не может быть разработана столь совершенным образом, чтобы не оставить места для разногласий. Когда возникает спор по поводу значения конкретной нормы, для его разрешения необходимо некое постановление. Наиболее подходящий способ разрешения спора обеспечивается той или иной формой судебного разбирательства.

Теперь представьте, что между *A* и *B* возникает спор касательно смысла законодательной нормы, которая определяет их соответствующие права. Этот спор вынесен на рассмотрение суда. Внимательно взвесив все аргументы, судья может счесть, что они примерно уравнивают позицию,

занятую *A*, с позицией, занятой *B*. В этом смысле статут на самом деле не обеспечивает ясного критерия для принятия решения по данному делу. И все же этот статут содержит в себе принципы, имеющие отношение к решению данного дела, причем в девяти случаях из десяти требования этого статута не создадут никаких проблем. Если судье не удастся прийти к решению, то он не выполнит своей обязанности урегулировать споры, возникающие на основе существующего корпуса законов. Если он вынесет решение, то тем самым он с неизбежностью окажется создателем законодательства, имеющего обратную силу.

Ясно, что судья должен урегулировать спор. Если всякий раз, когда возникает сомнение относительно значения закона, судья должен был бы объявлять о существовании правового вакуума, действительность всей системы, состоящей из законов, не имеющих обратной силы, была бы серьезно ослаблена. Чтобы уверенно действовать в соответствии с нормами, люди не только должны иметь возможность изучить эти законы, но и быть уверенными, что в случае возникновения спора об их значении существует некоторый метод, позволяющий разрешить этот спор.

В только что представленном случае доводы в пользу решения, имеющего обратную силу, весьма сильны. Представьте, однако, что суд решает задачу не разъяснения сомнений в законе, а отмены одного из собственных прецедентов. К примеру, после рассмотрения дела *A* против *B* возникает аналогичный спор между *C* и *D*. При этом *C* отказывается урегулировать спор на базе решения по делу *A* против *B*, а вместо этого подает судебный иск. Сторона *C* убеждает суд, что решение *A* против *B* было ошибочным и должно быть пересмотрено. Если этот пересмотр сделать задним числом, то *D* проиграет, хотя в своих действиях он полагался на судебное решение, которое полностью на его стороне. В то же время, если решение по делу *A* против *B* было ошибочным и должно быть пересмотрено, то *C* оказал обществу услугу, отказавшись принять это решение и направив дело в суд на повторное рассмотрение. Если бы единственной наградой, полученной *C* за эту услугу, состояла бы в том, что норма, признанная теперь ошибочной, была бы применена против него, то в этом, конечно,

была бы некоторая горькая ирония. Если бы суд отменил прецедент, не придавая этому решению обратной силы, т. е. новая норма применялась бы лишь к тем случаям, которые возникнут после этого решения, то трудно понять, откуда у частного лица, являющегося стороной в процессе, мог бы появиться стимул добиваться отмены решения, которое было ошибочным или перестало соответствовать изменившимся обстоятельствам. (Указывалось, что этот аргумент теряет силу в случае так называемых «институциональных сторон в судебном процессе», таких как профсоюз или отраслевая ассоциация, которые имеют постоянную заинтересованность в развитии права, выходящую за пределы конкретных споров¹⁷.)

Рассмотренные здесь ситуации касаются гражданских споров. В уголовных делах действуют совершенно иные соображения. Это уже стало признаваться в случаях, подразумевающих отмену прецедентов, как, например, в тех случаях, когда суд сначала толковал уголовный закон как неприменимый к определенным формам деятельности, а позже, в ходе рассмотрения другого дела, изменил свое мнение и отменил предыдущее толкование¹⁸. Если бы такая отмена имела обратную силу, то люди, действовавшие будучи уверенными в судебной интерпретации закона, были бы заклеены как преступники.

До сих пор предполагалось, что к делам, в решении которых суд урегулирует не проясненные прежде сомнения в применении уголовного закона, применяются иные соображения, и что такие дела следует решать подобно гражданским делам «А против В». Я считаю, что эта точка зрения ошибочна. Конечно, существуют определенные предосторожности, смягчающие то, что представляется грубой несправедливостью, когда задним числом объявляется преступлением действие, преступный характер которого раньше не был очевидным. При наличии неопределенности в применении уголовного закона в целом, его можно объявить несоответствующим конституции по причине неясности. Более того, общепринятый принцип интерпре-

¹⁷ См. примечание в *Yale Law Journal*, процитированное выше в сноске 12.

¹⁸ См. предыдущую сноску.

тации состоит в том, что уголовный закон должен толковаться строго буквально, так, чтобы действия, выходящие за пределы его обычного значения, нельзя было рассматривать в качестве преступления лишь на том основании, что они представляют тот же род опасности, который описан языком этого закона. И все же есть вероятность того, что уголовный закон будет сформулирован таким образом, что в девяти случаях из десяти его значение будет достаточно очевидно, но в десятом случае обстоятельства могут сложиться так, что он может быть неясен настолько, что конкретный обвиняемый на самом деле никак не будет предупрежден о том, что предпринимаемые им действия являются уголовным преступлением. Это особенно вероятно там, где речь идет об экономических правовых актах. В подобных случаях суды, как правило, исходят из того, что у них нет иного выбора, кроме как разрешить сомнения, создав таким образом уголовный закон, имеющий обратную силу. Иными словами, проблема рассматривается, как если бы она была подобна гражданскому разбирательству. Но в уголовном деле, подобном описанному выше, оправдательный приговор решает спор исчерпывающим образом, то есть обвиняемый попросту уходит свободным.

Я предлагаю признать принцип, согласно которому обвиняемый не должен считаться виновным в преступлении, если закон, применяющийся в этой частной ситуации, столь неясен, что, будь он столь же неясен во всех случаях применения, он был бы признан ничтожным по причине неопределенности. Этот принцип устранил бы ложную аналогию с гражданским судопроизводством и привел бы то, что можно назвать специфической неопределенностью, в гармонию с правом, касающимся полностью неопределенных уголовных законов.

Теперь мы должны рассмотреть самую трудную проблему: как узнать, в каких случаях законодательный акт должен считаться имеющим обратную силу. Самый легкий случай — когда закон объявляет, что действие, абсолютно законное в момент совершения, должно считаться преступным. Конституционные положения, запрещающие законы *ex post facto*, направлены в основном против

подобных актов. Принцип *nulla poena sine lege** является одним из наиболее уважаемых цивилизованным народами. Причина, по которой уголовный закон, имеющий обратную силу, осуждается всеми, заключается не просто в том, что в судебном процессе по уголовному делу ставки крайне высоки. Она также — и главным образом — состоит в том, что из всех отраслей права уголовное право наиболее очевидно и непосредственно имеет отношение к формированию и управлению поведением человека. Именно уголовный закон, имеющий обратную силу, вызывает прямые ассоциации с до нелепости абсурдной ситуацией, когда человеку сегодня отдается сделать что-нибудь вчера.

Сравним уголовный закон *ex post facto* с гипотетическим налоговым законом, впервые введенным в действие, скажем, в 1963 г., и облагающим налогом прирост стоимости финансовых активов, полученный в 1960 г., когда этот прирост еще не являлся объектом налогообложения. Такой акт, возможно, чрезвычайно несправедлив, но, строго говоря, его нельзя назвать имеющим обратную силу. Безусловно, он относит налоговую базу на события прошлого. Но от тех, кому он адресован, этот акт требует простого действия, а именно уплаты требуемого налога. Это требование действует после принятия закона. Иными словами, мы не принимаем сегодня налоговых законов, предписывающих уплатить налог вчера, хотя мы и можем принять сегодня налоговый закон, который определяет налог, на основе события, имевшего место в прошлом.

Скорее всего, обычный гражданин воспримет приведенный выше аргумент просто как софизм. Он, возможно, скажет, что раз человек может совершить действие, основываясь на том, что существующее уголовное право полагает его действие законным, то он может и заключить сделку, исходя из того, что по существующему праву прибыль от этой сделки не облагается налогом. Если уголовный закон *ex post facto* отвратителен, поскольку налагает наказание за действие, которое не подлежало наказанию во время его совершения, то такая же несправедливость заключена в законе, который обязывает человека уплатить налог на дея-

* Без закона нет наказания (лат.). — Прим. ред.

тельность, которая не облагалась налогом в то время, когда он ее осуществлял.

В ответ на этот аргумент следует обратить внимание на то, что произойдет в случае, если будут приняты все вытекающие из него следствия. В своих решениях и расчетах люди учитывают все законы, а не только налоговые. Человек может принять решение овладеть конкретной профессией, жениться, ограничить или увеличить размер семьи, избавиться от своего имущества, — и все это решается с учетом существующего корпуса права, в который входят не только налоговые законы, но законы о собственности, договорное право и, возможно, даже избирательное законодательство, которое приводит к той или иной конфигурации политической власти. Если бы всякий раз, когда в устройстве своих дел человек полагается на существующий закон, ему бы была бы гарантирована неизменность правовых норм, то весь корпус наших законов окостенел бы навеки.

Этот довод можно парировать следующим образом: налоговые законы непохожи на другие законы. Прежде всего, при планировании своих дел люди учитывают налоговые законы более непосредственным образом. Кроме того, гораздо важнее то, что их основная цель состоит не просто в обеспечении доходов государства, а в формировании человеческого поведения в направлении, желательном для законодателя. В этом отношении налоговое право — близкий родственник уголовного права. Законы о собственности и договорное право ни предписывают, ни рекомендуют какой-либо конкретный курс действий: их цель состоит просто в защите приобретений, последовавших в результате заранее неизвестных действий. Налоговые же законы убеждают людей в необходимости (или, наоборот, предостерегают от) определенных видов поведения, и зачастую в этом состоит их главная цель. В этом случае они становятся своего рода суррогатом уголовного права, теряя, так сказать, свою первобытную невинность. В случае, с которого началось наше обсуждение, то есть когда закон первоначально не предусматривал налога на определенные виды прибыли, вполне вероятно, что цель закона состояла в побуждении людей к сделкам именно того вида, который приносит именно этот тип прибыли. Когда позднее был

введен налог на прибыль с этих сделок, людей фактически оштрафовали именно за те действия, к которым их первоначально побудил закон.

В этом месте можно вставить возражение, состоящее в следующем. Законы любого рода могут побудить людей к тем или иным формам поведения или удержать от них. К примеру, можно сказать, что все договорное право имеет целью побудить людей вести свои дела посредством «частного предпринимательства». Если деловые операции отчасти планируются с учетом существующего договорного права, должно ли последнее быть навсегда ограждено от изменений? Представим, что человек, не умеющий читать и писать, становится агентом по продаже недвижимости во времена, когда устные посреднические договоры обеспечены правовой санкцией. Должен ли этот человек быть защищенным от позднейшего закона, который может потребовать, чтобы эти договоры заключались в письменной форме и подписывались сторонами? Что касается аргумента о том, что налоговые законы зачастую имеют целью вовлечь людей в определенные виды деятельности или удержать их от какой-либо деятельности, то кто может точно сформулировать функцию налога, за исключением наполнения казны? Один законодатель может одобрить налог по одной причине, другой — по совершенно иной причине. Что мы скажем о налоге на алкогольные напитки? В том ли его цель, чтобы препятствовать потреблению алкоголя? Или в том, чтобы увеличить государственные доходы, обложив особым налогом тех, чьи привычки указывают на то, что они лучше других могут помочь правительству в оплате его расходов? На подобные вопросы не может быть однозначных ответов.

Здесь нам придется прервать наш диалог и оставить эти вопросы нерешенными. Они имели целью просто указать на некоторые трудности, окружающие понятие закона, имеющего обратную силу, которые ни в коем случае не ограничиваются налоговым правом. Встречаясь с подобными трудностями, суды часто прибегают к понятию договора между правительством и гражданином. Так, если для определенной деятельности предоставляется освобождение от налогов, а затем оно аннулируется, то проверочным критерием зачастую служил вопрос, можно ли считать, что госу-

дарство заключило договор о сохранении этой льготы. Как показал Георг Зиммель, позиция государства как верховной власти покоится на неявной взаимности¹⁹. Эта взаимность, будучи сделана явной, может быть распространена на все восемь принципов законности. Будь король Кароль не наследственным монархом, а избран пожизненно в обмен на обещание реформировать правовую систему, его подданные вполне могли бы чувствовать бы себя вправе свергнуть его. Идея о том, что революцию можно оправдать нарушением договора со стороны правительства, конечно, является весьма древней. Обычно считается, что эта идея находится за пределами обычных предпосылок юридических рассуждений. И все же, когда юридическая действительность законодательства, имеющего обратную силу, ставится в зависимость от верности государства договору между собой и гражданином, более умеренный родственник этой идеи [об оправданности революции] появляется в пределах самой правовой системы .

В этом обсуждении законов, имеющих обратную силу, наибольший упор делался на трудности анализа. По этой причине я бы не хотел обойтись без напоминания о том, что мраком окутан далеко не каждый аспект этой проблемы. Подобно другим *desiderata*, составляющим внутреннюю мораль права, трудности и нюансы не должны скрывать от нас тот факт, что, в отличие от ускользающей задачи совершенства, распознать явные непристойности вовсе не трудно. Причем в поиске примеров очевидных злоупотреблений нам вовсе не обязательно ограничиваться гитлеровской Германией или сталинской Россией. У нас тоже были законодатели, которые на свой лад, в более скромных масштабах, давали основания заподозрить в поддержке принципа «цель оправдывает средства». Возьмем, к примеру, федеральный закон, принятый в 1938 г. Этот закон сделал «незаконным для любого лица, осужденного за преступление, связанное с насилием... получать любое огнестрельное оружие или боеприпасы, которые были отгружены или доставлены в рамках междуштатной или международной торговли». Авторы этого закона совершенно справедливо сочли,

¹⁹ См. выше, прим. 1.

что люди, подпадающие под эту формулировку, в целом не являются гражданами, заслуживающими доверия. Понятно, что в тайне они испытывали желание придать этому закону обратную силу. Однако, осознавая невозможность этого, они выбрали квазиоптимальное решение, введя в закон норму, согласно которой, если огнестрельное оружие получено в результате торговли с другим штатом лицом, удовлетворяющим данной в законе характеристике, то следует считать, что получение произошло после даты вступления в силу этого статута. Этот образец законодательной хитроумности был отменен Верховным судом в решении по делу *Tot v. United States*²⁰.

ЯСНОСТЬ ЗАКОНОВ

Desideratum ясности представляет собой один из наиболее существенных компонентов законности²¹. Хотя это утверж-

²⁰ *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1942). Суд также отменил еще одну презумпцию этого закона, определяющую, что обладание огнестрельным оружием или боеприпасами лицом, удовлетворяющим описанию, содержащемуся в законе, должно было порождать презумпцию, что эти предметы были получены в результате отгрузки в рамках междуштатной или международной торговли.

²¹ Рассматриваемое *desideratum* мало обсуждалось в юридической литературе. Краткое рассмотрение в посмертной работе Бентама (Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Everett, ed. (1945), p. 195) полностью посвящено вымученной попытке разработать систему классификации различных видов неясностей. Можно было ожидать, что Остин внесет в перечень типов «законов, незаслуженно названных таковыми» (Austin, *Lectures*, pp. 100—101) абсолютно непонятный статут. Но эта тема не возникает в его обсуждении. Однако пренебрежение этим предметом со стороны ученых-позитивистов вполне понятно. Признание, что степень ясности законов может быть различной, повлекло бы за собой признание того, что законы могут различаться по своей действительности, и что неясный закон в прямом смысле слова в меньшей степени является законом, чем ясный. Но это означало бы согласиться с предположением, которое противоречит с основными постулатам позитивизма.

В США некоторые настаивают (без ссылок на какие-либо критерии, подразумеваемые конституциями), что суды должны отказаться от любых попыток применять законы, которым недостает ясности. Aigler, "Legislation in Vague or General Terms," 21 *Michigan Law Review* 831—851 (1922). По мере развития права требование ясности было включено в доктрину неопределенности как критерия неконституционности, но применение

дение редко подвергается сомнению, я не уверен, что всегда понимается то, какие обязанности подразумеваются этим требованием.

Сегодня существует сильная тенденция отождествлять право не с правилами поведения, а с иерархией власти или подчиненности. Эта точка зрения, которая путает лояльность к закону с уважением к существующей власти, легко приводит к заключению, что если судьи, полицейские и обвинители могут нарушать законность, то законодатели — нет, если не считать того, что они могут выходить за явно установленные конституционные ограничения их власти. Тем не менее ясно, что туманное и бессвязное законодательство может сделать законность недостижимой для кого бы то ни было, или по крайней мере недостижимой без неправомочного пересмотра, который сам по себе наносит ущерб законности. Воду из загрязненного источника порой можно очистить, но тогда она станет чем-то иным. Пребывание на вершине иерархии подчиненности не освобождает законодательный орган от обязанности соответствовать требованиям внутренней морали права, более того, лишь усиливает эту обязанность.

Придавать высокую ценность законодательной ясности не означает тут же осудить законы, которые ставят правовые последствия в зависимость от критериев наподобие «добросовестности» и «должной заботы». Иногда наилучший способ достичь ясности — это воспользоваться критериями оценки, основанными на здравом смысле, которые возникли и развились в повседневной жизни за пределами стен законодательных органов, и включить эти критерии в закон. В конце концов, нечто в этом роде мы неизбежно делаем, используя обычный язык как средство для передачи законодательного намерения. Кроме того, как заметил еще Аристотель, мы никогда не можем быть более точными, чем допускает сама природа предмета, с которым мы имеем дело. Обманчивая ясность может принести больше вреда, чем честная, открытая неопределенность.

этой доктрины почти полностью ограничивалось уголовными делами. См. пространный комментарий: "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court," 109 *University of Pennsylvania Law Review* 67–116 (1960).

В то же время грубая ошибка, причем совершаемая постоянно, заключается в предположении, что если занятый автор законопроекта не смог найти способа облечь свои цели в ясно изложенные законы, он всегда может благополучно переадресовать свою задачу судам или специальным административным судебным органам. На деле, однако, это зависит от природы делегированной проблемы. К примеру, в торговом праве требования «справедливости» могут позаимствовать определенность значений у корпуса коммерческой практики и у принципов поведения, разделяемых сообществом экономических агентов, участвующих в торговых операциях. Но было бы ошибкой делать отсюда вывод о том, что все человеческие конфликты в точности вписываются в рамки норм, выведенных, прецедент за прецедентом, из критерия справедливости

Следовательно, существует необходимость проведения различий, когда мы наталкиваемся на огульное осуждение Хайеком юридических положений, требующих «справедливости» и «разумности»: «Можно приниматься писать историю упадка верховенства права... основным содержанием которой будет проникновение такого рода расплывчатых формулировок в законодательные акты и подсудность²², рост произвола, ненадежного суда и законодательства»²³.

В настоящее время остается в значительной степени ненаписанной крайне необходимая глава юриспруденции. Эта глава должна быть посвящена анализу обстоятельств, при которых проблемы государственного регулирования можно будет без особого риска предоставить решениям суда с обоснованной надеждой, что в результате рассмотрения споров, один за другим, по мере того, как они будут возникать, появятся достаточно ясные критерии для принятия решений. Для разрешения проблем столь фундаментального характера едва ли стоит рекомендовать политику, основанную на принципе «поживем - увидим», или «социальное экспериментирование».

²² Без сомнений, имелось в виду «adjudication» (судебное решение), а не «jurisdiction» (юрисдикция, подсудность).

²³ Hayek, *The Road to Serfdom* (1944), p. 78. [См.: Хайек Ф. Дорога к рабству. М.: Новое издательство, 2005. С. 95.]

ПРОТИВОРЕЧИЯ В ЗАКОНАХ

Совершенно очевидно, что избежать непреднамеренных противоречий в законе можно только при условии кропотливой работы законодателя. Куда менее очевидно то, что трудность состоит в том, чтобы обнаружить противоречие, или в том, как определить его в абстрактных терминах.

Принято считать, что это чисто логическая проблема. Противоречие есть нечто нарушающее закон тождества, согласно которому A не может быть не- A . Однако этот формальный принцип, если вообще имеет какую-либо ценность, ничего не дает, когда речь идет о противоречивых законах²⁴.

Возьмем ситуацию, в которой противоречие «в логическом смысле» представляется наиболее очевидным. Предположим, что в одном и том же законе обнаружены два положения: одно требует от владельца автомобиля установить новые регистрационные номера первого января, а другое объявляет преступлением выполнять любую работу в этот день. На первый взгляд, здесь вроде бы нарушен закон тождества: правовой акт не может одновременно и запрещать, и предписывать. Но можно ли усмотреть какое-то нарушение логики в том, что человека заставляют сделать что-либо, а потом наказывают за это? Относительно этой процедуры можно с уверенностью сказать, что она не имеет смысла, но, высказывая это суждение, мы молчаливо предполагаем цель — придание человеческому действию осмысленной направленности. От человека, которого постоянно наказывают за действия, выполнить которые ему было приказано, едва ли можно ожидать адекватной реакции на приказы, которые он получит в будущем. Если такое обращение с ним является частью попытки разработать систему норм для управления его поведением, то затея

²⁴ На мой взгляд, своим крайне формальным анализом проблемы противоречивых норм Кельзен не предлагает никакой помощи законодателю, желающему избежать противоречий, или судье, стремящемуся их разрешить. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp. 374—375 et passim, см. статью предметного указателя “Non-contradiction, principle of”. Немного пользы и от обсуждения Бенгхамом «несовместимостей». Everett, *Bentham's Limits of Jurisprudence Defined* (1945), pp. 195—198.

обречена на провал. Однако если наша цель состоит в том, чтобы вызвать у него нервный срыв, то мы можем добиться успеха. Но ни в одном из этих случаев мы не погрешим против логики.

Один из распространенных принципов устранения видимых противоречий в законе состоит в том, чтобы посмотреть, нет ли способа примирить условия, представляющиеся противоречивыми. Следуя этому принципу, суд мог бы прийти к идее объявить виновным в преступлении человека, который установил номера первого января, а затем освободить его от наказания ввиду того, что он работал по принуждению закона. Это решение представляется крайне вымученным, но история права знает и куда более странные процедуры. Одно время в каноническом праве существовал принцип, согласно которому любое обещание, сопровождавшееся клятвой, имело обязывающий характер, и другой принцип, по которому некоторые виды обещаний (например, данные вымогателю или ростовщику) не налагали никаких обязательств. Что было делать суду, если обещание ростовщику сопровождали клятвой? Решение состояло в том, чтобы заставить поклявшегося исполнить обязательство перед тем, кому он давал обещание, а затем немедленно заставить того вернуть только что полученное²⁵. Эта курьезная процедура имела определенное символическое значение. Посредством первого принуждения к исполнению договора суд подчеркивал закон, связывающий человека клятвой, а затем аннулировал свое решение, напоминая кредитору, во что обошлась ему собственная хитрость.

Предположим, что суд, столкнувшийся с «законом о первом января», не увидит смысла в том, чтобы сначала признать ответчика виновным, а затем отменить наказание; тогда можно принять одну из двух интерпретаций этого закона: 1) раздел, объявляющий преступлением работу первого января, отменяет требование об установке автомобильных номеров, и поэтому владелец автомобиля может законным образом отложить установку номеров

²⁵ Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II² (6th and 7th ed. 1923), §45, p. 491.

до второго января; или 2) что положение об автомобильных номерах отменяет запрет на работу, так что владелец автомобиля должен первого числа установить номера, и это не будет преступлением. Менее очевидное, но гораздо лучшее решение состояло бы в объединении двух этих толкований: владелец автомобиля, устанавливающий номера первого числа, не нарушает закона, и владелец автомобиля, который отложил установку номеров до второго числа, также действует в полном соответствии с законом. Такое решение признавало бы, что основная проблема закона в том, что он ставит гражданина в тупик, и что следует позволить этому гражданину разрешить эту путаницу любым из этих двух способов, не вредя при этом себе самому.

Будет нелишним рассмотреть еще один «внутренне противоречивый» правовой акт — на этот раз представленный в настоящем судебном решении. В деле *United States v. Cardiff* президент компании по производству продовольствия был обвинен в преступном отказе в доступе на фабрику федеральному инспектору, который должен был определить, соответствует ли она федеральному Закону о продовольствии, лекарствах и косметике²⁶. Условия, при которых инспектор может посетить фабрику, определяются в разделе 704 этого закона. Одно из этих условий состоит в том, что вначале необходимо получить разрешение владельца. Раздел 331 объявляет преступлением отказ владельца фабрики «разрешить вход или осмотр, признанные законными в разделе 704». Таким образом, получается, что закон гласит, что у инспектора есть право посетить производство, но при этом у владельца есть право не допустить его, отказав в доступе. Однако существует очень простой способ устранить это кажущееся противоречие. Следует толковать этот закон следующим образом: владелец нарушает его, если, сначала выразив согласие на визит инспектора, он *после* этого отказывает ему в праве на вход. В том, что это поставило бы его ответственность в зависимость от собственного добровольного акта, нет ничего необычного: человек не обязан давать обещание, но, если уж дает его, то подобным поступком он может связать себя ответственностью.

²⁶ 344 U.S. 174 (1952).

Верховный суд рассмотрел это толкование, но отказался принять его. Проблема не в том, что решению недостает логики, а в том, что оно не соответствует никакой разумной законодательной цели. Понятно, что Конгресс желал бы гарантировать право инспектора посетить предприятие, несмотря на протесты его владельца. Не было бы особого смысла, если бы законодатель ограничивал право инспектора пройти на территорию предприятия только тем невероятным случаем, когда эксцентричный владелец фабрики сперва дал разрешение, а затем захлопнул дверь перед носом инспектора. Этот правовой акт мог бы иметь смысл, если бы требование, чтобы инспектор сперва получил разрешение, толковалось как обычный акт вежливости, касающийся назначения удобных даты и времени, хотя формулировки закона и не допускают такой интерпретации. Верховный суд счел, что столкновение двух этих положений привело к результату, слишком неоднозначному, чтобы он мог послужить предупреждением о преступном характере действия, и потому отклонил обвинение.

До сих пор наше исследование касалось противоречий, возникающих в рамках одного законодательного акта. Более трудные проблемы могут возникнуть, когда правовой акт, принятый, скажем, в 1963 г., вступает в противоречие с положениями совершенно иного акта, принятого в 1953 г. Здесь решение, санкционированное общепринятой практикой, состоит в том, чтобы считать неявно отмененным любые положения более раннего правового акта, противоречащие позднему правовому акту, что освящено принципом *lex posterior derogat priori**.²⁷ Но в некоторых случаях более плодотворным способом решения проблемы могло бы стать следование принципу, который

* Последующий закон отменяет предыдущий (лат.). — Прим. перев.

²⁷ В раннем трактате о толковании лорд Элсмир сформулировал правило, согласно которому при возникновении несовместимостей [repugnancies] в пределах одного правового акта приоритет должно иметь первое из положений — то есть положение, которое появляется первым по порядку чтения текста. Thorne, *A Discourse upon the Statutes* (1942), pp. 132—133. Интересно, что лежало в основе столь курьезного взгляда. Может, допущение, что к концу своего труда составители закона становятся более утомленными и менее внимательными?

применяется ныне, когда противоречия возникают в рамках одного правового акта: в таких случаях осуществляется взаимное согласование двух законов посредством толкования каждого из них в свете другого. Однако это решение породило бы собственные трудности. Следует твердо знать, где остановиться, поскольку суды легко могут оказаться втянутыми в опасный проект переделки всего корпуса статутного права в более последовательное целое. Перетолкование старых правовых актов в свете новых вызвала бы также запутанные проблемы, связанные с законодательством, имеющего обратную силу. Я не стану даже пытаться рассматривать здесь эти вопросы. Тем не менее мы получили достаточно намеков, чтобы извлечь один ясный урок: равнодушие законодателей к согласованности правовых актов друг с другом может иметь весьма пагубные последствия для законности, и для ликвидации этого ущерба нет никаких простых правил.

Выдвигались предложения при обсуждении проблем права и морали говорить не о «противоречивости» [contradictions], а о «несоответствиях» [incompatibilities]²⁸, то есть о том, что некие вещи не сочетаются одна с другой или сочетаются не слишком хорошо. Здесь будет полезен иной термин, столь излюбленный в истории общего права. Это слово «несовместимый» [repugnant]. Оно подходит наилучшим образом, потому что противоречивыми мы называем законы, которые противоборствуют один с другим, но при этом один не обязательно убивает другого, как это делают противоречивые утверждения в логике. Другой хороший термин — вышедшее из употребления слово «неудобный» [inconvenient] в его изначальном смысле. Неудобным законом был тот, что был «не впору» другому закону или не был согласован с ним. (Ср. с современным французским словом *convenir*, то есть *соглашаться* или *прийти к согласию*.)

Из представленного выше анализа должно быть ясно, что при определении того, являются ли две нормы человеческого поведения несовместимыми [incompatible], мы

²⁸ Perelman and Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique - Traité de l'Argumentation* (1958), pp. 262–276.

зачастую должны принимать во внимание совокупность соображений, чуждых языку самих норм. Некогда приказ «пересечь реку, не замочив ног» состоял из несовместимых частей. Эта несовместимость исчезла, с тех пор как были придуманы мосты и лодки. Если сегодня я предложу человеку подпрыгнуть так, чтобы его ноги касались земли, мой приказ будет выглядеть внутренне противоречивым, поскольку мы предполагаем, что он не может одновременно и стоять на земле, и находиться в прыжке. Разумеется, контекст, который необходимо принимать во внимание при определении проблемы несовместимости, не является исключительно и даже преимущественно технологическим. Он охватывает институциональные условия проблемы во всей их полноте: правовые, моральные, политические, экономические и социологические. Чтобы проверить это утверждение, предположим, что Закон о Новом годе, требуя установки государственных номеров на машину именно 1 января, в другом разделе устанавливает уплату акциза в размере одного доллара всяким, кто в этот день работает. Будет весьма поучительно поразмышлять, каким образом можно было бы доказать, что эти условия «несовместимы» [repugnant], и их включение в один и тот же закон было именно результатом законодательной оплошности.

ЗАКОНЫ, ТРЕБУЮЩИЕ НЕВОЗМОЖНОГО

На первый взгляд, закон, предписывающий невозможное, представляется настолько абсурдным, что возникает соблазн предположить, что устанавливать подобный закон не станет ни один законодатель, находящийся в здравом уме, в том числе самый жестокий диктатор²⁹. К сожалению

²⁹ Здесь может возникнуть вопрос: действительно ли большинство других *desiderata*, составляющих внутреннюю мораль права, в отличие от данного критерия, в конечном счете не связаны с невозможностью повиновения. Бесспорно, что такой взгляд вполне допустим. Соблюдать закон, который нельзя узнать, который невозможно понять, который еще не принят и т.д. столь же невозможно, как невозможно выполнить требование закона о том, чтобы человек увеличил свой рост до трех метров. Но в обоснование проведенного в тексте разделения следует заметить, что меня интересуют не упражнения в логических различениях, а разработка принципов, способных направлять целеустремленные усилия людей. Логик может, если ему угодно, считать внутренне про-

нию, факты противоречат этому предположению. Именно благодаря своей абсурдности такие законы могут служить, по выражению Лильберна, «беззаконной неограниченной власти». Их жестокая бессмысленность дает понять подданному, что от него могут потребовать чего угодно, так что он должен быть готовым прыгнуть в любом направлении.

Метод требования невозможного можно использовать в более тонких и даже благих целях. Хороший учитель зачастую ставит перед своими учениками более сложные задачи, чем те, которые, по его мнению, они способны решить. При этом им движут вполне похвальное стремление заставить учеников напрячь свои способности. К сожалению, во многих случаях грань между энергичным увещанием и налагаемой обязанностью становится трудноразличимой. Законодатель может возомнить, что его роль аналогична роли учителя. Он забывает, что, если ученики оказываются неспособны выполнить то, что требует от них учитель, последний может совершенно не кривя душой и не впадая в противоречие поздравить их с тем, чего им все-таки удалось добиться. В похожей ситуации государственные чиновники сталкиваются с альтернативой: либо совершить серьезную несправедливость, либо подорвать уважение к закону, закрыв глаза на отклонение от его требований.

Принцип, согласно которому закон не должен требовать невозможного от подданного, можно довести до донкихотской крайности, требуя невозможного уже от законодателя. Иногда предполагается, что юридическая ответственность может считаться обоснованной только в том случае, если имеется: 1) намерение совершить вредное действие либо 2) неосторожность или халатность. Считать человека ответственным за обстоятельства, в возникновении которых нет

творечивый закон особым случаем невозможности соблюдения закона, хотя при этом, как я указывал, могут возникнуть трудности с определением того, что понимается под словом «противоречие». В любом случае, с точки зрения законодателя, между необходимостью следить за тем, чтобы законодательные акты были совместимыми друг с другом, с одной стороны, и чтобы выполнение требований закона было по силам тем, кому придется его соблюдать, — с другой, есть существенная разница. Любая попытка свести все под рубрику «невозможность соблюдения» размыла бы это различие, имеющее первостепенное значение.

его вины (в отличие от того, когда эти обстоятельства вызваны им намеренно или возникли в результате проявленной им халатности), означает возлагать на него ответственность за неподвластные ему события. Когда закон направлен на достижение подобного результата, он фактически преследует человека за нарушение приказа: «Это не должно случиться», — выполнить который не в его силах.

Ощущение разумности, создаваемое этим рассуждением, мешает увидеть то, насколько обширные требования оно предъявляет. Например, при доказательстве небрежности, право сталкивается с неразрешимой дилеммой. Если подходить к конкретному ответчику с объективным критерием — традиционно это предположение о том, что он «рациональный человек», — мы, очевидно, рискуем выдвинуть требования, выполнить которые он будет не в силах, поскольку его образование и врожденные способности будут недостаточны для этого. Если выбрать противоположный путь и попытаться ответить на вопрос, не потерпел ли находящийся перед нами человек, со всеми свойственными ему индивидуальными особенностями и ограничениями, неудачу в достижении того, чего он не мог не достичь, тоже весьма опасен. Задавшись таким вопросом, мы можем полностью потерять способность судить объективно. Ответ на этот вопрос требует эмпатии, внутреннего отождествления с чужой жизнью. Очевидно, что классовые, расовые, религиозные, возрастные и культурные различия затрудняют или искажают такое отождествление себя с другим человеком. И вот результат: если отстраненное правосудие порой вынуждено быть суровым, то участливое правосудие по самой своей природе не может быть беспристрастным, поскольку стремится исследовать и осмыслить границы частного мира. Закон не знает волшебства, которое позволило бы преодолеть эту антиномию. Поэтому он обречен двигаться неопределенно-усредненным курсом, смягчая критерий рациональности человека, допуская определенные и очевидные недостатки, но при этом формализуя даже свои определения последних.

Можно было бы сказать, что описанные здесь трудности возникают из-за того, что определение небрежности подразумевает то, что по существу является моральным суж-

дением. В противоположность этому определение намерения, направившего совершенное действие, казалось бы, требует лишь выяснения факта. Но действительность вновь оказывается значительно более сложной. Если намерение и является фактом, оно представляет собой субъективный факт, выведенный из внешних проявлений. Иногда этот вывод относительно прост. Холмс однажды заметил, что даже собака знает разницу между «споткнуться» и «получить пинок». Но порой намерение, наличия которого требует закон, бывает очень специфически определяемым, как, например, в случаях, когда уголовное наказание зависит от доказательства того, что ответчик сознательно нарушил закон. Такого рода условия иногда можно найти в сложных экономических регламентах, и их цель состоит в том, чтобы не впасть в несправедливость, наказывая человека за действие, которое казалось ему абсолютно невинным. По моим собственным наблюдениям, часто бывает непонятно, не является ли в подобных случаях лекарство опаснее самой болезни. Требуемое [законом] намерение так трудно доказать или опровергнуть, что лицо, выясняющее факт, почти неизбежно вынуждено задать вопрос: «Похож ответчик или истец на человека, который строго соблюдает закон, или на человека, который нарушит закон при первом удобном случае?». Этот вопрос, к сожалению, легко приводит к другому вопросу: «Похож ли он на меня самого?»³⁰.

Вот такие трудности встречаются в тех случаях, когда, чтобы удержать закон в пределах способности гражданина повиноваться ему, ответственность ограничивается

³⁰ В этой связи следует обратить внимание на статью Брукса Адамса (брата Генри Адамса и внука Джона Куинси Адамса): Brooks Adams, "The Modern Conception of Animus," 19 *Green Bag* 12—33 (1906). В этой статье он представляет остроумный и специфически марксистский аргумент, состоящий в том, что правящие классы всегда манипулировали в своих интересах определением намерения (умысла), требуемого в случаях отдельных уголовных преступлений или гражданских правонарушений. Адамс также стремится показать, что похожие манипуляции производились с нормами доказательственного права, определяющими, чем удовлетворительно доказывается или опровергается наличие намерения. Хотя главный тезис статьи порой, скорее, остроумен, чем убедителен, ее все же стоит прочесть хотя бы затем, чтобы увидеть трудности доказательства в тех случаях, когда ответственность поставлена в зависимость от намерения.

ситуациями, в которых можно продемонстрировать неосторожность или на преступное намерение. Однако в тех частях нашего права, где речь идет о юридической ответственности, существует множество случаев, в которых она никак не зависит от какого бы то ни было доказательства небрежности или намерения.

Одна довольно распространенная форма ответственности этого вида не представляет серьезных проблем для внутренней морали права. Предположим, что душевнобольной человек украл мой кошелек. Его психическое состояние таково, что он не способен понять законы о частной собственности или повиноваться им. Это обстоятельство представляет собой серьезное основание для того, чтобы не отправлять его в тюрьму, но не дает никаких резонансов к тому, чтобы оставить ему мой кошелек. По закону у меня есть право получить свой кошелек обратно, и в этом смысле, с юридической точки зрения, душевнобольной человек обязан его возвратить, пусть даже он не виноват в том, что взял его, и не имел намерения совершить преступление. Другой пример, иллюстрирующий тот же принцип, возникает, когда при урегулировании расчетов должник переплачивает своему кредитору. Обе стороны действуют без злого умысла, исходя из ошибочных представлений о размере долга. Здесь кредитор вынужден вернуть переплаченную сумму, хотя то, что он ее принял, ни в каком смысле не является неправомерным поступком.

Немалый корпус права связан с предотвращением или исправлением последствий несправедливого обогащения, которое может произойти, когда люди проявляют небрежность, действуют по ошибке или не способны понять суть своих действий. Часть таких законов явным образом посвящена квазидоговорам, а остальные оказывают влияние — зачастую молчаливое — на договорное и деликтное право. И в общем, и в римском праве анализ этой проблемы оказался запутан тем, что действия, формально классифицируемые как «деликтные» или «вытекающие из деликта», использовались для устранения последствий несправедливого обогащения одной стороны за счет другой в ситуациях, когда какое бы то ни было причинение ущерба со стороны ответчика не имеет совершенно никакого значения.

Существование корпуса права, направленного на исправление оплошностей, может послужить возражением против представленного нами анализа. В данных очерках право рассматривается как «предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил». Очевидно, однако, что когда люди ошибаются или проявляют небрежность, право не служит и не может служить моделью для их действий. Никто не изучает квазидоговорное право, чтобы научиться тому, что делать, когда не отдаешь себе отчета в своих действиях. Решение этого затруднения вполне очевидно. Чтобы сохранить целостность системы правовых отношений, установленных осознанно, необходима дополнительная система правил для исправления последствий проявленной невнимательности. Здесь имеется близкая параллель с проблемой законов, имеющих обратную силу. Правовая система, составленная исключительно из законов, имеющих обратную силу, может существовать лишь как причудливый гротеск, достойный воображения Льюиса Кэрролла или Франца Кафки. Тем не менее «корректирующий» закон, имеющий обратную силу, может сыграть полезную роль в чрезвычайных ситуациях, которые могут произойти в пределах системы норм, в общем случае не имеющих обратной силы³¹. Это относится и к законам, корректирующим последствия невнимательности. Если бы все происходило по невнимательности, то проблему исправления ошибок трудно было бы даже представить. Не только оправдание, но и самый смысл норм, предназначенных для этой цели, выводится из их функции — дополнять более обширную систему правил, разработанную для того, чтобы направлять поведение.

Однако принцип исправления несправедливого обогащения, явившегося результатом невнимательности, не объясняет все случаи, в которых юридическая ответственность возникает без небрежности или намерения. Существует весьма обширный корпус законов касательно возложения объективной, или абсолютной, ответственности за ущерб, последовавший в результате определенных видов деятельности. Так, взрывные работы могут сопровождаться

³¹ См. выше, с. 69—70.

ответственностью за весь ущерб, который может быть нанесен другим людям, даже если невозможно доказать намерения нанести ущерб и пренебрежения надлежащими мерами предосторожности³². В случаях, подобных этому, закон выражается освященной фразой: «Люди действуют на собственный риск».

Объективная ответственность этого рода лучше всего оправдывается экономическим принципом, согласно которому те социальные издержки деятельности предприятия, которые можно предвидеть, должны отражаться в частных издержках этого предприятия. Так, опасности, связанные со взрывными работами, имеют такой характер, что никакая осторожность и никакой прогноз не могут предотвратить случайный, непреднамеренный ущерб людям или имуществу. Если дорожный подрядчик, взрывающий холм для спрямления дороги, считается ответственным лишь за доказанную небрежность, это уменьшает его стимулы производить работы более безопасным способом. Иными словами, его экономические расчеты искажаются, и цену этого искажения оплачивает публика. Для исправления этой ситуации мы облагаем производимые им взрывные работы своего рода налогом в форме закона, устанавливающего его ответственность за любой ущерб, который последует в результате этих действий, независимо от того можно ли приписать возникновение ущерба проявленной им небрежности.

Для разъяснения отношения между подобной объективной ответственностью и внутренней моралью права будет полезна аналогия с налогом. Мы не рассматриваем общий налог с продаж как способ приказать людям не продавать товары — мы смотрим на него просто как на один из видов дополнительного сбора с акта продажи. Поэтому не следует рассматривать специальную норму о взрывных работах как приказ человеку, использующему взрывчатку, не причинять никакого ущерба даже в случаях, когда в этом нет его вины. Мы, скорее, должны считать, что эта норма связывает определенную линию поведения с особой ответственностью. Императив внутренней морали права в отношении закона

³² American Law Institute, *Restatement of Torts* (1938), §519, "Mis-carriage of Ultrahazardous Activities Carefully Carried On".

об объективной ответственности состоит не в том, чтобы отменить требование закона за невозможностью его исполнения, а в том, чтобы определить с максимально возможной точностью род деятельности, который обременяется особой, дополнительной юридической ответственностью.

Принцип, согласно которому предприятия, создающие особые риски, должны нести издержки по возмещению ущерба, возникающего в результате их действий, поддается значительному расширению. К примеру, в некоторых странах этот принцип был распространен на автомобили, в том числе и на те, которые используются для развлечения или для личного пользования. Утверждение о существовании в наше время «общего тренда» в направлении объективной ответственности стало своего рода клише. Зачастую кое-кто и в самом деле считает, что этот тренд неумолимо несет нас к будущему, в котором понятия небрежности и намерения больше не будут играть в праве никакой роли.

Полагаю, можно с достаточной степенью уверенности утверждать, что такое будущее нам не грозит. Если бы объективная ответственность сопровождала не только отдельные точно определенные формы деятельности, а *все* виды деятельности, то концепция причинной связи между действием и вытекающим из него ущербом оказалась бы утрачена. Поэт написал грустное стихотворение. Отвергнутый любовник читает его и впадает в столь угнетенное настроение, что кончает жизнь самоубийством. Кто стал «причиной» того, что он лишил себя жизни? Поэт или дама, которая отвергла покойного? А может, учитель, пробудивший его интерес к поэзии? Находясь в состоянии опьянения, человек застрелил свою жену. Кто из имеющих отношение к этому событию несет ответственность за то, что оно произошло, — сам убийца или тот, кто дал ему ружье, продавец алкогольных напитков, продавший ему джин, а может, друг, отговоривший от развода, который покончил бы с несчастливым союзом?

Некоторый намек на природу проблем такого рода можно получить, анализируя трудности, с которыми сталкиваются в применении уже имеющихся форм объективной ответственности. Одна из таких форм объективной ответственности представлена законами о пособиях по нетру-

доспособности, связанных с профессиональным заболеванием или производственной травмой. Очевидно, что между трудовыми обязанностями работника и болезнью или травмой, влекущими назначение пособия, должна быть установлена некоторая причинная связь. В правовых актах используется положение о том, что травма или болезнь должна «возникать в результате или в ходе трудовой деятельности». Толкование этого положения породило наиболее неадекватный и зачастую весьма странный корпус законов. Чтобы посмотреть, куда завело бы нас всеобщее применение объективной ответственности, достаточно задать вопросом, как бы мы применили закон, требующий, чтобы потери или ущерб истца должны были «возникнуть в результате» поведения ответчика.

Данное выше описание проблемы объективной гражданской ответственности ни в коем случае не следует считать исчерпывающим. Существуют некоторые формы такой ответственности, которые не могут быть рассмотрены на приведенных здесь основаниях. Есть также множество случаев неопределенных или смешанных законодательных мотивов. Одно из наиболее распространенных дополнительных оправданий существования законов об объективной ответственности состоит в том, что они более эффективно обеспечивают должную осторожность, нежели законы, согласно которым для возникновения ответственности требуются прямые доказательства отсутствия должной осторожности. Некоторые случаи объективной ответственности должны, вероятно, расцениваться как аномалии, возникшие либо вследствие аналитической путаницы, либо по исторической случайности. В этих случаях также граница между объективной ответственностью и ответственностью за небрежность часто размывается презумпциями небрежности, некоторые из которых весьма жестки в том смысле, что налагают тяжкое бремя на тех, кто стремится их опровергнуть. Наконец, следует напомнить, что ответственность по договору в общем случае носит «объективный» характер, и, хотя определенные катастрофические и неожиданные препятствия могут служить оправданием для неисполнения договора, в общем случае они не защищают сторону, нарушившую договор, от обвинения в том, что она

не сделала все возможное для выполнения обязательств. Едва ли требует особых доказательств то, что эта последняя форма объективной ответственности не представляет проблемы для внутренней морали права: сам по себе закон не должен налагать на человека бремя невозможного, но он не обязан защищать человека от принятия на себя по договору ответственности за обстоятельства, контролировать которые он не в силах.

Теперь мы подошли к самому серьезному нарушению принципа, гласящего, что закон не должен предписывать невозможное. Таким нарушением являются законы, создающие объективную уголовную ответственность, когда человек может быть признан виновным в преступлении, при том что он действовал с должной осторожностью и не имел преступных намерений. В нынешние времена такие законы наиболее широко применяются в сфере государственного регулирования экономики, здравоохранения и правил техники безопасности, хотя нередко объективная уголовная ответственность предусмотрена и в областях, имеющих отношение к владению наркотиками, оборудования для азартных игр и запрещенных видов алкогольных напитков.

В американском праве объективная уголовная ответственность никогда не пользовалась уважением. Где бы закон ни налагал такую ответственность, она везде вызывала протесты, а выступления в ее защиту редко выходили за пределы извинений и указаний на настоятельную потребность. Однако причина сохранения и, вероятно, распространения в современном законодательстве объективной уголовной ответственности прозрачна: она чрезвычайно удобна для обвинителя. Очевидная несправедливость таких законов, как нас уверяют, устраняется «избирательным правоприменением». Хотя теоретически такие законы служат ловушкой для невиновных, на практике они преследуют только настоящих злодеев. Что касается последних, то их привлечение к судебной ответственности существенно облегчается, так как правительство при рассмотрении соответствующих дел освобождается от необходимости доказывать намерение или небрежность, что является особо трудной задачей, когда речь идет о сложных мерах государственного регулирования. Когда абсолютная

ответственность, как это часто бывает, сочетается с жесткими наказаниями позиция обвинителя еще более усиливается. Обычно ему вообще не приходится доводить дело до суда; угрозы тюремного заключения или огромного штрафа бывает достаточно, чтобы склонить подсудимого к признанию вины, или — когда это дозволяется — к внесудебному урегулированию. Жесткие наказания также улучшают отношения органов юстиции с публикой. Невинно оступившийся, который знает, что может быть признан виновным, глубоко благодарен, когда его отпускают и тем самым спасают от клейма преступника. Он со всей искренностью обещает благоразумное сотрудничество в будущем.

Удобство того, что называют «правоприменение путем грубого нажима», которое можно было бы более откровенно назвать «правоприменением путем шантажа», получило широкую известность в тревожные дни Второй мировой войны, когда перенапрягшимся администраторам, проводящим в жизнь сложные меры экономического регулирования, понадобилось найти некий прием, упрощающий их задачу. Продолжающееся использование этого механизма должно стать источником беспокойства для всех, для кого верность закону заключается в уважении норм, введенных в действие надлежащим образом, а не готовность втихую уладить любую претензию, какая только может быть предъявлена органами, занимающимися правоприменением. К счастью, в последнее время с убедительными доводами против этого зла и других злоупотреблений, сопровождающих объективную уголовную ответственность, выступили некоторые влиятельные фигуры³³.

Прежде чем завершить рассмотрение законов, предписывающих невозможное, необходимо сделать еще два замечания. Одно из них просто и очевидно: невозможно провести резкую границу между крайней трудностью и невозможностью. Норма, которая требует слишком многого, может быть сурова и несправедлива, но она не обязатель-

³³ Hall, *General Principles of Criminal Law* (2d ed. 1960), Chapter X, pp. 325—359; Hart, "The Aims of Criminal Law," *23 Law & Contemporary Problems* 401—441 (1958); The American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Official Draft* (1962), Sections 1.04(5), 2.01—2.13.

но противоречит базовой цели правопорядка, в отличие от нормы, которая требует явно невозможного. Между этими двумя областями существует зона сомнений, где встречаются внутренняя и внешняя мораль права.

Мое заключительное замечание состоит в том, что наши представления о невозможном могут определяться допущениями о природе человека и вселенной, а последние подвержены историческим изменениям. Сегодня возражения против законов, направленных на навязывание религиозных и политических убеждений, связаны с тем, что такие законы представляют собой неоправданное вмешательство в личную свободу. Томас Джефферсон смотрел на это иначе. В первом проекте преамбулы к статуту о религиозной свободе штата Виргиния он осудил такие законы, как попытку принудить к невозможному: «Прекрасно понимая, что мнения и убеждения людей зависят не от их собственной воли, а произвольно следуют свидетельству, предложенному их умам...»³⁴

Можно задаться вопросом: нет ли в этой идее более глубокого уважения и к истине, и к человеческим силам, чем в наших представлениях?

ПОСТОЯНСТВО ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ

Из принципов, составляющих внутреннюю мораль права, наименее пригодным к формализации в рамках конституционного ограничения представляется принцип, требующий, чтобы законы менялись не слишком часто. Трудно вообразить, к примеру, столь неблагоприятную конституционную норму, в соответствии с которой ни один закон не должен изменяться чаще, чем, скажем, раз в год. В то же время ограничения на законодательство, имеющее обратную силу, наиболее популярны среди авторов конституций³⁵. Тем не менее существует близкое сходство между вредом, причиняемым законодательством, имеющим обратную силу, и вредом, который возникает из-за слишком частых изменений в законе. Оба они порождены тем, что можно назвать законодательным непостоянством. Интересно отметить,

³⁴ Boyd, *The Papers of Thomas Jefferson*, II, 545.

³⁵ См. выше, с. 67—68, прим. 10 и 11.

что, защищая требования Конституции, запрещающие законы *ex post facto* и законы, ослабляющие юридическую силу обязательств по контрактам, Мэдисон использовал язык, более пригодный для описания зла, возникающего от частого изменения, чем от законов, имеющих обратную силу: «Трезвые и воздержанные американцы устали от неустойчивой политики, которой придерживаются государственные учреждения. С сожалением и возмущением взирают они на то, как внезапные изменения и вмешательства со стороны законодательной власти... более трудолюбивую, но менее осведомленную часть населения загоняют в капкан. Им также ясно, что такое вмешательство — лишь первое звено в длинной цепи повторяющихся»³⁶.

Сходство проблем, поднимаемых слишком частыми изменениями в законе с проблемами, вызываемыми законодательством, имеющим обратную силу, получило признание в решениях Верховного суда. Зло от законов, имеющих обратную силу, возникает в результате того, что в своих действиях люди, возможно, полагались на предшествующее состояние закона, и их действия таким образом могли оказаться сорванными либо неожиданно стать обременительными из-за изменения задним числом их правовых последствий. Но иногда действие, предпринимаемое в уверенности в прежнем законе, может быть отменено, если получено некое предупреждение о грядущем изменении, или если изменение не вступает в силу столь стремительно, что не оставляет времени для приспособления к новому состоянию закона. Поэтому, например, Верховный суд постановил: «...существует полное согласие по вопросу о том, что [ограничительные законодательные акты] могут быть изменены путем сокращения предписанного времени, но лишь в том случае, если это делается, пока этот период еще длится, и так, чтобы оставалось разумное время для того, что предпринять соответствующее действие, прежде чем запрет начнет действовать»³⁷.

³⁶ Федералист: Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. М.: Прогресс—Литера. 1993. С. 302—303 (№ 44).

³⁷ *Ochoa v. Hernandez y Morales*, 230 U. S. 139, pp. 161—162 (1913).

СОГЛАСОВАННОСТЬ ОФИЦИАЛЬНЫХ ДЕЙСТВИЙ С ПРОВОЗГЛАШЕННЫМ ЗАКОНОМ

Наконец, мы дошли до наиболее сложного из всех *desiderata*, составляющих внутреннюю мораль права, — к согласованности официальных действий с законом. Соответствие может быть полностью сведено на нет или частично ухудшено самыми разными способами: ошибочным толкованием, недоступностью закона, недостаточным пониманием того, что требуется для поддержания целостности правовой системы, взяточничеством, равнодушием, глупостью и стремлением к личной власти.

Ввиду разнообразия опасностей, угрожающих этой согласованности, процедурные механизмы, разработанные для ее поддержания, неизбежно принимают множество форм, к числу которых относится большинство элементов «процедуры рассмотрения дела с надлежащим соблюдением норм процессуального права», таких как право быть представленным адвокатом и право на перекрестный допрос свидетелей. Сюда также можно причислить *habeas corpus** и право апелляции в случае неблагоприятного решения к высшей судебной инстанции, как частично ведущие к той же цели. Даже вопрос процессуальной правоспособности для поднятия конституционных вопросов имеет отношение к той теме: неустойчивые и изменчивые принципы в этой сфере могут породить фрагментарную и произвольную схему соответствия между конституцией и ее реализацией на практике.

В США задача предотвращения несоответствия между провозглашенным законом и его фактическим применением возложена в основном на судебную власть. Преимуществом такого распределения функций является то,

* Распоряжение о представлении арестованного в суд (особенно для рассмотрения вопроса о законности его ареста). *Habeas Corpus Act* (Закон о неприкосновенности личности) был принят английским парламентом в 1679 г. Название закона дано по первым его словам: *habeas corpus tuum* — располагай своим телом. — Прим. ред.

что ответственность возлагается на практиков, устранение несоответствия подчинено общественному надзору и, кроме того, акцент делается на целостности корпуса права. Однако в любой системе, которая для защиты от незаконного применения закона обращается исключительно к судам, имеются значительные недостатки. Такая система исправляет злоупотребления в зависимости от готовности и финансовой способности пострадавшей стороны обратиться в суд. Она оказалась относительно неэффективной в контроле за незаконным поведением со стороны полиции, причем это зло сочетается с тенденцией, сложившейся в судах низшей инстанции, считать своей миссией поддержание морального духа полиции. Для эффективного контроля за полицейскими беззакониями может быть весьма уместен некий надзорный орган, подобный скандинавским омбудсменам, способный быстро и эффективно реагировать на неофициальные жалобы.

В тех юрисдикциях, где действует прецедентное право, можно предположить, что, хотя решения судов низшей инстанции способны уменьшить согласованность между законом и официальными действиями, она не может быть ухудшена решениями верховного суда, так как именно он творит закон. На первый взгляд, верховный суд юрисдикции не может шагнуть не в ногу, так как ритм задает он сам. Но бывает так, что никто не в силах сплясать под задаваемый ритм, даже сам музыкант. Все те влияния, которые приводят к несогласованности между актом судебной власти и статутным правом в случае, когда суд сам творит закон, могут породить столь же разрушительный отход от других принципов законности: отсутствие достаточно ясно сформулированных общих норм, непостоянство в решениях, проявляющееся в противоречивых постановлениях, частые смены направления и внесение изменений в законы задним числом.

Наиболее тонким элементом в деле поддержания согласованности между законом и официальными действиями является, конечно, проблема толкования. Законность требует, чтобы судьи и другие должностные лица применяли статутное право, руководствуясь не собственной фантазией или педантичным буквализмом, а согласно прин-

ципам толкования, которые соответствуют их положению в правопорядке в целом. Каковы эти принципы? Лучший и кратчайший из известных мне ответов датируется 1584 годом, когда судьи Суда казначейства встретились, чтобы рассмотреть сложную проблему толкования в деле Хейдона: «И было ими решено, что для верного и истинного толкования всех статутов в целом (будь они карательные или дающие привилегии, ограничивающие или расширяющие общее право) следует выделить и обдумать четыре вещи:

Первое. Каково было общее право перед созданием Акта.

Второе. В чем заключается порок или изъян, в отношении которых существовал пробел в общем праве.

Третье. Какое средство нашел и назначил Парламент для врачевания болезни общества.

И четвертое. Истинное основание этого средства; а затем собрание всех Судей всегда должно дать такое толкование, которое подавит порок и ускорит исцеление»³⁸.

Если и подвергать этот анализ критике, то лишь за то, что к списку того, что следует «выделить и обдумать», надо было бы добавить пятый пункт, который мог бы звучать следующим образом: «Насколько хорошо поймут предназначение Акта те, кто должен руководствоваться его словами, ибо закон не должен становиться западней для тех, кто не может знать его оснований столь же полно, как Судьи».

Помня о центральной истине Постановления по делу Хейдона, а именно: чтобы понять закон, требуется понимать «болезнь общества», для излечения которой он предназначен, — мы очистим проблему толкования от разного

³⁸ 3 Co. Rep. 7a. Очевидно, что в процитированном отрывке слово «mischief» («порок») использовано в смысле, ныне не употребляемом. В деле Хейдона это слово было близким родственником двум другим словам, которые в те времена очень любили, — «repugnancy» («несовместимость») и «inconvenience» («неудобство»). Все эти термины описывают ситуацию несоответствия вещей друг другу, ситуацию хаотичной разбросанности, еще не приведенной в порядок посредством человеческих усилий.

Возможно, следует также предположить, что, поскольку об этом постановлении мы знаем от Кока, вполне возможно, что он рассказывает о том, что судьи должны были постановить, а не о том, что они думали или говорили в действительности.

рода путаницы, которая обычно затемняет ее. Некоторые виды путаницы имеют обманчивый налет здравого смысла, дарующий им незаслуженное долголетие. Это особенно верно в отношении мысли, содержащейся в следующем отрывке из Грея: «Как правило главной функцией толкования считается выяснение того, что на самом деле имел в виду законодательный орган. Но когда законодательный орган действительно имел то или иное конкретное намерение, принимая то или иное положение, то сомнение по поводу того, в чем это намерение заключалось, не возникает даже в одном случае из ста... Дело в том, что трудности так называемого толкования возникают, когда законодательный орган не вкладывал [в текст] никакого значения вообще; когда вопрос, который поднят в связи с данным статутом, вообще не возникал перед законодательным органом... [В таких случаях], когда судьи якобы объявляют то, что имел в виду законодательный орган, они, на самом деле, сами занимаются законотворчеством, чтобы заполнить *casus omissi** »³⁹.

Да, конечно, бывает так, что при разработке законодательного акта полностью упускается из виду некая возможная ситуация так, что можно представить себе законодателя, говорящего «Ой!», когда его внимание обращают на этот недосмотр. Но для проблем толкования случаи такого рода вовсе не типичны. Куда более обычен законодательный акт смутный и неполный, а не бьющий мимо очевидной мишени.

В основе взгляда Грея лежит атомистическая концепция намерения, соединенная с тем, что можно назвать семантической теорией, основанной на указывании. Такой взгляд предполагает, что ум направлен на отдельные предметы, а не на общие идеи, на отдельные фактические ситуации, а не на некоторую значимость для дел человеческих, которая может быть общей для этих ситуаций. Если относиться к этому взгляду серьезно, то намерение составителя закона, направленного против «опасного оружия», мы должны считать направленным на бесконечный ряд индивиду-

* Непредусмотренный случай (лат.). — Прим. ред.

³⁹ *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), pp. 172—173.

альных объектов: револьверов, автоматических пистолетов, кинжалов, охотничьих ножей и т. п. Если суд применяет этот закон к оружию, которого не имел в виду разработчик закона, это будет не «толкование», а «законотворчество», что является еще более очевидным в случае, когда закон применяется к оружию, которое ко времени принятия закона еще не было изобретено⁴⁰.

Атомистический взгляд на намерение оказывает, прямо и косвенно, столь огромное влияние на теории толкования, что становится важным сопоставить его с более адекватным видением проблемы. Для этого позвольте мне предложить аналогию. Умирает изобретатель полезных бытовых устройств, оставив карандашный набросок изобретения, над которым он работал непосредственно перед своей смертью. На смертном одре он просит сына продолжить работу над изобретением, но умирает, так и не сообщив сыну, для какой цели служит это изобретение и как он планирует его завершить. Чтобы исполнить отцовское желание, сыну прежде всего нужно было бы решить, какова была цель проектируемого изобретения и для восполнения каких изъянов или недостатков существующих устройств оно предназначалось. Затем он, вероятно, попытался бы уловить принцип, на котором основано проектируемое изобретение, то есть, говоря словами дела Хейдона, «истинное основание этого средства». Решив эти проблемы, он мог бы перейти к поиску того, что необходимо сделать, чтобы завершить разработку проектируемого устройства.

Теперь зададим о действиях сына вопрос, который обычно задают в связи с толкованием законов. Верен ли сын намерению отца? Если мы имеем в виду «Выполнил ли он действительное намерение отца касательно способа завершения разработки?», то вопрос, разумеется, не имеет ответа, так как мы не знаем, было ли у отца какое-либо намерение в этом отношении, и, если да, то в чем оно

⁴⁰ Описанный в тексте «атомистический» взгляд на намерение имеет отношение к философскому номинализму и может рассматриваться как выражение этого течения. Я разбирал влияние этого взгляда на движение, известное как правовой реализм, в статье: Fuller, "American Legal Realism," 82 *University of Pennsylvania Law Review* 429, 443—447 (1934).

состояло. Если мы имеем в виду вопрос «Остался ли он в заданных отцом рамках, приняв идею отца о существовании потребности в проектируемом устройстве и общий подход отца к проблеме удовлетворения этой потребности?», то ответ на основе предположенных нами фактов будет положительным. Если бы сын мог обратиться за помощью к духу отца, то есть шансы на то, что эта помощь была бы оказана в форме сотрудничества с сыном в решении проблемы, которую отец оставил неразрешенной. Так же обстоит дело и со сложной проблемой толкования. Если бы составителя закона пригласили для прямой консультации, он в обычной ситуации стал бы действовать тем же способом, что и судья, задавая вопросы, подобные следующим: идет ли в данном деле речь об изъятии, исправить который стремится данный законодательный акт? Укладывается ли это дело в рамки «истинного основания средства», назначенного данным законодательным актом, то есть подходит ли предписанное средство для исправления данного конкретного проявления общего изъятия, на которое был нацелен законодательный акт?

Аналогия с незавершенным изобретением также может быть полезна, чтобы пролить свет на неясности, которыми насквозь пронизан лексикон толкования. Мы склонны мыслить о намерении как о феномене индивидуальной психологии, хотя то, что мы должны толковать, есть корпоративный акт. Таким образом, мы задаемся вопросом о намерении «законодателя», зная при этом, что такового не существует. Мы также говорим о намерении «законодательного органа», зная, что те, кто голосовал за данный закон, зачастую сделали это, придерживаясь разнообразных мнений относительно его значения, и зачастую без реального понимания его терминов. Чтобы приблизиться к индивидуальной психологии, можно говорить о намерении «разработчика закона». Но и здесь нас поджидают проблемы. Разработчиков закона может быть много, причем они могут работать над ним в разное время и без какого-либо общего понимания того, какую цель они преследуют. Более того, совершенно справедливо считается, что с точки зрения надлежащего толкования закона никакое личное и никому не сообщенное намерение разработчика

закона юридически не имеет отношения к делу⁴¹. Обратимся к аналогии с незавершенным изобретением, чтобы посмотреть, не поможет ли она в создавшемся тупике. Ясно, что сын в решении этой проблемы может найти полезным попытаться поставить себя, так сказать, на место своего отца, припомнив его образ мышления и свойственные ему методы разрешения проблем. Однако ясно также, что эта процедура может не оказаться ни необходимой, ни полезной. В самом деле, если незавершенная разработка — дело рук совершенно неизвестного изобретателя, задача сына по существу не меняется. Он обратится непосредственно к чертежу, чтобы понять, какой цели должно служить изобретение, и какой общий принцип или принципы лежат в основе проектируемой конструкции. В этом случае мы можем говорить о «намерении конструкции». Это может нести в себе метафору, но она по крайней мере полезна тем, что не описывает неверно природу задачи, стоящей перед сыном. Поэтому, говоря о законодательном намерении, я полагаю, что будет лучше говорить о «намерении законодательного акта», в точности так же, как Мэнсфилд однажды в связи с контрактным намерением употребил выражение «намерение сделки»⁴².

Верность принятому закону зачастую отождествляется с пассивным отношением со стороны судьи, который просто принимает написанное. Если он действует «творчески», это означает, что он выходит за рамки своего предназначения, как толкователя. Те, кто предпочитает законодательным актам прецедентное право, склонны приветствовать этот отход и ликуют, видя, что судья вроде бы делает столь много из столь малого. В отличие от этого, те, кто не доверяет судебной власти, склонны видеть в любой творческой роли отказ от принципа и стремление к личной

⁴¹ Говоря о Законе о мошенничестве, в деле *Ash v. Abdy*, 3 Swanston 664 (1678) лорд Ноттингем заявил: «У меня есть некоторая причина для того, чтобы знать смысл этого закона, так как начало ему положил я». Ср.: «Если его разрабатывал лорд Ноттингем, то он не вполне подходит для его толкования; автор акта больше сосредоточен на том, что он лично имел в виду, чем на смысле, который он выразил» (*Campbell's Lives of the Lord Chancellors of England*, 3 (3d ed. 1848), 423 n.).

⁴² *Kingston v. Preston*, 2 Douglas 689 (1773).

власти. Такая формулировка вопроса представляет проблему в искаженном свете. В случае незавершенного изобретения, когда сын принимает на себя творческую роль, он не заслуживает за одно лишь это ни похвалы, ни упрека. Он просто выполняет свое предназначение, делая то, что должен сделать для исполнения желания своего отца. Время хвалить или порицать его придет, когда мы сможем посмотреть на то, чего он достиг, выполняя эту роль, неизбежно связанную с творчеством. Точно так же и с судьями.

Можно возразить, что использованная здесь аналогия вводит в заблуждение. Можно сказать, что законодательный акт не служит цели, столь же простой и легко определяемой, как, например, цель пылесоса. Общественное зло, которое он предназначен исправить, часто весьма тонко и сложно, так что даже само его существование замечают только те, кто придерживается ценностных суждений определенного рода. К тому же средство, которое закон назначает для «уврачевания болезни общества», непохоже на вал, связывающий один механизм с другим. Зачастую законодательный орган должен выбирать из длинного ряда возможных средств некое средство, обеспечивающее весьма окольный способ врачевания изъяна, который должен быть выправлен.

Все это можно признать, и все же я говорю о том, что именно в этом пункте кажущегося несоответствия образ незавершенного изобретения становится наиболее полезным. Некоторая неясность касательно изъяна, для выправления которого предназначен статут, вполне допустима. Но если степень этой неясности превышает некоторую критическую точку, то ни виртуозность разработчика законов, ни мастерство толкования не сделают такой закон осмысленным. К тому же некоторая расплывчатость мысли о связи между врачующим средством и изъяном, для врачевания которого оно предназначено, вовсе не обязательно искажает правовой акт. Но если еще на стадии разработки законопроекта при установлении этой связи совершена фундаментальная ошибка, то связное толкование становится невозможным. Полагать иначе означало бы думать, что изобретение, основанное на ошибочной идее, можно спасти, сделав красивый чертеж.

Позвольте мне привести исторический пример законоположения, которое было искажено фундаментальным изъяном в его замысле. Я имею в виду параграф 5 раздела 4 Закона о мошенничестве, принятого в 1677 г. Раздел 4 этого Закона основан на допущении, что определенные виды договоров не должны подкрепляться юридической санкцией, если их существование не доказывается подписанным документом. При этом считалось неразумным расширять столь строгое требование на все договоры, так как некоторые из них должны считаться юридически действительными, будучи заключенными устно. Таким образом, перед разработчиками закона встал вопрос о том, какие договоры следует требовать заключать письменно, а для каких будет достаточно выразить их устно. Одно такое решение было вынесено в следующей формулировке: «...иски не должны предъявляться... 5) против любого соглашения, которое не должно быть исполнено в течение одного года с момента его заключения; за исключение тех случаев, когда соглашение, по которому предъявляется иск..., заключено в письменном виде и подписано стороной, против которой возбуждается указанный иск».

Не боясь ошибиться, можно утверждать, что немногие законодательные акты вызвали столько противоречивых и причудливых толкований, как только что процитированные слова. Что здесь не так? Закон изложен простым и понятным английским языком. Изъян, против которого он направлен, представляется совершенно очевидным. Также весьма просто понять, отчего законодатели должны были выделить договоры, выполнение которых длится значительный промежуток времени, как в наибольшей степени требующие надежного письменного свидетельства; по словам Холта, «замысел закона состоял в том, чтобы не полагаться на память свидетелей спустя промежуток времени, превышающий один год»⁴³.

Трудность возникла из-за того, что разработчики законопроекта просто не продумали до конца соотношение между вредом и средством, которое они назначили для его исправления. Прежде всего, ясно, что не существует прямой

⁴³ *Smith v. Westfall*, 1 Lord Raymond 317 (1697).

связи между временем, когда свидетель будет вызван для дачи показаний, и временем, требующимся для исполнения договора: завершение договора может быть предусмотрено через месяц после его заключения, а доказательства в суде могут потребоваться два года спустя. Кроме того, авторы закона не дали ответа на вопрос, что должны делать суды, столкнувшись с очень распространенным типом договоров, о которых невозможно сказать заранее, сколько времени потребует их исполнение, — такими как договоры пожизненного найма или договоры о выплате человеку ежемесячной суммы до момента его излечения от болезни. С помощью воображения можно бесконечно расширить список непредвиденных событий, которые ускоряют или откладывают исполнение этого класса договоров. В деле, ставшем предметом рассмотрения вскоре после принятия обсуждаемого закона, было предложено считать, что юридическая действительность договора должна зависеть от фактического течения событий⁴⁴. Если оказывалось, что исполнение потребовало времени в пределах года, устный договор признавался действительным, а если нет, то этот договор не мог служить основанием для иска. Но такое решение не было, да и не могло быть сочтено приемлемым. Стороны должны знать, есть между ними договор или нет, с самого начала или, по крайней мере, в момент возникновения проблемы. Поставить существование обязывающего договора в зависимость от будущих событий означало бы открыть дорогу всевозможным махинациям с целью получения более выгодного положения и создало бы такую неразбериху, какую только можно представить. Короче, суды были оставлены наедине с законом, который просто не мог быть применен таким образом, чтобы выполнить плохо продуманное намерение его авторов. В конце концов в 1954 г. британцы нашли единственно возможный способ исправить ситуацию — полностью отменить соответствующий раздел этого закона. Мы все еще ищем решения загадки, у которой нет решения.

Второй пример в корне неверно задуманного законодательства ближе к современности почти на три столетия.

⁴⁴ См. дело, упомянутое в предыдущей сноске.

Он касается закона, относительно которого нельзя было в сколько-нибудь ясных словах сказать, для устранения какого вреда он был предназначен. После отмены «сухого закона» американцы были полны решимости «не допустить возвращения старого салуна». Что это означало? Старый салун имел особую атмосферу и был вещью сложной, объединявшей архитектурные, артистические, коммерческие, правовые и социологические аспекты, а также связанной с определенной внутренней атмосферой. Было совершенно невероятно, что он вернется или может вернуться в прежнем виде после пятнадцати лет отсутствия, в течение которых произошли фундаментальные социальные изменения. Однако во многих штатах подумали, что для пущей уверенности «должен быть закон».

Как издать закон против чего-то подобного «старому салуну»? Ладно, в старом салуне были двери, открывающиеся в обе стороны, — давайте теперь сделаем незаконным продажу спиртных напитков внутри помещения, имеющего то, что может быть названо дверями, открывающимися в обе стороны. В старом салуне клиенты пили стоя — пусть теперь закон прикажет, что они должны сидеть (хотя, разумеется, если рассматривать это оригинальное предложение само по себе, то есть немалые основания ожидать, что, если потребовать от выпивох совершать свои возлияния стоя, это послужит делу трезвости). В старом салуне нельзя было купить еду, хотя ее могли дать бесплатно, — давайте создадим в новом салуне атмосферу чего-то вроде семейного ресторана, введя юридическое требование подавать еду. Но нельзя заходить слишком далеко. Было бы верхом несправедливости требовать от мучимого жаждой клиента покупать еду, прежде чем ему подадут напиток. Следовательно, пусть требование закона будет состоять в том, что новый салун должен быть готов подавать еду любому клиенту, который пожелает ее заказать, как бы мало таковых ни оказалось.

Основная ответственность за применение этой аллопатической микстуры из норм была возложена не на прокурора, а на орган, ведающий выдачей лицензий. Можно ли вообразить, чтобы служба в таком органе создала бы ощущение выполнения полезной социальной функции?

Удивительно ли, что эта сфера регулирования печально известна неэффективностью и коррупцией? Даже если найти добросовестного бюрократа, который считал бы миссией своей жизни стоять на страже закона, каким бы бессмысленным тот ни был, это все равно не решило бы проблему. Остались бы неразрешимые проблемы толкования, например, при ответе на вопрос о том, что означает быть готовым подать еду клиенту, желающему пообедать, если тот клиент никогда не придет.

На этом наше обсуждение проблемы толкования необходимо прервать. Этот предмет слишком фактурен, чтобы его могла исчерпать какая бы то ни было аналогия или метафора. Его требования настолько зависят от контекста, что иллюстративные примеры могут служить лишь для раскрытия общих принципов, но не могут передать нюансов, сопутствующих применению этих принципов в отдельных отраслях права. При всех своих тонкостях проблема толкования занимает жизненно важное, центральное место во внутренней морали права. Она, как никакая другая проблема, показывает, что сама природа задачи поддержания законности связана с сотрудничеством. Если необходимо, чтобы у толкователя сохранялось чувство полезности его миссии, законодательный орган не должен возлагать на него бессмысленных задач. В свою очередь, чтобы выполнить свои обязанности, разработчик законопроекта должен быть способен предугадывать рациональные и относительно устойчивые модели толкования. Эта взаимная зависимость пронизывает весь правопорядок, хотя и не всегда очевидным образом. Никакая концентрация ума, проницательность и добрая воля, как бы стратегически разумно они ни были применены, не могут гарантировать успех предприятия по подчинению человеческого поведения руководству правил.

ЗАКОННОСТЬ

КАК ПРАКТИЧЕСКОЕ ИСКУССТВО

В завершение этого продолжительного анализа нужно добавить несколько замечаний относительно практических приложений принципов законности.

Во-первых, уместно сделать предупреждение об употреблении слова «закон». В 1941 г. в Аннотированный свод законов Массачусетса (*Annotated Laws of Massachusetts Ch. 2, §9*) было добавлено положение о том, что гаичка* отныне будет официальным символом штата. Сегодня очевидно, что общее благо ничуть не пострадало бы, ни если бы этот закон держался в секрете от общества, ни если бы он получил обратную силу вплоть до времен высадки с «Мейфлауэра». Действительно, если мы называем законом любой официальный акт законодательного органа, то могут существовать обстоятельства, в которых все детали закона должны держаться в тайне. Например, то может стать необходимым в ситуации, когда законодательный орган выделяет ассигнование для финансирования разработки нового вида оружия. Всегда печально, когда действие правительства должно быть скрыто от публики и тем самым ограждено от общественной критики. Но бывают времена, когда мы должны склониться перед суровой необходимостью. Раздел 5 Статьи I Конституции США гласит, что «каждая палата... ведет журнал своих заседаний и время от времени публикует его, за исключением тех разделов, которые, по ее суждению, могут потребовать сохранения в тайне». Все это, однако, не имеет особого отношения к законам, которые являются предметом обсуждения⁴⁵. К примеру, я не могу представить себе чрезвычайного положения, которое оправдало бы сокрытие от общества закона, вводящего новый вид преступления или изменяющего требования к составлению юридически действительного завещания.

Во-вторых, нарушения правовой морали имеют тенденцию накапливаться. Пренебрежение ясностью, внутренней согласованностью или гласностью может породить потребность в законах, имеющих обратную силу. Слишком частые изменения в законе могут свести на нет выгоды от формальных, но медленных процедур доведения закона до

* Вид синицы. — Прим. перев.

⁴⁵ Обсуждение некоторых проблем гласности в той мере, в какой они затрагивают некоторые действия правительства, отличные от принятия законов в обычном смысле слова, можно найти в моей статье: Fuller, "Governmental Secrecy and the Forms of Social Order," in 2 *Nomos* ("Community") 256—268 (1959).

сведения публики. Небрежность в законах, делающая невозможным их соблюдение, может вызвать потребность в их применении по усмотрению судьи или иного органа государства, что, в свою очередь, вредит согласованности между официальными действиями и принятым законом.

В-третьих, в той мере, в какой закон просто в явном виде выражает представления о правильном и неправильном, распространенные в данном сообществе, потребность в гласности и ясности формулировок принимаемого закона отходит на второй план. То же самое относится к проблеме обратной силы закона. Там, где закон является главным образом отражением внеюридической морали, то, что выглядит как законодательство, имеющее обратную силу, может, в сущности, представлять собой попросту подтверждение взглядов, которые и без того широко разделяются или находятся в процессе превращения в норму, которая в конце концов воплощается в принятый закон. Когда к концу XVI в. суды Англии наконец обеспечили юридической санкцией двусторонний договор с исполнением в будущем, они лишь догнали коммерческую практику, разрешив сторонам делать напрямую то, чего прежде они были вынуждены добиваться окольными путями.

В-четвертых, строгость, с которой должны применяться все восемь *desiderata* как целое, а также приоритет их ранжирования относительно друг друга зависят от отрасли права, о которой идет речь, и типа рассматриваемых юридических норм. Так, например, обычно важнее, чтобы человек был ясно предупрежден о его юридических обязанностях, чем то, чтобы он точно знал, какая кара сопутствует нарушению; если законодательный акт, имеющий обратную силу, который вводит новый вид преступления, вызывает категорические возражения, то сходный закон, увеличивающий срок заключения за существующий вид преступления, уже не столь неприемлем. Согласно распространенной классификации, нормы права подразделяются на налагающие обязанности и наделяющие полномочиями. Восемь требований морали права в некоторой мере затрагивают оба вида этих норм. В то же время нормы, наделяющие и определяющие юридические полномочия, редко имеют соответствия в повседневной практической жизни — руко-

пожатие при заключении сделки никогда не считалось достаточной юридической формальностью. Следовательно, для норм, определяющих юридические полномочия, условия гласности и ясности представляют особую важность. И, напротив, наделение задним числом юридической силой того, что при существующем законе было бы не имеющей юридической силы попыткой осуществить юридическое право, зачастую будет рассматриваться как действие, служащее делу законности путем предотвращения путаницы в юридических правах.

В-пятых и в-последних, следует напомнить, что в нашем подробном анализе каждого из требований морали права мы в обычно принимали точку зрения добросовестного законодателя, стремящегося понять характер своей ответственности и готового к столкновению с трудностями. Этот упор на нюансы и трудные проблемы не должен заставить нас забыть, что не все дела вызывают трудности. Каждое из требований законности можно нарушить способами, которые не оставляют сомнений. Говорят, что Калигула, к примеру, уважал обычай, по которому все законы Рима вывешивались в публичных местах, но следил за тем, чтобы его собственные законы были написаны такими мелкими буквами и висели столь высоко, чтобы никто не мог их прочитать.

Парадокс, заключающийся в том, что предмет может быть одновременно и столь легкий, и столь труден, может осветить метафора Аристотеля. В «Никомаховой этике» Аристотель поднимает вопрос, легко ли поступать справедливо с другими людьми. Он замечает, что это может показаться легким, потому что существуют установленные правила справедливых поступков, которые можно выучить без труда. Применять простые правила должно быть само по себе просто. Но это не так, говорит Аристотель, привлекая на помощь любимую аналогию из медицины: «...легко знать, [что полезны] и мед, и вино, и морозник, и прижигание, и вскрытие, но [знать], как нужно применить [это] к здоровью, для кого и когда, столь же большой труд, как и быть врачом»⁴⁶.

⁴⁶ Аристотель. Никомахова этика. Кн. V. 1137a.

Так и мы, в свою очередь, можем сказать: легко понять, что законы должны быть ясно сформулированы в виде общих правил, не имеющих обратной силы и известных гражданам. Но знать, как, в каких обстоятельствах и в каком соотношении все это должно быть достигнуто — столь же трудное дело, как и быть законодателем.

ГЛАВА III

ПОНЯТИЕ ПРАВА

Поскольку представления о том, для чего нужно право, в столь огромной степени подразумеваются в представлениях о том, чем право является, будет полезен... краткий обзор природы права.

Роско Паунд

Забвение целей — самая обычная глупость людей.

Ницше

Цель настоящей главы состоит в том, чтобы привести представленный во второй главе анализ в надлежащее соответствие с господствующими теориями права и о праве. Попытка решить эту задачу предпринята в первую очередь в целях дальнейшего разъяснения сказанного мною до сих пор, а не для того, чтобы защитить мою точку зрения от возражений со стороны тех, кто придерживается иных взглядов. Я согласен, что книга по теории права не должна быть просто «книгой, из которой узнают о содержании других книг»¹, но дело в том, что на всякое новое исследование, как правило, смотрят через призму того, что узнают из других книг (порой косвенным путем, не читая их). Противопоставление собственных взглядов взглядам, глубоко укорененным в терминологии и представлениях об исследуемом предмете, является неотъемлемой частью изложения.

ПРАВОВАЯ МОРАЛЬ И ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

Итак, продолжим наше изложение. Прежде всего необходимо соотнести то, что я назвал внутренней моралью права, с вековой традицией естественного права. Представляют ли принципы, изложенные во второй главе, некую разновидность естественного права? Ответ — решительное «да», пусть и с оговорками.

¹ Hart, *The Concept of Law* (1961), viii.

Я попытался выявить и сформулировать естественные законы, свойственные особому виду человеческой деятельности, которую охарактеризовал как «предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил». Эти естественные законы не имеют никакого отношения к какому бы то ни было «всеприсутствию, нависающему с небес»*. Они также не имеют ничего общего со всевозможными суждениями наподобие того, что контрацепция есть нарушение закона Божьего. Они остаются полностью земными и по происхождению, и по применению. Естественные законы не «высший закон»: если здесь и можно употребить метафору вертикали, то следует назвать их «низшими» законами. Они походят на естественные законы плотницкого дела или по крайней мере на те законы, которые уважает плотник, желающий, чтобы возводимый им дом остался стоять и служить тем, кто в нем живет.

Эти естественные законы касаются жизненно важной человеческой деятельности, но они явно не охватывают всей нравственной жизни человека. Они ничего не говорят о таких проблемах, как полигамия, изучение Маркса, поклонение Богу, прогрессивный подоходный налог или угнетение женщин. Если возникает вопрос о том, является ли какой-либо из этих или подобных им предметов объектом законодательства, то этот вопрос будет, относиться к тому, что я назвал внешней моралью права.

В качестве удобного (хотя и не вполне удовлетворительного) способа описания предложенных разграничений можно говорить о процедурном** естественном праве,

* Фраза принадлежит американскому юристу, члену Верховного суда США в 1902—1932 гг. Оливеру Уэнделлу Холмсу (1841—1935). «The common law is not a brooding omnipresence in the sky, but the articulate voice of some sovereign or quasi sovereign that can be identified» («Общее право не есть всеприсутствие, нависающее с неба, а отчетливый голос некоего суверена или квазисуверена, который может быть опознан» (*Southern Pac Co. v. Jensen*, 1917). — Прим. ред.

** Английский термин *procedural law* обычно переводится на русский язык как «процессуальное право». Однако значение словосочетания «процессуальное право» в русской юридической терминологии определяется как совокупность норм правовой системы, регулирующих общественные отношения, возникающие при

в отличие от материального естественного права. В этом смысле то, что я назвал внутренней моралью права, является процедурной версией естественного права, хотя во избежание недоразумений слову «процедурный» следует придать особый, более широкий смысл, включающий, к примеру, материальное соответствие между официальным действием и принятым законом. Однако термин «процедурный» в целом является вполне подходящим, так как указывает на то, что нас интересуют не материальные цели юридических норм, а способы, посредством которых должна разрабатываться и проводиться в жизнь система норм для управления человеческим поведением, чтобы она при том была действенной и в то же время оставалась такой, какой была задумана.

Найдем ли мы в реальной истории правовой и политической мысли связь между принципами, которые я подробно изложил во второй главе, и доктриной естественного права? Составляют ли эти принципы неотъемлемую часть естественно-правовой традиции? И не их ли неизменно отклоняли позитивистские мыслители, выступавшие против этой традиции? Простого ответа на эти вопросы не существует.

У позитивистов в этом отношении не прослеживаются никаких четких закономерностей. Остин определил закон как приказ верховного политического руководителя. В то же время он настаивал, что «законы в собственном смысле слова» являются всеобщими нормами и что «приказы, относящиеся к определенному событию или конкретной ситуации», законами не являются². Бентам, используя свой красочный лексикон для резкой критики естественного права, постоянно интересовался определенными аспектами того, что я назвал внутренней моралью права. Стремление

расследовании преступлений, рассмотрении и разрешении дел в порядке уголовного, гражданского, административного и конституционного судопроизводства. Из предшествующего и последующего изложения очевидно, что Л. Фуллер использует термин *procedural law* в гораздо более широком смысле. По этой причине при подготовке русского издания было принято решение перевести тот термин словосочетанием «процедурное право». — Прим. ред.

² См. при. 6 в главе 2, с. 64.

сделать законы доступными для тех, кто им подчинен, стало у него чуть ли не навязчивой идеей. В то же время в более недавние времена Грей считал вопрос о том, должен ли закон принимать форму общих норм делом «с практической точки зрения малозначимым», признавая при этом, что конкретные и изолированные проявления юридической власти не являются предметом юриспруденции»³. По Шомло, законы, имеющие обратную силу, могут осуждаться как несправедливые, но их ни в каком смысле нельзя считать нарушающими какую-либо из общих предпосылок, лежащих в основе понятия права как такового⁴.

О мыслителях, связанных с традицией естественного права, можно с уверенностью сказать, что никто из них не проявил бы легкомысленного отношения, выказанного Греем и Шомло, к требованиям правовой морали. Однако предметом их основной заботы является то, что я назвал материальным естественным правом, — т.е. достижению каких целей должны служить правовые нормы. Когда они рассматривают требования правовой морали, то обычно делают это мимоходом, хотя время от времени один аспект этого предмета получает у них значительное развитие. Возможно, в этом отношении наиболее типичен Фома Аквинский. Относительно потребности в общих нормах (в противоположность разрешению споров в зависимости от конкретной ситуации) он развивает поразительно подробное и тщательно разработанное доказательство, включая довод о том, что, поскольку мудрецов всегда не хватает, экономическая практичность подсказывает целесообразность распределить их таланты, направив их на разработку общих норм, которые потом могут применять менее мудрые люди⁵. В то же время при объяснении того, почему Исидор требовал, чтобы законы были «ясно изложены», Аквинат удовлетворяется словами о том, что желательно предотвращать «любой вред, порождаемый самим законом»⁶.

³ Ibid.

⁴ «Тем самым только принцип содержания права может исключить обратную силу правовых норм, но не принцип предположения». *Juristische Grundlehre* (2d ed. 1927), p. 302. См. также выше, прим. 13 в главе 2, с. 68.

⁵ *Summa Theologica*, Pt. I—II, ques. 95, Art 1.

⁶ Ibid., Art. 3.

Если говорить об авторах философских систем, то, я полагаю, не будет большой ошибкой сказать, что, когда они касаются проблем правовой морали, обычно это делается от случая к случаю и между дел. Причина этого лежит на поверхности. Люди, как правило, не видят нужды в том, чтобы объяснять или обосновывать очевидное. Вероятно, любой философ права, оставивший след в истории идей, имел случай заявить, что законы следует публиковать, дабы те, кто им подчиняется, могли знать их содержание. Лишь немногие из них ощущали потребность подробнее развить доводы в пользу этого положения или встроить их в рамки более общей теории.

С этой точки зрения, прискорбно, что требования правовой морали в большинстве случаев кажутся столь очевидными. Эта очевидность помешала заметить многие тонкости и направила исследователей по неверному пути, внушив им, что основательный анализ этого предмета не нужен и даже невозможен. К примеру, когда утверждалось, что закон не должен противоречить сам себе, казалось, что тут и сказать - то больше нечего. И, тем не менее, как я попытался показать на некоторых примерах, из всех принципов, составляющих внутреннюю мораль права, применение принципа непротиворечивости может оказаться одним из самых сложных⁷.

Существует одно знаменательное исключение из наблюдения, согласно которому в истории политической и правовой мысли принципы законности рассматривались лишь эпизодически и между дел (как и приличествует самоочевидным вещам). Это исключение находится в литературе, возникшей в Англии XVII столетия, — столетия реформаций, свержения монархов, заговоров и гражданских войн, — т.е. эпохи, когда существующие институты подверглись фундаментальному переосмыслению.

Именно к этому периоду ученые возводят «естественно-правовой фундамент» американской Конституции. Литература этой эпохи, странным образом бытовавшая в виде двух крайностей — анонимных памфлетов и судебных речей, — была поглощена почти исключительно проблемами,

⁷ См. выше, с. 83—88.

которые я рассматривал выше как проблемы внутренней морали права. В ней говорится о несоответствиях, о законах, повиноваться которым невозможно, о парламентах, идущих против своих же собственных законов еще до их отмены. Две характерные цитаты из этой литературы приведены в эпиграфе ко второй главе⁸. Но самое знаменитое мнение, дошедшее до нас из этого времени, сформулировано сэром Эдвардом Коком в деле доктора Бонэма.

Генрих VIII предоставил Королевскому медицинскому колледжу (в дарственном акте, позднее утвержденном парламентом) широкие полномочия в сфере лицензирования и регулирования медицинской практики в Лондоне. Колледжу было предоставлено право проводить расследования нарушений его регламентов и налагать наказания в виде штрафов и тюремного заключения. В случае штрафа одна его половина должна была идти королю, а другая — самому колледжу. Томас Бонэм, доктор медицины Кембриджского университета, открыл медицинскую практику в Лондоне без сертификата Королевского Колледжа. Колледж рассмотрел его дело, оштрафовал и заключил в тюрьму. Доктор Бонэм подал иск против неправомерного лишения свободы.

В рассуждениях Кока, поддерживающего Бонэма, есть знаменитый отрывок: «Надзиратели [из Королевского колледжа] не могут быть судьями, исполнителями и сторонами: судьями, выносящими приговор или суждение, исполнителями, вручающими приказ об истребовании, и стороной, получающей половину взысканного; *quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rai esse judicem**; и никто не может быть и судьей, и представителем одной из сторон... И в наших книгах пишут, что во многих делах общее право [common law] будет иметь преимущество перед актами парламента и иногда признавать недействительными, поскольку когда акт парламента противен общим правам [common right] и здравому смыс-

⁸ См. выше, с. 47. Великолепная подборка этой литературы имеется в: Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History* (1954); переиздание с незначительными изменениями, 1961.

* Никто не может быть одновременно судьей в деле и представителем одной из сторон (лат.) — Прим. ред.

лу, или противоречив, или его невозможно исполнить, то общее право будет иметь приоритет и признает таковой акт недействительным»⁹.

Сегодня это высказывание часто расценивается как квинтэссенция точки зрения естественного права. И все же заметьте, насколько ярко оно подчеркивает процедуру и институциональную практику. Действительно, лишь один пассаж можно отнести к материальной справедливости — тот, где говорится о парламентских актах, «противных общим правам [common right] и здравому смыслу». Но под «common right» Кок вполне мог иметь в виду права, приобретенные на основе закона и затем отобранные законом, — иными словами, тот вид проблем, который часто связан с законодательством, имеющим обратную силу. Может показаться странным разговор о противоречивых законодательных актах в контексте, касающемся в основном неуместности того, что человек выступает судьей в деле, где он является одной из сторон. Но Кок усматривал здесь тесную связь идей. Как юридические нормы могут быть несовместимы одна с другой, так и институты могут быть несовместимы друг с другом. Кок и его коллеги по судебной скамье в отправлении правосудия стремились создать атмосферу беспристрастности, в которой было бы немыслимо, чтобы, скажем, судья Суда общих тяжб вел процесс по своему собственному делу. Затем приходят король и парламент и чудовищным, беспардонным образом перечеркивают все эти усилия, создавая «суд» врачей для рассмотрения нарушений их собственной монополии, да еще и отбирающих половину денежного штрафа в свою пользу. Когда Кок связал эту законодательную непристойность с несовместимостью норм, он не просто выражал свое недовольство данной мерой: он имел в виду, что она противоречит фундаментальным целенаправленными усилиями, приложенным в противоположном направлении.

Мнение, распространенное среди современных ученых, согласно которому в процитированном отрывке Кок

⁹ Rep. 118a (1610). Интересный анализ значения этого знаменитого отрывка для фактически имевшего место решения по иску доктора Бонэма, см.: Thorne, "Dr. Bonham's Case," 54 *Law Quarterly Review* 543—552 (1938).

проявляет наивную веру в естественное право, мало чем может помочь нам в понимании интеллектуального климата XVII столетия. Это мнение говорит очень многое о нашем веке, о веке, который, по крайней мере в некоторых своих проявлениях, полагает, что обращение к человеческой природе или к природе вещей является не более чем прикрытием для субъективного предпочтения и ничем иным быть не может и что в рубрику «субъективное предпочтение» следует занести столь далекие друг от друга суждения, как то, что законы должны быть изложены ясно, и то, что единственным справедливым налогом является тот, который заставляет гражданина платить эквивалент того, что он сам получил от правительства.

Образ мышления тех, кто в действительности создал нашу республику и Конституцию, был куда ближе к веку Кока, чем к нашему. Они тоже были озабочены тем, чтобы избежать несовместимости своих институтов и проследить за тем, чтобы эти институты пребывали в согласии с природой человека. Гамильтон отверг «политическую ересь» поэта, написавшего:

*Пусть дураки спорят о формах правления
А нам лучше та, которая правит лучше^{10.*}.*

Поддерживая право судебной власти объявлять неконституционными акты Конгресса, Гамильтон указывает, что судебная власть никогда не может быть полностью пассивна в отношении законодательства: даже в отсутствие писаной конституции судьи вынуждены, к примеру, выработать некое правило того, как поступать с противоречивыми законами, и это правило выводится не из «какого-либо позитивного закона, а из природы и смысла предмета»¹¹.

В США не утихают дебаты по вопросу о том, должны ли суды при толковании Конституции принимать во внимание соображения, вытекающие из «естественного пра-

¹⁰ Федералист. Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдсона и Джона Джея. М.: Прогресс—Литера, 1993. № 68. С. 449.

* Строки принадлежат Александру Поупу. — *Прим. ред.*

¹¹ *The Federalist*, No. 78. [См.: Федералист. С. 449.]

ва»¹². Я считаю, что эти дебаты могли бы внести большой вклад в дело разъяснения этих проблем, если бы проводилось различие между естественным правом, преследующим материальные цели, и естественным правом, связанным с процедурами и институтами. Однако следует признать, что все стороны так часто злоупотребляли термином «естественное право», что непредвзятое отношение к нему вернуть будет не просто.

Совершенно ясно то, что многие положения Конституции обладают качеством, которое выше я описал как качество неясности и неполноты¹³. Это означает, что так или иначе их смысл должен быть достроен. Разумеется, те, чья судьба хоть как-то зависит от творческого акта толкования, посредством которого этот смысл восполняется, а также те, кто несет ответственность за толкование, должны желать, чтобы последнее опиралось на самое надежное из всех возможных оснований и чтобы оно коренилось, насколько это возможно, в необходимых свойствах демократического правления и в самой человеческой природе.

Полагаю, что этот идеал в наибольшей степени достижим в сфере конституционного права, связанной с тем, что я назвал внутренней моралью права. В этой сфере толкование зачастую сильно отклоняется от точных слов Конституции и тем не менее прочно покоится на убеждении, что оно совпадает с намерениями, подразумеваемыми всей структурой нашего правительства. К примеру, в Конституции нет явного запрета на нечеткое или невразумительное законодательство. Но при этом едва ли кто-то обвинит суд в узурпации полномочий за решение о том, что уголовный закон нарушает «надлежащую правовую процедуру», если не содержит достаточно ясного описания запрещаемого им деяния¹⁴. При размышлении о проблемах, возникающих при разработке проекта конституции, оправданность такого решения становится очевидным. Для включения в конституцию специального положения, направленного

¹² В самом Верховном суде начало дебатам положил обмен мнениями между его членами Блэком и Франкфуртером при рассмотрении дела *Adamson v. California*, 332 U. S. 46 (1947).

¹³ См. выше, с. 104.

¹⁴ См. литературу, указанную в прим. 21 к главе 2, с. 80.

против неясных законов, необходимо иметь некий явный или неявный критерий, определяющий степень неясности, которая делала бы [законодательную норму] недействительной. Этот критерий должен быть сформулирован в самых общих выражениях. Исходя из предпосылки, что закон направляет действия людей и оценивает их на основании общих правил, любой уголовный законодательный акт должен быть достаточно ясным, чтобы служить двойной цели: во-первых, предоставляя гражданину адекватное предупреждение о сути запрещенного деяния и, во-вторых, обеспечивая адекватные руководящие принципы для вынесения судебного решения, соответствующего закону. Для тех, кто желает суммировать все это в одной фразе, нет выражения лучше, чем «надлежащая правовая процедура».

Конституция объявляет недействительными любые «законы, *уменьшающие* договорные обязательства». Однако суды выносили решения, что закон, чрезмерно *увеличивающий* обязательства по существующим договорам, может быть в равной степени неприемлемым и, следовательно, неконституционным¹⁵. Это может показаться неожиданным результатом, но он покоится на надежной конституционной основе. Контекст пункта об уменьшении договорных обязательств ясно указывает, что данная законодательная норма рассматривалась как одно из нескольких проявлений общего зла, которое несет в себе законодательство, имеющее обратную силу, но законодатели решили не разрабатывать никакой исчерпывающей меры, охватывающей всю проблему целиком (что было весьма мудро с их стороны, учитывая трудность задачи). Если задуматься об общей цели пункта об уменьшении договорных обязательств, становится ясным, что то же самое возражение, которое возникает против законов, уменьшающих обязательства по существующим договорам, может быть адресовано и против законов, увеличивающих эти обязательства. Принимая на себя риски, свойственные договорным соглашениям, человек может исходить в том числе и из обязательств, предусмотренных в существую-

¹⁵ Соответствующие прецеденты обсуждаются: Hale, "The Supreme Court and the Contracts Clause," 57 *Harvard Law Review* 512, 514–516 (1944).

щем законе на случай невыполнения им условий договора. Если закон радикальным образом изменен к невыгоде этого человека, то получается, что законодательный орган нарушил свое слово по отношению к нему.

Может показаться, что в последних замечаниях я приписываю внутренней морали права некие противоречивые качества. Я говорил, что внутренняя мораль права не слишком хорошо поддается формулированию в писаной конституции. И в то же время утверждал, что при решении вопросов внутренней морали права их толкование в суде может осуществляться с необычайно высокой степенью уверенности в объективности этого толкования, несмотря на фрагментарность и неадекватность конституционных формулировок, на которые оно должно опираться. Как можно считать, что задача, столь трудная для законодателя, что он должен оставить свою работу сделанной наполовину, обеспечит относительно надежные руководящие указания для толкования в суде?

Полагаю, что ответ на этот вопрос уже дан, пусть и в несколько непривычных выражениях. Я описал внутреннюю мораль права в основном как мораль стремления, а не мораль долга¹⁶. Эту мораль можно рассматривать, как составленную из отдельных требований, или *desiderata* (коих я выделил восемь), не поддающихся формулированию в виде отдельных и категорических утверждений¹⁷. Все они служат средствами для достижения единой цели, и в меняющихся обстоятельствах оптимальное сочетание этих средств может быть разным. Следовательно, непреднамеренное отклонение от одного *desideratum* может потребовать уравнивания отходом от другого; так, например, отсутствие должной гласности при введении нового требования может потребовать корректировки посредством закона, имеющего обратную силу¹⁸. Порой пренебрежение одним *desideratum* усиливает нагрузку на другие; так, при частом изменении законов требование гласности становится особенно строгим. Иными словами, в изменяющихся обстоятельствах элементы законности должны все время

¹⁶ См. выше, с. 57—59.

¹⁷ См. главу 2, особенно с. 59—61.

¹⁸ См. выше, с. 113—114.

комбинироваться и перекомбинироваться в соответствии с чем-то вроде экономического расчета, который сделает их подходящими для текущего случая.

Эти соображения позволяют сделать вывод о том, что именно в границах конституционного поля, которое я обозначил как сферу внутренней морали права, институт судебного контроля наиболее необходим и эффективен. Какой бы выбор ни был открыт суду, последний должен оставаться в пределах этого поля. Я утверждаю, что в деле «Робинсон против штата Калифорния»¹⁹ Верховный суд явно свернул не туда. По мнению большинства членов Верховного суда, суть этого дела заключалась в следующем: может ли закон конституционным образом объявить преступлением, наказуемым шестью месяцами тюремного заключения, болезненную привычку к наркотикам. Как научный факт принималось, что состояние привыкания к наркотикам могло возникнуть и без вины. Суд счел, что закон нарушает восьмую поправку к Конституции, налагая «жестокое и необычное наказание».

Ясно, разумеется, что, вообще говоря, шестимесячное тюремное заключение в нормальных обстоятельствах не может считаться «жестоким и необычным наказанием» — фраза, которая вызывает в памяти бичевание у позорного столба и позорный стул*. Отвечая на это возражение, Суд заявил, что при решении, является ли данное заключение жестоким и необычным, следует принимать во внимание характер правонарушения, за совершение которого предусматривается такое наказание. Таким образом, Верховный суд без особой нужды взвалил на свои плечи общую ответственность — несомненно, тягостную, даже если считать ее благородной — по обеспечению соразмерности наказания совершенному преступлению.

Я утверждаю, что этот экскурс Верховного суда в материальную справедливость [justice] был совершенно излишен. У нас есть ясно выраженный конституционный запрет на уголовные законы *ex post facto* и твердо установивша-

¹⁹ *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962).

* Подвешенный к подвижному бревну стул, к которому привязывали женщин дурного поведения или мошенников и опускали в воду. — *Прим. перев.*

яся норма конституционного права о том, что содержащаяся в законе определение преступления должно соответствовать минимальным стандартам ясности. Оба эти ограничения свободы законодателя исходят из допущения, что уголовный закон должен быть представлен гражданину в такой форме, чтобы он мог строить свое поведение на основе этого закона, — словом, чтобы он мог соблюдать этот закон. Приобретение не по своей вине болезненной привычки к наркотикам не может рассматриваться как акт неподчинения и уж, конечно, не является таким актом. Приведение решения по делу «Робинсон против штата Калифорния» в соответствии традиционному ограничению надлежащей правовой процедуры представило бы, разумеется, не больше трудности, чем, скажем, случай, в котором законодательный орган сохранял уголовный статут в тайне до тех пор, пока на его основании не выдвинуто обвинение. (Напомню, что в Конституции США нет явного требования публикации законов.)

ПРАВОВАЯ МОРАЛЬ И КОНЦЕПЦИЯ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Наша следующая задача состоит в том, чтобы надлежащим образом установить соотношение подразумеваемого в этих главах подхода к праву с принятыми ныне определениями позитивного права. Единственная формула, которую можно назвать определением права, предлагаемым в этой книге, к настоящему моменту хорошо знакома: право — это предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил. В отличие от современных теорий права этот подход трактует право как деятельность и рассматривает правовую систему как продукт продолжительных целенаправленных усилий. Сравним то, что вытекает из этих взглядов, с другими, которые могут быть противоположны им.

Первая из теорий, которые будут здесь рассмотрены, по своему тону и акцентам полярно противоположна всему, что изложено в этих главах, и при этом парадоксальным образом отстаивает тезис, который легко согласуется с моим собственным. Это знаменитая прогностическая теория

права Холмса: «Предсказания того, что суды будут делать в действительности, безо всяких дополнительных претензий, и есть то, что я называю правом»²⁰.

Ясно, что предсказательная способность предполагает определенного рода порядок. Прогностическая теория права должна, следовательно, предполагать некоторое постоянство влияний, которые определяют, что «суды будут делать в действительности». Холмс предпочел отвлечься от какого бы то ни было исследования этих влияний, сконцентрировав внимание на самих прогнозах.

Сам он объяснял, создал свою абстракцию, чтобы провести четкое различие между правом и моралью. Но он мог прийти к мысли, что преуспел в этом, лишь воздержавшись от любых попыток описать процесс предсказания, как он происходит на самом деле. Чтобы обоснованно предсказать, что суды будут делать в действительности, необходимо ответить на вопрос, что они пытаются сделать. На самом деле мы должны пойти дальше и принять опосредованное участие во всем процессе целенаправленного усилия, который является частью создания и поддержания системы, направляющей человеческое поведение посредством норм. Чтобы понять это усилие, необходимо осознать, что многие из характерных для него проблем есть по сути моральные проблемы. Так, надо поставить себя на место судьи, столкнувшегося с законодательным актом, крайне неопределенным в своих рабочих терминах, но который все же достаточно ясно раскрывает в своей преамбуле цель, какую судья полагает крайне неблагоразумной. Нужно разделить муки изнуренного автора законопроекта, который в два часа ночи говорит себе: «Я знаю, что все должно быть прописано корректно, в противном случае людей потащат в суд за то, чего мы вовсе не имели в виду в этом законе. Но сколько можно переписывать все это?»

Сосредоточение внимания на порядке, созданном правом, в отрыве от целенаправленного усилия, которое неотъемлемо от этого создания, ни в коем случае не является особенностью прогностической теории Холмса. Профессор

²⁰ Holmes, "The Path of the Law," 10 *Harvard Law Review* 457—478, p. 461 (1897).

Фридманн, к примеру, пытаясь сформулировать нейтральную концепцию права, которая не привносит в понятие самого права никакого идеала материальной справедливости, предлагает следующее определение: «... норма права просто означает “существование публичного порядка”». Это означает организованное правление, действующее посредством различных инструментов и каналов юридически оформленного управления. В этом смысле все современные общества живут в условиях верховенства права: и фашистские, и социалистические, и либеральные»²¹.

Понятно, что видимость «общественного порядка» можно создать с помощью беззаконного террора, направленного на то, чтобы держать людей дома, подальше от улиц. Очевидно, что Фридманн имеет в виду не такой порядок, так как он говорит об «организованном правлении, действующем посредством различных инструментов и каналов юридически оформленного управления». Но кроме этого туманного намека на разновидность порядка, которую он имеет в виду, он не говорит ничего. Однако явно обозначает свою убежденность в том, что рассматриваемое именно «как право», то, что действовало в нацистской Германии было таким же правом, как право любой другой страны. Нет нужды говорить о том, что это суждение полностью расходится с подходом, представленным в этой книге.

Большинство теорий права либо явно утверждает, либо молчаливо подразумевает, что отличительный признак права состоит в использовании принуждения или силы. В данной книге этот отличительный признак не признается. В этом отношении отстаиваемая мною концепция права противоречит следующему определению, предложенному антропологом, стремящемуся распознать характерный «правовой» элемент среди различных форм социального порядка, существующих в примитивном обществе: «... для рабочих целей можно дать следующее определение права: социальная норма является правовой, если пренебрежение ею или ее несоблюдение регулярно вызывает фактическое применение или угрозу применения физической силы

²¹ W. Friedmann, *Law and Social Change in Contemporary Britain* (1951), p. 281.

со стороны индивида или группы, обладающих общественно признанной привилегией делать это»²².

Представление о том, что санкция на использование физической силы может служить для распознавания права и ограничения его от других социальных явлений, широко распространена в современной юридической литературе. По моему мнению, это причинило большой вред ясности мысли о функциях, выполняемых правом. Будет нелишним задаться вопросом о том, как это отождествление возникло.

Прежде всего, учитывая особенности человеческой природы, совершенно очевидно, что система правовых норм может потерять свою действенность, если будет позволять незаконному насилию бросать себе вызов. Иногда насилие можно ограничить только насилием. Следовательно, можно предвидеть, что в обществе, как правило, должен существовать некий механизм, готовый при необходимости применить силу в поддержку права. Но это ни в коем случае не позволяет трактовать использование силы или готовность использовать силу как определяющую характеристику права. Современная наука в огромной степени зависит от использования измерительной и испытательной аппаратуры, без которой ее достижения были бы невозможны. Но при этом никто не говорит о том, что науку следует определить как использование измерительной и испытательной аппаратуры. Так же и с правом. То, к каким действиям должно прибегать право для достижения своих целей, сильно отличается от самого права.

Есть и другой фактор, ведущий к отождествлению права с силой. В тот момент, когда правовая система сама поднимает оружие насилия, мы налагаем на нее строгие требования надлежащей правовой процедуры. В цивилизованных странах именно в уголовных делах больше всего строгостей в требовании гарантий того, что закон останется верен себе. Таким образом, отрасль права, более всего отождествляемая с силой, больше всего ассоциируется с формальностью, ритуалом и официальной надлежащей правовой процедурой. Это отождествление особо уместно для примитивных

²² Hoebel, *The Law of Primitive Man* (1954), p. 28.

обществ, где первые шаги к общественному порядку будут, вероятно, направлены на предотвращение вспышек частного насилия или исправления последствий таковых.

Эти соображения объясняют, но не оправдывают современное стремление видеть в физическом принуждении отличительный признак права. Опробуем это отождествление на гипотетическом примере. Пусть, например, страна допускает иностранных предпринимателей в пределы своих границ лишь при условии, что они депонируют в национальный банк значительную сумму, гарантирующую соблюдение ими корпуса права, применяемого в конкретной сфере их деятельности. Этот корпус права реализуется честно и открыто, а в случае спора толкуется и применяется особыми судами. Если установлено нарушение, государство в соответствии с судебным ордером налагает штраф в форме вычета с депозита торговца. Для совершения этого вычета требуется не сила, а простая бухгалтерская операция, и в распоряжении торговца нет никакой силы, которая могла бы помешать этому. Было бы, разумеется, неверным отказываться называть такую систему термином «право» только из-за того, что у нее не было случая применить силу или угрожать применением силы, чтобы заставить исполнять свои требования. В то же время мы могли бы с полным основанием отказаться называть эту систему правовой, если бы выяснилось, что ее опубликованные законы и облаченные в мантии судьи всего лишь фасад, на деле скрывающий незаконный акт конфискации.

Полагаю, что соображения, подразумеваемые в этом иллюстративном примере, освобождают нас от необходимости подробного исследования следующего вопроса: что понимается под принуждением, когда о нем говорят как о отличительном признаке права? Если в теократическом обществе угрозы адского огня достаточно, чтобы обеспечить повиновение его законам, является ли это «угрозой применения силы»? Если так, то слово «сила» начинает приобретать новое значение и просто указывает на то, что юридическая система, чтобы называться таковой с достаточным основанием, должна обладать неким минимумом практической действенности, что бы ни лежало в основе

этой действительности, — утверждение, которое не может вызвать ни возражений, ни интереса.

В большинстве теорий права элемент принуждения тесно связан с понятием формальной иерархии власти или управления. В цитате из Гебеля этой связи нет, так как антрополог Гебель интересовался примитивным правом, где не существует четко определенного иерархического порядка власти. Однако с самого возникновения национального государства множество философов, от Гоббса и Остина до Кельзена и Шомло, видели сущность права в пирамидальной структуре государственной власти. Эта точка зрения абстрагируется от целенаправленной деятельности по созданию и поддержанию системы правовых норм, довольствуясь описанием институциональной структуры, в рамках которой предположительно протекает эта деятельность.

Философия права очень дорого заплатила за эту абстракцию. В рамках школы, принимающей ее, множество дискуссий зашло в тупик, так и не найдя никакого внятного принципа, опираясь на который можно было бы отыскать какое-то решение. Возьмем, к примеру, спор о том, включает ли «право» лишь нормы некоего общего характера, или оно должно охватывать также «специфические или разовые распоряжения». Некоторые говорят, что право подразумевает универсальность того или иного типа, другие отрицают это. Те, кто соглашается с необходимостью универсальности, расходятся по поводу ее определения: включает ли она класс действий, класс лиц, или их и то, и другое?²³ Весь этот спор, состоящий лишь из утверждений и контрутверждений, ведет в тупик. Я считаю, что этот спор не имеет вразумительного содержания, если только не отталкиваться от очевидной истины, что гражданин не может руководствоваться в своих действиях правом, когда то, что называется правом, предстает перед ним лишь в виде ряда спорадических и бессистемных применений государственной власти.

Если задать вопрос, какой цели служит концепция права как иерархии управления, ответ может заключаться в том, что эта концепция представляет собой юридическое выражение политического национального государства. Менее

²³ См. прим. 6 в главе 2, с. 64.

неопределенный и, полагаю, более объективный ответ заключается в том, что она выражает интерес к проблеме разрешения конфликтов в пределах правовой системы. В самом деле можно сказать, что эта концепция возводит один из принципов внутренней морали права (тот, который отвергает противоречивые законы) в абсолют, пренебрегая другими. Такая сосредоточенность на внутренней согласованности становится очевидным фундаментальным элементом теорий Кельзена и Шомло²⁴. Разумеется, в пределах правовой системы желательно избегать неразрешенных противоречий, либо они должны разрешаться сразу по возникновении. Но если рассматривать вопрос непредубежденно, то чем правовая система, пестрящая противоречиями, предпочтительнее той, в которой нормы настолько неопределенны, что невозможно понять, противоречат они друг другу или нет?

На это можно ответить, что здравый смысл и заинтересованность в том, чтобы сделать свои меры эффективными, обычно заставляют законодателя делать законы достаточно ясными, в то время как противоречия между нормами, применяемыми различными государственными органами, являются постоянной проблемой. Прежде чем принять этот ответ, нам определенно следует поразмыслить над весьма реальными соблазнами, которые могут заставлять правительство делать законы неопределенными. Но гораздо важнее то, что вся проблема предстает в искаженном свете, когда вместо прояснения имеющихся проблем и поиска подходящих решений мы пытаемся отделаться от трудностей, вводя определение декретом. Легко дать определение права таким образом, что последнее не сможет быть внутренне противоречивым, так как теоретически всегда имеется высшая инстанция, способная разрешить споры, возникающие на более низком уровне. Но это оставляет в стороне практические проблемы, связанные с противоречиями, особенно проблемы разъяснения того, что в близких случаях должно считаться противоречием. Кельзен и Шомло

²⁴ См.: Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), pp. 401—404 и статью предметного указателя “Non-contradiction, principle of”; Somló, *Juristische Grundlehre* (2d ed. 1927), статья предметного указателя “Widersprüche des Rechts”.

сделали многое для проблемы разрешения противоречий, но они, насколько я могу судить, ни разу не рассмотрели ни одной проблемы из числа тех, что вызывают трудности в реальной практике. Вместо этого обсуждаются такие абстракции, как «логически невозможно утверждать одновременно, что *A должно быть* и *A не должно быть*»²⁵, — суждение, которое вряд ли поможет судье, который мучится с законом, в одном разделе которого сказано, что мистер *A* должен платить налог, а в другом — что он от него освобождается. Судье, столкнувшемуся с таким законом, мало поможет и принцип Шомло, заключающийся в том, что там, где имеется «реальное» (в отличие от «кажущегося») противоречие, следует считать, что противостоящие друг другу нормы отменяют друг друга²⁶.

Даже если мы можем решить все проблемы противоречий посредством определения, никоим образом не становится очевидным, что четко определенная властная иерархия всегда является наилучшим способом решения конфликтов в правовой системе. Рассуждая о том, что является законом, если суды низших инстанций расходятся по мнениях, Грей предполагает наличие судебной иерархии и дает очевидный ответ, что в таком случае законом является то, что говорит Верховный суд²⁷. Но можно легко представить себе систему судов равного уровня, где судьи время от времени собирались бы вместе, чтобы улаживать между собой все возникающие конфликты путем их обсуждения и взаимного компромисса. Нечто подобное этому, несомненно, происходило, когда апелляционные судьи имели обыкновение председательствовать на процессах и выносить сомнительные случаи на обсуждение перед судом в полном составе.

В США для отраслей промышленности, в которых рабочие объединены в профсоюзы, существует институт под названием «промышленная юриспруденция». Нормы, регулирующие отношения на промышленном предприятии, устанавливаются не через постановления какого-либо законодательного органа, а посредством договора меж-

²⁵ Kelsen, p. 374.

²⁶ Somló, p. 383.

²⁷ Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), p. 117.

ду руководством предприятия и профсоюзом. Судебные функции в этой системе выполняют арбитры, назначаемые опять же по соглашению сторон. Здесь, конечно, возможны неудачи. Фундаментальная хартия прав сторон — коллективный договор — может не появиться на свет из-за провала переговоров между руководством предприятия и профсоюзом. А если коллективный договор все-таки успешно заключен, при возникновении спора стороны могут не договориться по вопросу о назначении арбитра. Обычно предвосхищая такую возможность, в коллективный договор включается формальный пункт, предусматривающий, что если стороны не достигают согласия по вопросу о назначении арбитра, то его уполномочена назначить, к примеру, Американская арбитражная ассоциация. Но такой пункт ни является необходимым для успеха, ни гарантирует от провала. Дать сбой может любая из правовых систем, включая те, где иерархия подчинения определена самым четким образом.

Рассматривая теории, которые отождествляют право с иерархическим порядком полномочий, Пашуканис проницательно замечает²⁸, что если бы четкая иерархия подчинения была наиболее значимым качеством права, то наиболее типичным выражением юридического порядка следовало бы считать армию. Но подобное представление противоречит элементарному здравому смыслу. Совершенно очевидно, что источником этой напряженности между теорией и житейской мудростью является тот факт, что теория слишком сосредоточена на формальной структуре, не уделяя должного внимания изучению целенаправленной деятельности, для организации которой предназначена эта структура. Нет нужды предпринимать здесь сколько-нибудь тщательное исследование различий между типом иерархического порядка, требующимся для военных целей, и тем, который присущ правовой системе. Достаточно вспомнить общую и весьма неприятную проблему, возникающую перед юридическим порядком, которому необходимо решить, что делать, когда рядовой гражданин

²⁸ Пашуканис Е. Б. Общая теория права и марксизм. 3-е изд. М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. С. 60.

полагается на ошибочное толкование закона, исходящее от органа, занимающего низшую ступень судебной лестницы. Ясно, что ничего подобного этому вопросу не могло бы возникнуть в рамках военного порядка, за исключением периодов военного положения, когда армия берет на себя функцию управления гражданской жизнью.

Наше обсуждение теорий права будет неполным, если не упомянуть о принципе парламентского суверенитета — о доктрине, согласно которой в Великобритании, например, считается, что парламент обладает неограниченными полномочиями в сфере законотворчества. Эта доктрина заслуживает того, чтобы ее здесь рассмотреть ввиду ее тесной связи с теориями, которые полагают иерархический властный порядок важнейшим признаком правовой системы.

Конечно, в пользу парламентского суверенитета можно выдвинуть общий довод политической предусмотрительности в том смысле, что всегда желательно обладать резервом законодательной власти на случай непредвиденных обстоятельств. Явные ограничения власти законодательного органа, казавшиеся мудрыми и полезными в момент принятия, позднее могут заблокировать мероприятия, необходимые в резко изменившихся условиях. Если давление обстоятельств становится слишком сильным, ограничения можно обойти хитростью и уловками, которые, однако, стоят слишком дорого, ухудшая моральную атмосферу деятельности правительства и даже деформируя его институциональную структуру. Эти соображения можно гипотетически проиллюстрировать ссылкой на самое строгое ограничение, содержащееся в нашей же Конституции. Речь о положении, согласно которому ни один штат без его согласия не может быть лишен равного с другими штатами права голоса в сенате²⁹. В настоящее время это единственное действующее конституционное ограничение, которое нельзя изменить даже путем принятия поправки к Конституции.

Может случиться, что в результате стихийного бедствия резко сократится население определенных штатов, так, что, скажем, в трети всех штатов останется всего по одной

²⁹ Статья V.

тысячи жителей. В такой ситуации равное представительство в Сенате станет политическим абсурдом. Если уважать право на равное представительство, то вся политическая жизнь страны получит смертельный удар. В такой ситуации естественным образом на ум приходит возможность некоторого юридического маневра. Могли бы мы, например, используя полномочия по внесению поправок, уменьшить политическую роль сената, сделав его чем-то вроде палаты лордов? Или упразднить сенат, оставив одну палату? Или, заручившись поддержкой общественного мнения, просто переименовать сенат в «Совет старейшин», а затем перераспределить представительство в нем?

При сравнении очевидной негибкости писаной конституции с принципом парламентского верховенства нас не должна вводить в заблуждение кажущаяся грубая простота последнего принципа. Суверенитет парламента означает, что парламент стоит над законом в том смысле, что он может изменить любой не нравящийся ему закон. Но парадоксальным образом он находится над законом, лишь будучи сам подчиненным закону — закону его собственной внутренней процедуры. Чтобы корпоративный орган мог принимать законы, он должен подчиняться законам, которые определяют, при каких условиях закон считается принятым. Этот корпус законов и сам подвержен всем видам сбоев, которые могут постичь любую другую правовую систему: он может быть слишком туманным или противоречивым, чтобы служить ясным руководством, а его критерии в такой степени могут игнорироваться на практике, что не работают, когда это будет необходимо. Кризис того типа, который может пробить брешь в жестких конституционных ограничениях на законодательную власть, точно так же (и, возможно, столь же легко) может дезорганизовать законный процесс законодательной деятельности. Говорят, что даже в Англии, где люди склонны соблюдать законы и вести дела честно, одно время суды применяли в качестве закона — на основе занесения в Парламентский свиток — норму, которая никогда не принималась парламентом³⁰. Структура властных полномочий не организует

³⁰ Dicey, *The Law of the Constitution* (10th ed., 1960), Intro., xl.

право (как многие считают ввиду кажущегося правдоподобия этого тезиса), а сама является продуктом права.

В стране, где доктрина парламентского суверенитета культивировалась наиболее энергичным образом, дискуссии о ней шли не о том, насколько она разумна, а были сосредоточены на обсуждении правовых положений. Странники доктрины, как правило, считали ее принципом права, который должен обосновываться или опровергаться исключительно путем юридических аргументов; критики доктрины в целом соглашались с такой постановкой вопроса. Когда полемика принимает именно такую форму, на сцену могут выйти теории о природе права. Доктрина парламентского суверенитета была сформирована теориями, которые демонстрируют то, что я называю пагубным абстрагированием от предприятия по созданию и проведению в жизнь системы правил для управления человеческим поведением.

Последствия такого абстрагирования становятся очевидными в ключевой отрывке из классической защиты правила парламентского суверенитета, принадлежащей Дайси. В заключительном абзаце своего главного рассуждения он утверждает, что некоторые законы, принятые парламентом, представляют собой «наивысшее проявление и конечное доказательство суверенной власти»³¹.

Что же это за законодательные акты, обладающие столь экстраординарными качествами? По словам Дайси, это «акты, подобные тем, которые объявляют действительными браки, когда те, вследствие некой формальной или иной ошибки в противном случае не считались бы заключенными должным образом», и статуты, «цель которых в том, чтобы сделать законными сделки, которые при их совершении были незаконными, или освободить индивида, к которому применяется статут, от ответственности за нарушение закона»³². Именно о таких законодательных актах Дайси писал, что, «как бы узаконивая беззаконие», они представляют собой «наивысшее проявление и конечное доказательство суверенной власти».

³¹ Ibid., p. 50.

³² Ibid., pp. 49–50.

Лишь теория, полностью игнорирующая реальность создания правовой системы и реализации ее на практике, может принять столь огульное — хотя, к счастью, весьма метафорическое — суждение о законах, имеющих обратную силу. Следует напомнить, что другие последователи того же теоретического направления, к которому принадлежал Дайси, рассматривали законы, имеющие обратную силу, как обычное осуществление законодательной власти, не представляющее для теории права никаких особых проблем³³. Я утверждаю, что возникновение диаметрально противоположных взглядов в рамках одной общей теории является симптомом отсутствия всякого реального интереса к проблемам законотворчества.

Такое же отсутствие интереса обнаруживается и в выводах, которые Дайси делает из правила верховенства парламента. Самый знаменитый из этих выводов выражен следующими словами: «Парламент способен уничтожить себя, законным образом распустив себя и не оставив способов, с помощью которых можно было бы законно созвать следующий парламент»³⁴. Это все равно что сказать, что жизненная сила проявляет себя даже в акте самоубийства, — утверждение, в котором есть определенная доля экзистенциальной поэтики, но которое столь же далеко от людских будничных дел и забот, как и сформулированная Дайси юридическая санкция на совершение самоубийства законного порядка.

При обсуждении юридического всемогущества парламента существует традиция подвергать проверке утверждения, в своей крайности доходящие до абсурда, при помощи столь же абсурдных иллюстрирующих примеров. Мой следующий пример разработан с полным уважением к этой традиции. Давайте сравним два утверждения Дайси: о том, что парламент может законно покончить с собой, и «что парламент... согласно конституционному устройству Англии, имеет право принимать или не принимать любой закон»³⁵. Теперь предположим, что в некоем бредовом будущем парламент принимает в качестве закона следующие нормы:

³³ См. выше, с. 120, прим. 4, особенно Шомло.

³⁴ Ibid., pp. 68—70 n.

³⁵ Ibid., pp. 39—40.

1) все члены парламента впредь свободны от соблюдения каких-либо законов и могут безнаказанно грабить, убивать и насиловать; 2) любая помеха таким действиям этих лиц будет преступлением, карающимся смертной казнью; 3) отменяются все остальные законы; 4) парламент распускается навсегда. Конечно, трудно представить адвоката, который после консультации с Дайси сообщает своему клиенту, что «ввиду строгой законности» буйство и насилие, чинимое членами парламента, происходят в пределах их законных прав, и что перед клиентом стоит моральная проблема, стоит ли нарушать закон, поднимая руку на члена парламента. В какой-то момент мы покидаем гравитационное поле, в рамках которого имеет смысл различие между законом и беззаконием. Я полагаю, что описанная мною ситуация очень близко подошла к точке, которая достигается в тот момент, когда мы начинаем задаваться вопросом, возможно ли самоубийство парламента, или может ли парламента формально передать свои полномочия диктатору, или может ли парламента решить, что все законы, которые он примет в будущем, будут держаться в тайне от тех, кто будет им подчиняться. Первые два вопроса — зернышки, которые мельница Дайси перемелет легко, а третий он, разумеется, не рассматривает, хотя, с точки зрения исторического опыта, он наименее фантастичен.

На этом я завершаю свою критику некоторых теорий права, которые могут быть противопоставлены анализу, представленному в этих главах. Резюмируя изложенные мною взгляды, я могу повторить, что пытался понимать право как целенаправленную деятельность, обычно сопровождаемую определенными трудностями, которые оно должно преодолеть для достижения своих целей. Отвергаемые мною теории, напротив, представляются мне играми на периферии этой деятельности, ничуть не затрагивающими эти проблемы напрямую. Так, эти теории определяют право как «существование публичного порядка», не задаваясь вопросом, какой вид порядка подразумевается или каким образом он создается. Кроме того, утверждается, что отличительным признаком права являются средства (а именно «сила»), которые обычно используются для достижения его целей. Отсутствует всякое осознание того, что

того, что применение или неприменение силы не имеет никакого отношения к важнейшим проблемам, с которыми сталкиваются те, кто создает законы и проводит их в жизнь (за тем лишь исключением, что повышает ставки). Наконец, существуют теории, сосредоточившие свое внимание на иерархической структуре, долженствующей, как обычно считается, организовывать и направлять деятельность, которую я называю правом, хотя эти теории точно так же не признают, что сама эта структура есть продукт деятельности, которую она и призвана упорядочить.

Я уверен, что на данном этапе найдутся те, кто, соглашаясь в целом с моими отрицаниями и опровержениями, тем не менее почувствуют определенный дискомфорт от моего подхода к праву. Концепция права, которая лежит в основе этой работы, может показаться им слишком широкой, слишком легко прикладываемой к обширному спектру случаев, чтобы представлять собой некий особый подход к праву. Этой критикой я вскоре займусь. Но вначале я хотел бы исследовать аналогию, которая может послужить поддержкой выдвинутой здесь концепции.

КОНЦЕПЦИЯ НАУКИ

Аналогия, которую я имею в виду, — это аналогия с наукой; при этом под наукой я разумею прежде всего то, что мы называем физическими и биологическими науками.

Науку тоже можно рассматривать как особое направление человеческих усилий, которое сталкивается со своими специфическими проблемами, причем некоторые типичные способы решения проблем зачастую не срабатывают. Подобно тому, как существует философия права, существует и философия науки. Некоторые философы науки, и в особенности Майкл Полани, в первую очередь исследуют деятельность ученого и стремятся выделить присущие ей цели, а также способы деятельности и институты, способствующие достижению этих целей. Другие различными остроумными способами расцветивают свои теории, обращаясь к второстепенным проблемам, сопутствующим работе ученого. Просмотрев соответствующую литературу, я обнаружил поразительные параллели в философии права и философии науки. Принадлежащее Холмсу определение права

как прогноза явно имеет сходство с «операционалистской теорией понятий» Бриджмена³⁶. Один защитник «научного эмпиризма» прямо утверждал, что его философия ничего не говорит о самом акте научного открытия, так как, по его словам, этот вопрос «ускользает от логического анализа»³⁷. На ум сразу приходит Кельзен, который все важные проблемы, возникающие при составлении и толковании законов, считал мета-юридическими.

Однако я не стану здесь заниматься длительными экскурсами в современную литературу по философии науки. Вместо этого я сформулирую три гипотетических определения науки в соответствии с моделями, представленными теорией права.

Пытаясь дать определение науке, вполне допустимо, и такой подход очень распространен, сосредоточиться не столько на практической деятельности ученых, сколько на тех конечных продуктах, которые являются результатами этой деятельности. Следовательно, по аналогии с подходом к праву, согласно которому право представляет собой всего лишь «существование публичного порядка», можно утверждать, что «наука существует тогда, когда люди могут предсказывать явления природы и управлять ими». По аналогии с пониманием права, согласно которому оно характеризуется использованием силового принуждения, можно, как я уже и предлагал, представить такую теорию науки, в соответствии с которой наука будет определена как использование инструментов определенного рода. При поиске аналогии с иерархическими теориями права мы сталкиваемся с определенными сложностями: представить науку как иерархическую организацию авторитетов в области научного знания можно только в контексте тоталитарного общества. Однако можно вспомнить, что у Кельзена пирамида права представляет собой не иерархию социальных организаций, а иерархию норм. Тогда, опираясь на эту концепцию, науку можно определить как «систему суждений о природных явлениях, упорядоченную по мере возрастания универсальности суждений».

³⁶ Bridgeman P.W., *The Logic of Modern Physics* (1949), pp. 3—9 et passim.

³⁷ Reichenbach H., *The Rise of Scientific Philosophy* (1951), p. 231.

Нельзя сказать, что какой-либо из этих взглядов ложен. Просто ни один из них ничем не поможет неспециалисту, если тот захочет получить более-менее реальное понимание науки и ее проблем. Они также не принесут пользы ученому, который желает прояснить для себя цели науки и институциональные меры, которые содействуют этим целям.

В последнее время мы стали свидетелями реформы научного образования и, в частности, преподавания общих курсов естествознания для тех, кто не собирается становиться учеными. Прежде подобные курсы предлагали своего рода панораму достижений науки, дополненную довольно абстрактным обсуждением некоторых проблем научного метода, особенно индукции и верификации. Авторы новейших курсов ставят перед собой цель дать студентам представление о том, как ученый открывает новые истины. В курсах такого типа, пионером которых стал Конан, это достигается изучением истории конкретных научных открытий. Цель состоит в том, чтобы дать студенту опосредованный опыт акта научного открытия в надежде, что таким способом он обретет некоторое понимание «тактики и стратегии науки»³⁸.

Вероятно, величайшим достижением Майкла Полани являются его теории, касающиеся того, что можно назвать в широком смысле эпистемологией научного открытия. Но применительно к теме данных очерков наиболее значимым вкладом в философию науки является его концепция научного предприятия³⁹. Согласно Полани, научное предприятие представляет собой совместную деятельность, которая включает в себя поиск институциональных форм и способов деятельности, адекватных целям и специфическим задачам этой деятельности. Гении могут совершать революционные перевороты в теории, но делать это они могут, лишь опираясь на мысли, результаты и ошибки своих предшественников и современников. В пределах научного сообщества свобода отдельного ученого не сводится только лишь к возможности самоутверждения, но также

³⁸ Conant, *Science and Common Sense* (1951).

³⁹ Michael Polanyi, *The Logic of Liberty* (1951); Idem, *Personal Knowledge* (1958) [Русск. изд.: Полани М. Личностное знание. М.: Прогресс, 1985].

представляет собой необходимое средство для эффективной организации совместного поиска научной истины.

Призвание ученого имеет свой характерный этос, свою внутреннюю мораль. По самой природе требований, которым она должна соответствовать, эта мораль, подобно морали права, должна быть моралью стремления, а не моралью долга. Полагаю, что одного примера будет достаточно, чтобы понять, почему это должно быть именно так.

Пусть некий ученый полагает, что сделал фундаментальное открытие, которое может затрагивать исследования других и, более того, серьезно помочь им. Когда он должен публиковать его? Ясно, что если он действительно сделал важное открытие, должен сделать его известным научному сообществу, даже в том случае, если, к примеру, он предвидит, что кто-то из его соперников на ниве науки сделает на этой основе другое открытие, которое затмит его собственное. В то же время он должен убедиться в том, что он действительно сделал открытие, поскольку, поторопившись с публикацией, он может стать для других причиной пустой тратой времени, задав неверное направление их исследованиям.

Именно вопросы такого рода имеет в виду Полани, когда, заимствуя юридический термин, говорит о «фидуциарной» концепции науки. Действительно, есть близкая параллель между моралью науки и моралью права. В обоих случаях вопиющий отход от морали опознается легко. И там, и там приверженность традиционным методам либо совпадение личного интереса с этикой профессии могут предупредить возникновение каких бы то ни было моральных проблем. Однако время от времени обе эти морали могут порождать трудные и тонкие проблемы, которые не могут быть решены с помощью простой формулы долга. Для обоих видов морали общий уровень восприимчивости и правила поведения могут иметь значительные вариации в различных странах, а также в рамках одной страны в зависимости от социального контекста.

Я утверждаю, что без некоторого понимания тактики и стратегии научного предприятия с его особым этосом простой гражданин не сможет составить разумное, информированное мнение по вопросам, вроде следующих: «Какой

должна быть политика государства по отношению к науке? Как научно-исследовательская деятельность может быть наиболее эффективным образом перенесена на местную почву и возвращена во вновь формирующихся государствах? Какую цену платит общество прямо и косвенно, когда обязательства научной морали игнорируются либо соблюдаются небрежно?» Полагаю, нет необходимости тратить силы на доказательство того, что все эти вопросы имеют близкие аналоги в сфере права. Точно так же нет никакой нужды демонстрировать, что любая философия права, абстрагирующаяся от природы деятельности, которую мы называем правом, не способна дать ответы на вопросы относительно права, аналогичные перечисленным выше вопросам, касающимся науки.

ВОЗРАЖЕНИЯ НА ПРЕДСТАВЛЕННОЕ ЗДЕСЬ ПОНИМАНИЕ ПРАВА

Теперь я обращаюсь к конкретным возражениям, которые могут быть выдвинуты против моего исследования, которое рассматривает право как «предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил».

Первое из таких возражений можно сформулировать следующим образом: говоря о правовой системе как о некоем «предприятии», мы подразумеваем, что это предприятие может быть выполнено с той или иной степенью успеха. В свою очередь, это означает, что существование правовой системы является вопросом степени. Но подобная точка зрения противоречит самым элементарным предпосылкам правового мышления. Ни норма права, ни правовая система не могут «существовать наполовину».

На это я, разумеется, отвечаю, что как нормы права, так и правовые системы могут существовать наполовину и, более того, именно в таком виде зачастую и существуют. Такая ситуация складывается, когда целенаправленное усилие, необходимое для обеспечения полноценного существования нормы права и правовой системы, оказывается, так сказать, лишь наполовину успешным. Истину о том, что у таких усилий может быть несколько уровней успеха, скрывают конвенции юридического языка. Сами эти

конвенции являются результатом похвального желания огрادیть нашу манеру речи от всепроникающего потворства анархии. Возможно, это хорошо, что наш юридический лексикон рассматривает судью как судью, несмотря на то что о некоторых отдельных обладателях судебных должностей я совершенно искренне могу сказать коллеге-юристу: «Это не судья». Неявные ограничения, которые в нашем обычном разговоре на темы права исключают распознавание несовершенств и оттенков серого, занимают вполне определенное место и выполняют важную функцию. Однако они оказываются неуместными при анализе тех фундаментальных проблем, которые решаются при создании и исполнении системы правовых норм.

В отношении любого сложного человеческого предприятия всегда предполагается, что успех в нем может быть только относительным и характеризоваться тем или иным уровнем достижения цели. Если я спрошу о какой-нибудь конкретной стране, «существует» ли в ней образование, то после того, как адресат моего вопроса оправится от некоторого замешательства, вызванного его постановкой, он скорее всего ответит нечто вроде следующего: «Разумеется, причем достижения в этой области просто великолепны» или: «В общем, да, но лишь весьма элементарное». Аналогичные ответы мы получили бы на вопросы, касающиеся науки, литературы, шахмат, акушерства, речевого общения и искусства надгробных памятников. Разумеется, неизбежны споры о критериях, на основе которых надлежит оценивать достижения, а любую попытку количественной оценки (вроде «полууспеха»), конечно же, следует считать метафорической. И тем не менее совершенно естественно ожидать, что успешность любого вида человеческой деятельности находится где-то между нулевой отметкой и идеалом теоретического совершенства.

И только в случае права дело обстоит иначе. Просто поразительно, до какой степени философия права пронизана допущением, что право похоже на кусок инертной материи, который либо есть, либо его нет. Например, только это допущение могло заставить специалистов по теории права исходить из того, что «законы», принятые в последние годы нацистского режима и считающиеся таковыми в от-

рыве от их зловещих целей, являются законами в такой же мере, как английские или швейцарские. Еще более гротескным следствием этого допущения является представление о том, что на моральное обязательство добропорядочного гражданина Германии повиноваться этим законам никоим образом не оказывало влияние то, что полная информация об этих законах не доводилась до его сведения, что некоторые из этих законов задним числом «обосновывали» массовое убийство, что они отдавали широкие полномочия по переопределению осуждаемых преступлений на административное усмотрение и что в любом случае предусмотренные ими условия повсеместно игнорировались, когда это было удобно военным судам, назначенным для применения этих законов⁴⁰.

Второе возражение может быть направлено против того, что приведенная здесь точка зрения допускает, что жизнь населения одной страны может регулироваться несколькими правовыми системам одновременно. Разумеется, ответ заключается в том, что, во-первых, подобные множественные системы действительно существуют, а во-вторых, в истории они встречаются гораздо чаще, чем унитарные системы.

Сегодня в США гражданин любого штата подчинен двум различным системам права: федеральному правлению и правлению штата. Даже в отсутствие федеративной системы один корпус права может управлять браками и разводами, другой — регулированием коммерческих отношений, а третий — всем остальным, причем каждый из них функционирует в рамках отдельных судебных систем.

Множественные системы могут порождать как теоретические, так и практические трудности. Трудности первого рода могут возникнуть только том случае, если теория исходит из того, что концепция права требует четко определенной властной иерархии, на вершине которой находится верховная законодательная власть, свободная от всяких правовых ограничений. Единственный способ примирить

⁴⁰ См. обсуждение данной проблемы и ссылки на литературу выше, на с. 54—55.

эту теорию с фактами политической жизни состоит в том, чтобы сказать, что, несмотря на наличие, на первый взгляд, трех систем — *A*, *B* и *C* — в реальности *B* и *C* существуют лишь благодаря правовой толерантности *A*. В рамках этой логики следующий шаг состоит в утверждении: то, что верховная юридическая власть позволяет, она фактически косвенным образом предписывает, поэтому, «с точки зрения закона», то, что представляется тремя системами, на деле составляет одну.

Практические трудности могут возникать в тех случаях, когда между системами существует трение из-за того, что границы их юрисдикции не были или не могут быть четко определены. Когда подобные проблемы возникают в связи с разделением юрисдикции между государством и штатом в рамках федеративной системы, выход может быть найден в подчинении возникающих споров решению суда в соответствии с писаной конституцией. Этот механизм полезен, но не во всех случаях является необходимым. Исторически двойные и тройные системы функционировали без серьезных трений, а возникающие конфликты часто разрешались посредством добровольного компромисса того или иного рода. Так произошло в Англии, когда суды общего права начали включать в свою практику нормы, разработанные судами торгового права; правда, торговые суды в конце концов оказались полностью вытеснены судами общего права.

Третье из возможных возражений во многом использует аргументацию второго, однако в данном случае эта аргументация многократно усилена. Если право рассматривается как «предприятие по подчинению человеческого поведения руководству правил», то эта деятельность ведется не на двух-трех, а на тысячах фронтов. В этой деятельности заняты те, кто составляет и исполняет нормы, регулирующие внутренние дела клубов, церквей, школ, профсоюзов, деловых ассоциаций, сельскохозяйственных ярмарок и еще тысячи и одной формы человеческих объединений. Поэтому последовательное применение концепции права, сформулированной в этих главах, будет означать, что только в нашей стране количество «правовых систем» исчисляется сотнями тысяч. Поскольку это заключение пред-

ставляется абсурдным, можно сказать, что равным образом абсурдна любая теория, которая приводит к такому заключению.

Прежде чем давать общий ответ на эту критику, рассмотрим гипотетический пример работы одной из таких правовых систем в миниатюре. Пусть университет принимает и реализует набор внутренних норм, регулирующих поведение студентов в общежитиях. Задача рассмотрения нарушений, данных норм возложена на студенческий или преподавательский совет. В случае установления факта нарушения, указанный совет обладает полномочиями по применению дисциплинарных мер, которые в случае серьезных нарушений могут включать в себя организационный эквивалент высшей меры наказания, т.е. исключение из университета.

Если исключить из слов «право» и «закон» любые указания на власть или полномочия государства, то описанную выше систему без малейших натяжек можно назвать системой права. Более того, социолог или философ, интересы которого лежат в области государственного права, может изучать нормы, институты и проблемы данного корпуса внутриуниверситетского права для углубления своего понимания процессов развития права в целом. Однако связь слов «право» и «закон» с правом политического государства укоренилась столь глубоко, что со всей серьезностью называть систему внутриуниверситетских норм «системой права» означает нарушить принятые в языке лексические правила. Будь это нашей единственной проблемой, мы могли бы тотчас заключить мир с нашими критиками, оговорившись, что любое подобное использование слова «право» они могут считать метафорой и что им дозволено сколько угодно пользоваться древней палочкой-выручалочкой в виде приставки «квази».

Трудность, однако, таится значительно глубже. Предположим, что в условиях такой системы внутриуниверситетских норм совет судит студента, признает его виновным в серьезном проступке и исключает из университета. Студент подает иск в суд с требованием о восстановлении. Достаточное количество авторитетных источников права гласит, что суды могут и должны принять этот случай в свою

юрисдикцию вне зависимости от того, является ли университет частным или государственным⁴¹.

Какое решение суд вынесет по этому вопросу? Если исключенный студент утверждает, что хотя его исключение согласуется с опубликованными нормами, сами эти нормы чрезвычайно несправедливы, то суд может (как правило, крайне неохотно) пойти на то, чтобы вынести решение по этому спору. В этом случае суд обратится к рассмотрению следующих вопросов. Уважал ли университет внутреннюю мораль права при создании и исполнении своих внутренних норм? Были ли эти нормы обнародованы? (Иначе говоря: был ли студент надлежащим образом уведомлен об этих нормах?) Был ли их смысл достаточно ясным, чтобы позволить студенту знать, что его действия составляли нарушение? Соответствовало ли решение совета этим нормам? Были ли процедуры расследования осуществлены так, чтобы гарантировать, что полученные результаты действительно основаны на опубликованных нормах и точном знании соответствующих фактов?

Независимо от того, восстановит суд студента или утвердит его исключение, решение будет принято на основе критериев, взятых из собственных правил университета. Если для того, чтобы обрести силу закона, эти правила нуждаются в санкции государства, то теперь они получили ее в той степени, в которой касаются вопроса, разрешенного судом. Как только мы признаём, что в данном деле внутриуниверситетские нормы являются законом, обязательным для властей колледжа и судов, возникшая ситуация принципиально ничем не отличается от ситуации, при которой апелляционный суд рассматривает решение судьи первой инстанции.

Отчего же в этом случае мы не решаемся просто назвать внутриуниверситетские правила законом или правом? Простой ответ заключается в том, что такое расширение значения слова посягнуло бы на его использование в обычном лингвистическом значении. В связи с этим возникает вопрос о том, почему это обычное значение стало таковым. Полагаю, что ответ может выглядеть примерно так: интуи-

⁴¹ Наилучший пример общего рассмотрения вопроса: "Private Government on the Campus—Judicial Review of University Expulsions," 72 *Yale Law Journal* 1362—1410 (1963).

тивно мы понимаем, что в случаях, подобных обсуждаемому, мы сталкиваемся с деликатной проблемой поддержания надлежащего равновесия институциональных функций в пределах нашего общества. То, что подобные ситуации ставят это равновесие под угрозу, становится очевидным, если случай, вынесенный на рассмотрение суда, касается студента, исключенного из университета, управляемого религиозным орденом, по причине ереси, или из частного военного училища по причине «неспособности по складу характера должным образом воспринять дух военной дисциплины». Когда вопросы столь деликатны, мы не решаемся нарушить равновесие словом «закон», столь сильно нагруженным смыслами, связанными с чистой властью и устоявшимся авторитетом.

Можно одобрить мотивы, питающие эту сдержанность. Однако, на мой взгляд, действительный источник затруднений лежит в философских системах, которые нагроулили слова «закон» коннотациями, сделавшими его непригодным для использования там, где оно наиболее необходимо. В рассматриваемом случае оно крайне необходимо. Без этого слова мы сталкиваемся с дилеммой: с одной стороны, запрещено называть законом правила, при помощи которых университет регулирует отчисление студентов; с другой стороны, в судебном решении эти правила ясно наделены силой закона. То, что суды могут опротестовать эти правила как крайне несправедливые, не позволяет провести различия между ними и актами Конгресса, которые тоже могут быть объявлены недействительными, если нарушают конституционные ограничения законодательной власти. Отказавшись от термина «закон», мы вынуждены подыскать некое иное понятийное убежище, в котором сможем дать приют этим нормам. Как правило, в качестве такого убежища используется одно из понятий частного права — договор. Говорят, что внутриуниверситетские правила представляют собой договор между университетом и студентом, посредством которого определяются их права⁴².

⁴² Здесь я не рассматриваю ограниченное использование судами концепций собственности и законов о диффамации при рассмотрении некоторых дел об отчислении, особенно тех, что касаются исключения из общественных клубов.

Эта «абсолютно искусственная договорная связь»⁴³ принесла массу неприятностей. Рассматривая ее неудобства и недостатки, следует помнить, что дела об отчислении из университета составляют лишь малую долю из обширного круга прецедентов, связанных с аналогичными проблемами, возникающими в профсоюзах, церковных организациях, общественных клубах и огромном множестве иных институциональных форм. Как механизм для рассмотрения широкого спектра проблем, концепция договора неудовлетворительна в нескольких важных аспектах. С одной стороны, она указывает на средства защиты прав, которые неуместны в данном контексте. С другой стороны, она предлагает, что, если организация или объединение считает это для себя удобным, она может предусмотреть в договоре неограниченную привилегию лишения членства. Однако наиболее фундаментальным недостатком контрактной теории является ее несовместимость с той ответственностью, которую принимают на себя суды в подобных случаях. Легко сказать, к примеру, что внутриуниверситетские правила представляют собой договор между университетом и студентом. Но как объяснить то почтительное отношение, которое суды проявляют к толкованию, даваемому этим правилам администрацией университета в ходе рассмотрения дела о предполагаемом нарушении? Когда стороны спорят о смысле условий договора, мы обычно не следуем толкованию, представленному одной из сторон, но судим их беспристрастно. Эти трудности, а также другие, не упомянутые мной, могут быть устранены посредством допущения, что рассматриваемый договор весьма специфичен и что в нем все неизбежные отклонения от обычного договорного права должны пониматься как молчаливо предусматриваемые сторонами характеристики контракта. Но если так, «договор» превращается в пустую фикцию, вешалку, на которую можно повесить любой результат, считающийся подходящим в данной ситуации.

Возражение против теории договора состоит в том, что она, как и любая другая юридическая фикция, скрывает ре-

⁴³ Lloyd, "Disqualifications Imposed by Trade Associations - Jurisdiction of Court and Natural Justice," 21 *Modern Law Review* 661, p. 668 (1958).

альные проблемы и оттягивает прямое столкновение с ними. Я утверждаю, что обсуждаемый здесь корпус права, в сущности, представляет собой отрасль конституционного права, развивающуюся в значительной мере (как ей и пристало) вне рамок наших писаных конституций. Именно конституционное право распределяет среди различных институтов нашего общества юридическую власть, т.е. полномочия предписывать нормы и принимать решения, которые будут считаться обязательными для тех, кого они касаются. То, что этот корпус конституционного права должен развиваться за пределами наших писаных конституций, не должно вызывать озабоченности. Авторы наших первых писаных конституций не могли предвидеть современного институционального разнообразия. Кроме того, интеллектуальный климат конца XVIII столетия препятствовал распознаванию центров власти, создаваемых при формировании людьми добровольных объединений⁴⁴. В свете этих соображений наличие корпуса неписаного конституционного права должно вызывать у нас не больше тревоги, чем вызывает у британцев понимание того, что с принятием Вестминстерского статута 1931 г. они обрели зачатки писаной конституции, комфортно существующие в окружении их неписаной конституции.

Подход, который стремится понять право в терминах поддерживающей его деятельности, не ограничиваясь рассмотрением лишь формальных источников его авторитета, порой может предполагать использование слов в смысле, обманывающем обычные языковые ожидания. На мой взгляд, это неудобство компенсируется тем, что такой подход позволяет выявить существенные черты сходства. Он может помочь понять, что несовершенные системы права, действующие в рамках профсоюза или университета, зачастую вторгаются в жизнь человека гораздо глубже, чем любое судебное решение, которое может быть вынесено против него. В то же время этот подход также помогает нам осознать, что все системы права, большие и малые, обладают одними и теми же недостатками. То или иное

⁴⁴ Wyzanski, "The Open Window and the Open Door," 35 *California Law Review* 336–351, at pp. 341–345 (1947).

достижение в юридической сфере не может превосходить уровень понимания, свойственный людям, которые его совершили. Наиболее очевидная функция судебного контроля в отношении институциональных дисциплинарных мер заключается в исправлении вопиющей несправедливости; в долгосрочной перспективе его наибольшая полезность может состоять в том, что он позволит создать такую атмосферу внутри институтов и объединений, которая делает его ненужным⁴⁵.

Я подхожу к *четвертому* и, насколько я могу судить, последнему критическому замечанию, которое может быть высказано против изложенной здесь точки зрения на право. Оно состоит в том, что такая точка зрения проводит недостаточно четкое различие между правом и моралью. Так же, как и право, мораль контролирует человеческое поведение при помощи норм. Она тоже стремится к тому, чтобы нормы были ясными, не противоречили друг другу и были понятны тем, кто должен их соблюдать. Возражение, выдвигаемое против подхода, согласно которому отличным признаком права является набор задач, общих с моралью, заключается в том, что он размывает важнейшее различие между правом и моралью.

На мой взгляд, в этом возражении объединены несколько различных вопросов. Один из них возникает, когда мы встречаемся с некоей системой норм: на основании чего мы принимаем решение о том, как называть эту систему в целом — системой права или системой морали? Единственный ответ на этот вопрос содержится в слове «предприятие», употребленном в моем утверждении о том, что право, рассматриваемое как направление целенаправленной деятельности человека, представляет собой «предприятие по подчинению человеческого поведения руководству правил».

Можно представить себе небольшую группу людей — скажем, высаженную на некий тропический остров, — ко-

⁴⁵ Общий обзор права такого рода, по объему представляющий собой короткий трактат, см.: "Developments in the Law-Judicial Control of Actions of Private Associations," 76 *Harvard Law Review* 983—1100 (1963). Наилучшим общим введением по сей день остается очень интересная статья: Chafee, "The Internal Affairs of Associations Not for Profit," 43 *Harvard Law Review* 993 (1930).

торые наладили успешную совместную жизнь, ориентируясь лишь на определенные, разделяемые всеми стандарты поведения; причем эти стандарты были сформированы самими различными неформальными и косвенными путями под влиянием сходного опыта и образования. В подобном обществе то, что можно назвать правовым опытом, впервые может появиться, если будет избрана некая комиссия для составления официального заявления об общепринятых нормах поведения. Такая комиссия окажется *ex necessitate rei** вовлеченной в то предприятие, которое мы называем правом. Ей пришлось бы заняться разрешением противоречий в стандартах поведения, которые прежде носили скрытый характер и оставались незамеченными. Поняв, что без некоторого изменения значений слов добиться большей ясности невозможно, комиссии, возможно, пришлось бы иметь дело с возможными суровыми последствиями придания обратной силы некоторым стандартам, сформулированным в ее заявлении. Постепенно обретая другие знакомые инструменты правовой системы, вроде судей и законодательного собрания, общество вовлекалось бы в правовое предприятие все сильнее и сильнее. Или же вместо того чтобы начинать с попытки написания авторитетного документа, устанавливающего нормы, данное общество может для начала поручить кому-либо выполнять функции судьи. На мой взгляд, абсолютно неважно, каким конкретно способом члены общества или некоторые из них втягиваются в то, что я назвал «предприятием» права.

Хотя и можно сказать, что определенные задачи являются общими как для права, так и для морали (например, обеспечение ясности норм), но при создании правовой системы именно эти задачи в гораздо большей степени становятся объектами явной ответственности. К примеру, в морали общий характер норм и правил считается само собой разумеющимся и, вообще говоря, едва ли может быть назван проблемой. Однако это становится проблемой, причем весьма насущной, когда, приговаривая человека к тюремному заключению, судья не способен сформулировать общий принцип для объяснения и обоснования своего решения.

* В силу необходимости (лат.). — Прим. ред.

Следует признать, что эти наблюдения ничего не говорят о том, в какой именно момент возникает правовая система. Я не вижу причин усматривать контрастное черно-белое изображение там, где реальность характеризуется оттенками серого. Я не вижу особого смысла укладывать ситуацию в прокрустово ложе дефиниций, говоря, например, что право существует только там, где есть суды.

Отклоненный нами вопрос, хотя он широко обсуждался в юридической литературе, не представляет большого интереса для практики. Трудной проблемой здесь является скорее определение надлежащего соотношения между безусловно признаваемой и функционирующей системой права, с одной стороны, и общими критериями морали — с другой. Я не думаю, что при обсуждении этой проблемы можно говорить о том, будто точка зрения на природу права, предложенная в этой работе, в каком-либо смысле затемняет или искажает существенные вопросы.

Напротив, я утверждаю, что проводимое мной различие между внешней и внутренней моралью права может быть полезным для прояснения некоторых вопросов. Возьмем, к примеру, проблемы, с которыми может столкнуться судья при толковании законодательного акта. До тех пор пока речь идет о внешних целях данного закона, задача сохранения судьей нейтральной позиции (насколько это в человеческих силах) по отношению к моральным проблемам, которые может затрагивать данный закон (таким, как развод, контрацепция, азартные игры или реквизиция частной собственности для общественного использования), является частью профессиональной судейской этики.

Но те же соображения, которые предписывают соблюдение нейтральности по отношению к внешним целям закона, требуют от судьи приверженности к внутренней морали права. Если бы судья занял нейтральную позицию между толкованием закона, согласно которому подчинение нормам этого закона находится в пределах возможностей обычного гражданина, и толкованием того же закона, которое делает невозможным подчинение положениям данного закона, с его стороны это было бы равносильно отказу от выполнения своих профессиональных обязанностей.

Проведение различия между внешней и внутренней моралью права — это, разумеется, инструмент анализа, и его не следует принимать в качестве заменителя самостоятельной оценки. В предыдущих главах я пытался показать, что применительно к некоторым проблемам в спектре, занимаемом двумя этими типами морали, может появиться пограничная область, где они накладываются друг на друга⁴⁶. В любом случае эти два типа морали взаимодействуют друг с другом. Пути их взаимодействия будут исследованы в заключительной главе⁴⁷. В данный момент будет достаточно отметить, что, столкнувшись с двумя равно убедительными толкованиями законодательного акта, судья может с полным основанием сделать выбор в пользу того, которое приведет положения данного закона в соответствие с общепринятыми представлениями о правильном и неправильном. Хотя этот результат может опираться на предполагаемое законодательное намерение, он также может быть оправдан на том основании, что такое толкование с меньшей вероятностью сделает закон западней для невиновного, тем самым переводя проблему в плоскость внутренней морали права.

По проблеме «законодательной морали» ведутся многолетние дебаты. Недавно прошло оживленное обсуждение вопроса о том, как закон должен относиться к сексуальному поведению и, в частности, к гомосексуализму⁴⁸. Признаюсь, я вовсе не считаю этот спор исчерпанным для обеих сторон, поскольку его исходные посылки не были сформулированы в явном виде в ходе дискуссии. Тем не менее я без колебаний берусь утверждать, что закон не должен объявлять преступлением гомосексуальный акт между взрослыми, совершенный в частном порядке по взаимному согласию. Основание этого заключения состоит в том, что любой подобный закон просто не может быть обеспечен правовой санкцией, а его формальное наличие является

⁴⁶ См. выше, в особенности обсуждение проблем всеобщности (с. 61—65), противоречий (с. 83—88) и возможности соблюдения (с. 110).

⁴⁷ См. ниже, с. 186—200.

⁴⁸ P. A. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959), Idem, *Law and Morals* (1961); H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (1963).

откровенным приглашением к шантажу, что привело бы к глубокому несоответствию между писанным законом и его применением на практике. Я полагаю, что подобным способом можно разрешить множество аналогичных вопросов без необходимости достигать согласия по затрагиваемым ими содержательными моральным проблемам.

КНИГА Г. Л. А. ХАРТА «ПОНЯТИЕ ПРАВА»

До сих пор я обходил вниманием недавно опубликованную важную книгу, из которой позаимствовал название для настоящей главы. Книга Харта «Понятие права»⁴⁹, несомненно, представляет собой такой вклад в литературу по юриспруденции, какого не было уже давно. Это не сборник статей, замаскированный под книгу. Это не учебник в обычном смысле слова. Это попытка представить в небольшом объеме предлагаемые автором собственные решения основных проблем юриспруденции.

Книга заслуживает того, чтобы говорить о ней в превосходной степени. Она прекрасно написана и полна блестящих суждений. Я очень много вынес для себя из знакомства с ней. Однако мое мнение полностью расходится с изложенным в ней фундаментальным анализом понятия права.

В заключительной главе я выскажу несколько критических замечаний о трактовке Хартом того, что я назвал внутренней моралью права. Пока же отмечу вкратце, что моя критика сводится к тому, что весь анализ Харта в целом выполнен в таких категориях, которые систематически исключают любое рассмотрение тех проблем, которые я попытался проанализировать во второй главе книги.

В данном контексте мое несогласие касается «правила признания» — концепции, которую Харт, по-видимому, считает центральной темой своей книги и своим основным вкладом. Развитие этой концепции Харт начинает с разграничения между нормами, налагающими обязанности, и нормами, наделяющими юридическими полномочиями. Пока возражений не возникает. Разграничение это изве-

⁴⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961.

стно, особенно в нашей стране, где оно послужило краеугольным камнем анализа, предложенного Хохфелдом⁵⁰. Существует явное различие между нормой «Не убий» и нормой, которая гласит: «Если вы хотите, чтобы ваше завещание было действительным, составьте его в письменном виде и подпишите в присутствии трех свидетелей».

Следует заметить, что это разграничение, очень полезное для прояснения некоторых проблем, иногда применяется столь неадекватным образом, что лишь безнадежно запутывает простейшие вопросы. Примеры подобного рода во множестве можно найти в целом ряде сочинений, основанных на анализе Хохфелда.

Позвольте мне на двух примерах вкратце разъяснить некоторую неопределенность, присущую данному разграничению. В качестве первого примера мы рассмотрим проблему отнесения к тому или иному классу нормы, гласящей: «Если попечитель оплатил за счет собственных средств расходы, подлежащие оплате из имущества, находящиеся в его доверительном управлении, он имеет право возместить их за счет указанного имущества». Использование слова «право» предполагает соответствующую обязанность со стороны бенефициара, однако попечителю нет нужды добиваться принуждения к выполнению этой обязанности бенефициаром; посредством своего рода узаконенной самопомощи он просто осуществляет юридически правомерный перевод средств из вверенного ему фонда на свой счет. Соответственно, можно заключить, что здесь мы имеем дело с нормой, наделяющей полномочиями, а не с нормой, налагающей обязанности. Но предположим, что учредительный документ трастового фонда, в свою очередь, дает бенефициару полномочия по достижении

⁵⁰ См.: Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923). Лучшее введение в систему Хохфелда: Corbin, "Legal Analysis and Terminology," 29 *Yale Law Journal* 163—173 (1919). Хофелд различает четыре основных правовых взаимосвязи: право—обязанность, не-право—привилегия, власть—ответственность и неправоиспособность—неприкосновенность. Из них, однако, второе и четвертое есть просто первое и третье, взятые с обратным знаком. Вследствие этого основное различие, на котором строится вся система, задается дихотомией между правом и обязанностью, а также властью и ответственностью; это различие в точности совпадает с тем, которое проводит Харт.

совершеннолетия совершить перевод средств трастового фонда на личный счет. Предположим далее, что бенефициар сделает это до того, как попечитель получит шанс возместить свои расходы из вверенных ему средств. Очевидно, что теперь бенефициар имеет законную обязанность по возмещению расходов попечителя. Однако в обоих случаях действует один и тот же фундаментальный принцип, заключающийся в том, что попечителю предоставлено право на возмещение расходов за счет бенефициара; будет ли он наделен полномочиями, так сказать, для оказания помощи самому себе или правом в отношении бенефициара (что соответствует обязанности последнего) — это просто вопрос наиболее подходящего способа достичь нужного результата.

Мой второй пример относится к известной норме, регулирующей уменьшение суммы взыскиваемых убытков. *А* и *В* заключают договор, в соответствии с которым *А* должен построить для *В* специально спроектированную машину, а *В* обязуется заплатить 10 000 долл. по завершении работы. После того как *А* начал работу над машиной, *В* расторгает договор. Не возникает сомнений, что *В* обязан возместить ущерб, который должен включать возмещение затрат *А*, понесенных к моменту аннулирования заказа, а также некую прибыль, которую получил бы *А*, сделав всю работу. Главный вопрос состоит в том, может ли *А*, проигнорировав расторжение договора со стороны *В*, продолжить работу над машиной и, когда работа будет закончена, взыскать полную цену. Закон гласит, что он не может взыскать с *В* никаких расходов, которые были понесены в ходе выполнения договора после того, как *В* расторг договор; независимо от того, продолжит *А* работу или нет, предел возмещения ограничен суммой, на которую он имел бы право, прекратив работу сразу после расторжения договора со стороны *В*. Как правило, суды выражают эту мысль следующим образом: в случае расторжения контракта у *А* появляется «обязанность по уменьшению суммы взыскиваемых убытков» путем прекращения работы над машиной. Смысл данного утверждения заключается в том, что *А* не может взыскивать те расходы, которые понес в случае нарушения этой обязанности.

Данная точка зрения подвергалась жесткой критике за то, что подобное понимание правовой нормы затуманивает различие, которое существует между нормами, налагающими обязанности и нормами, предоставляющими законные полномочия (или лишаящими их). Если *A* по собственной глупости продолжит работу над машиной после того, как *B* расторгнет договор, то у *B* нет оснований для иска против *A* с целью принудить того к исполнению какой бы то ни было «обязанности». Единственная санкция, предусмотренная в связи с этой так называемой «обязанностью», заключается в том, что, если *A* продолжит работу, он не сможет добиться от *B* возмещения затрат на изготовление машины. До аннулирования заказа у *A* было юридическое право, в соответствии с которым продолжение работы с каждым днем увеличивало вероятные обязательства *B* перед ним. Теперь *A* лишился этого юридического права. Данная ситуация схожа с той, которая сложилась после принятия Закона о мошенничестве. До его принятия люди обладали полномочием заключать договоры устно, а после вступления в силу Закона о мошенничестве в отношении некоторых видов договоров это полномочие было аннулировано. Так работает логика, основанная на анализе Хохфелда⁵¹.

Данное рассуждение кажется весьма убедительным до тех пор, пока мы не осознаем то, что в случаях, подобных описанному делу об изготовлении машины, суды исходят из посылки, что *A* следует прекратить работу, поскольку, продолжая ее, он растрчивает ресурсы (свои и общества) на нечто такое, что больше не удовлетворяет никакой потребности. Именно это подразумевают суды, говоря, что у *A* есть обязательство по уменьшению [суммы взыскиваемых убытков]. У *B* нет никаких оснований возбуждать иск о нарушении этого обязательства: поскольку он не должен оплачивать работу, сделанную после расторжения договора, ему лично не нанесет ущерба то, что *A* продолжит работу. Закон же о мошенничестве не говорит о том, что люди должны заключать договоры письменно: он просто говорит, что, если определенные договоры заключены

⁵¹ 5 Corbin, *Contracts*, §1039, 205—207 (1951).

в устной форме, их исполнение не поддерживается применением законного принуждения. Договаривающиеся стороны, знакомые с условиями Закона, могут фактически преднамеренно воздержаться от оформления письменного меморандума, чтобы сохранить для своего договора статус «джентльменского соглашения».

В случаях с машиной и с Законом о мошенничестве так называемое «признание ничтожности» используется для достижения совершенно разных целей. В одном случае оно используется, чтобы заставить А сделать то, что он должен сделать, путем, так сказать, сокращения его вознаграждения; в другом — чтобы гарантировать, что полномочия вступать в обязательные договоры будут реализовываться в обстоятельствах, которые защитят от мошенничества и ошибок памяти.

Невозможно рассмотреть здесь должным образом то множество проблем, которое может возникнуть в связи с разграничением между нормами, возлагающими обязанности, и нормами, наделяющими юридическими полномочиями, особенно если используются доводы по аналогии. Однако тот фрагментарный обзор, который только что был представлен на суд читателя, позволяет выделить два различных стандарта применения указанного разграничения. Один исследует фундаментальное законодательное намерение, а другой — юридические механизмы, посредством которых реализуется цель правовой нормы. Непонимание того, что эти два стандарта принципиально отличны друг от друга, предопределило неудачу многих попыток применить анализ Хохфелда для практических целей⁵². Однако если всегда ставить перед собой задачу непременно докопаться до намерения [законодателя], стоящего за правовой формой, то данное разграничение потеряет значительную долю своей привлекательности и едва ли обеспечит то всеобъемлющую объяснительную силу, которой ожидают от него последователи Хохфелда. Разочаровывающий опыт практического применения аналитического аппарата Хохфелда,

⁵² Выдающийся пример: Cook, "The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems," *5 Lectures on Legal Topics* 337—390 (1928). Журнал *Lectures on Legal Topics* издавался Ассоциацией коллегии адвокатов города Нью-Йорк.

особенно учитывая то, с каким энтузиазмом было встречено его появление, заставляет меня с некоторым скептицизмом относиться к утверждению о том, что предложенное Хартом различие двух типов норм представляет собой «самый мощный инструмент для анализа большинства проблем, которые ставили в тупик юристов и политических теоретиков» (Hart, *The Concept of Law*, p. 95).

Эти сомнения приобретают некоторое подобие уверенности, когда дело доходит до «правила признания» Харта. Позвольте мне выразить свое понимание смысла этого правила с помощью примера, возможно, несколько гротескного в своей простоте. Король Кароль правит маленькой страной. В пределах страны существует единодушное согласие относительно того, что высшая законная власть в ней принадлежит Каролю. Чтобы сделать это предельно ясным, можно предположить, что каждый совершеннолетний гражданин охотно и искренне подписывает заявление, гласящее: «Я признаю, что Кароль — единственный и окончательный источник права в моей стране».

Очевидно, что в его королевстве принято правило, в соответствии с которым Кароль обладает последним словом относительно того, что будет признаваться законом. Харт предлагает называть его «правилом признания». Против этого предложения возразить нечего. Но Харт идет дальше и настаивает, что к этому правилу мы должны применить различие между нормами, наделяющими полномочиями и нормами, налагающими обязанности. Он заявляет, что правило признания следует рассматривать как норму, наделяющую полномочиями. И вновь это представляется почти трюизмом.

Однако Харт, по-видимому, старается вложить в данное понятие нечто большее; он утверждает, что указанное правило не может содержать в себе никакого явного или подразумеваемого условия, согласно которому власть, которой оно наделяет, может быть отобрана в случае злоупотребления ею. Некоторые аргументы в поддержку данного тезиса могут выдвинуть те, кто озабочен борьбой с анархическими тенденциями, и никто иной как Гоббс действительно неоднократно высказывался в его защиту. Но Харт полагает, что он имеет дело с логической необходимостью. Если основной

целью является сохранение резкого разграничения между нормами, налагающими обязанности, и нормами, наделяющими полномочиями, то есть причины для недовольства любым предположением о возможности отзыва законодательной власти, некогда дарованной согласно правилу признания. Если Кароль начал скрывать свои законы от тех, кто юридически обязан им повиноваться, и из-за этого был лишен короны, то глупо задавать вопрос, был ли он свергнут из-за того, что нарушил подразумеваемое обязательство, или оттого, что, превысив неявные пределы своей власти, он автоматически лишился своей должности и таким образом подвергся «санкции ничтожности». Иными словами, норма, которая наделяет властью и явно или неявно предусматривает, что эта власть может быть отозвана за злоупотребления, содержит в этом условии оговорку, размывающую разграничение между нормами, налагающими обязанности, и нормами, предоставляющими полномочия.

Отсюда следует, что для сохранения своего ключевого разграничения Харт вынужден предположить, что законодательные полномочия не могут быть отозваны законным образом. В своем анализе правила признания Харт попадает в известную ловушку, которая вполне обоснованно наводит ужас на всех, кто работает в области правоповедения. Он применяет к отношениям, создающим и поддерживающим правовую систему, юридические разграничения, которые в этом контексте не могут иметь никакого значения. Не вызывает сомнений, что в конечном счете фундаментом правовой системы является восприятие ее как «правильной». Однако это чувство, возникающее в действительности из неявных ожиданий и молчаливого одобрения, просто не может быть выражено в таких терминах, как обязательства и полномочия.

Воспользовавшись знаменитым примером Витгенштейна, представим, что уезжающая на дневной спектакль мать говорит няне: «Пока меня нет, научите моих детей какой-нибудь игре». Няня учит детей играть в кости на деньги или фехтовать на кухонных ножах. Должна ли мать, прежде чем вынести суждение об этих действиях, ответить на вопрос, нарушила няня подразумеваемое обещание или просто превысила свои полномочия? Я считаю, что ее бу-

дет столь же мало интересоваться этот вопрос, как и вопрос самого Витгенштейна: «Может ли она искренне сказать: «Я имела в виду не такую игру», если она никогда не думала о возможности того, что ее детей будут учить подобным играм?»» Некоторые типы человеческих отношений слишком абсурдны, чтобы кому-нибудь могла прийти мысль сознательно их исключать. Например, то относится к случаю, если бы парламент (по крайней мере в наше время), забыл, что его признанная функция — принимать законы, и начал бы действовать так, как если бы ему была дана власть спасать души или провозглашать научные истины. А если признание и ожидания, лежащие в основе власти парламента, ограничивают ее законотворчеством, разве это не подразумевает дальнейших ограничений? Не предполагается ли, например, что парламент не станет уходить в запой всем своим составом, понимая, что те члены парламента, которые еще будут держаться на ногах к полуночи, будут иметь полномочия заниматься законотворческой деятельностью? И если мы, скажем, что по умолчанию предполагается, что парламент не будет держать в секрете принимаемые законы от тех, кто обязан соблюдать их, или излагать законы в терминах, намеренно сделанных непонятными — если мы скажем все это, разве потребуем мы тем самым слишком многого?

Харт стремится избавить концепцию права от ее отождествления с силой принуждения. Он утверждает, что правовая система не «бандит с ружьем». Однако если правило признания означает, что законом считается все, что облеченный полномочиями законодатель назвал законом, то положение гражданина некоторым образом оказывается даже хуже положения жертвы бандита. Когда бандит говорит: «Кошелек или жизнь!» — ожидается, что если я отдам ему свои деньги, то он сохранит мне жизнь. Если он возьмет мой кошелек и затем застрелит меня, я бы предположил, что его поведение осудили бы не только моралисты, но и живущие «по-понятиям» разбойники с большой дороги. В этом смысле даже «безоговорочная капитуляция» не вполне безоговорочна, так как у сдавшегося должна оставаться надежда на то, что он не обменивает быструю смерть на медленную пытку.

Собственное разграничение Харта между «ситуацией бандита» и правовой системой (*Concept of Law*, pp. 20—25) не содержит указания на какой-либо элемент молчаливо разделяемой взаимности. Вместо этого данное разграничение выражается исключительно в формальных и структурных терминах. Бандит сообщает свои угрозы в простой коммуникационной ситуации противостояния лицом к лицу; право же, как правило, выражается в постоянно действующих и общих предписаниях, которые могут быть опубликованы, но не представляют собой прямой коммуникации между законодателем и подданным. Действие посредством общей нормы является «стандартным способом функционирования закона, хотя бы потому, что никакое общество не способно содержать такое количество чиновников, которое необходимо для того, чтобы обеспечить доведение официальной и индивидуально адресованной информации до каждого члена общества о каждом действии, которое тот должен выполнить» (*Ibid.*, p. 21). Складывается впечатление, что каждый шаг хартовского анализа словно бы создан для того, чтобы исключить малейший намек на возможность существования сколько-нибудь правомерного ожидания со стороны гражданина, которое может быть нарушено законодателем.

Я не стану прослеживать в подробностях применение Хартом правила признания к сложному, конституционному, типу демократии. Достаточно сказать следующее: он признаёт, что в этом случае не одно правило признания, а целый комплекс правил, методов и соглашений определяют, как избирать законодателей, какой должна быть квалификация и юрисдикция судей и все прочие относящиеся к делу вопросы, которые в данном случае затрагивают определение того, что будет считаться законом, а что нет (*Concept of Law*, pp. 59, 75, 242 et passim). Он также признаёт, что «значительная часть обычных граждан — возможно, большинство — не имеет общего представления о правовой структуре или о ее критериях юридической действительности» (p. 111). Наконец, он признаёт, что не всегда возможно провести четкую границу между обычными нормами права и нормами, которые предоставляют законодательные полномочия (p. 144). И тем не менее Харт наста-

ивает на том, что, несмотря на все эти уступки, *то самое* правило признания, которое приписывает правовой суверенитет королеве в британском парламенте, может некоторым образом суммировать и включать в себя все те мелкие правила, которые позволяют юристам определять, что является законом, в сотнях различных конкретных контекстов. Кроме того, он утверждает, что такой взгляд на ситуацию не юридическая конструкция, навязанная извне, и не выражение веры в политическую власть парламента разрешать любые мыслимые конфликты, какие только могут возникнуть, а скорее нечто такое, что эмпирически доказывается повседневной практикой правительства его страны.

Я с трудом представляю себе, как такое возможно. В конце концов, «британский парламент» — всего лишь название института, природа которого неоднократно принципиально менялась на протяжении столетий. Память об одном таком изменении сохраняется в вежливой фиктивной формуле, которая даже сегодня гласит, что законы творит не парламент, а «королева в парламенте». Мне кажется, говорить об *одном* правиле признания применительно к тому, что постоянно меняется, это все равно что сказать: в данной стране правило признания всегда предоставляло высшую законодательную власть *Великому X*, где *X* в одно десятилетие означало избранное должностное лицо, в следующее — старшего сына последнего *X*, а в третье десятилетие — триумvirат, избранный по жребию от армии, духовенства и профсоюза трудящихся.

Таким образом, оказывается, что, по Харту, указующий перст правила признания, направленный на источник права, в действительности может описывать широкую дугу, не упуская своей цели. Насколько широкой может быть эта дуга? Возможно, с политической точки зрения, было бы мудрым не требовать слишком точного ответа на этот вопрос. В конце концов очень удобно, изучая историю какой-либо страны, видеть в ее прошлом преемственность даже там, где современники видели революцию. Но если правило признания используется в качестве «мощного инструмента анализа», то становится важным знание о том, в какой момент существует нечто, на что это правило может указать, и когда вместо *A* оно начинает указывать на совсем иное *B*.

Я полагаю, что вся трактовка Хартом правила признания основана на фундаментальной методологической ошибке. С помощью этого правила он все время пытается дать точные юридические ответы на вопросы, которые по сути являются вопросами социологического факта. Неадекватность такого применения Хартом правила признания наиболее очевидным образом проявляется при обсуждении того, что он называет проблемой «неизменности закона» (*Concept of Law*, pp. 60—64).

Представим себе, что абсолютный монарх, король Кароль V, наследует трон после смерти своего отца Кароля IV. Несмотря на смену человеческого источника права, законы, принятые Каролем IV, считаются действующими и неизменными до тех пор, пока Кароль V не объявит о внесении в них изменений. Этот социологический факт и пытается объяснить Харт. Еще более полутора столетий назад Порталис описал данное социологическое явление следующим образом: «Как показывает опыт, люди меняют власть с большей легкостью, нежели закон»⁵³.

Харт объясняет этот опытный факт тем, что правило признания относится не к человеку, а к должности, и включает в себя правила законной преемственности. Аналогичным образом можно объяснить, полагает Харт, почему закон, принятый парламентом в 1735 г., может оставаться законом и в 1944 г.

Но предположим, что в нашем гипотетическом случае Каролю IV наследует не его сын Кароль V, а Брут I, свергнувший Кароля IV, не имея ни малейшего повода притязать на титул и откровенно нарушив обычные правила престолонаследия. Можно ли сказать, что необходимым следствием этого события станет то, что теперь утратят силу все предшествующие законы, включая законы о собственности, договорах и браке? Именно это вытекает из анализа Харта, противореча всему историческому опыту. Здесь Харт, предположительно, должен прибегнуть к аргументу, заключающемуся в том, что Брут I, ничего не сказав по этому поводу, тем самым по умолчанию вновь узакон-

⁵³ Portalis, "Discours préliminaire," in Loqué, *La législation de la France* (1827), p. 251.

нил прежнее право. Но именно этот довод Харт критикует у Гоббса, Бентама и Остина, а сам анализ Харта направлен на то, чтобы сделать этот аргумент излишним.

В том, что наиболее очевидной моделью изменения «правила признания» является старомодный, военный, неидеологический государственный переворот, в то же время представляющий по-видимому наименьшую угрозу принципу «неизменности закона», вероятно, есть своеобразная ирония. Идеологическая революция современного типа, проникающая во власть посредством манипуляций с правовыми формами, представляет собой именно тот вид изменений, который с гораздо большей вероятностью порождает сомнения относительно того, остаются ли в силе прежние законы (скажем, освобождающие церковь от обложения налогами). Правило признания, примененное в качестве объяснения постоянства законов, наклоняет чашу весов совершенно не в ту сторону.

Столь же неуместной, на мой взгляд, является попытка Харта использовать правило признания для объяснения того, каким образом и когда примитивное общество делает «шаг из доправового мира к правовому» (*Concept of Law*, p. 41). Обществу, живущему в доправовом мире, известны лишь первичные нормы обязательства, а именно, правила, налагающие обязанности (p. 89). Подобная система норм несовершенна во многих отношениях: она не обеспечивает никаких механизмов ни для разрешения сомнений и противоречий, ни для совершения обдуманного изменения; эффективность норм в рамках этой системы зависит от диффузного социального давления (p. 90—91). Переход к «правовому миру» происходит в тот момент, когда общество впервые осознает и начинает использовать для решения своих проблем идею, что правило может наделять полномочиями по созданию и изменению норм, регулирующих обязанности (p. 61). Это открытие «является для общества столь же важным шагом вперед, как и изобретение колеса» (p. 41).

На мой взгляд, эта концепция, в своей основе восходящая к Остину, также представляет собой неадекватное использование системы юридических различий в таком контексте, который для этого совершенно непригоден. С одной стороны, очевидно, что в обществе, пронизанном верой в магию,

где природу заклинаят словесной формулой, не может существовать четкого различия между «природными» и «правовыми» силами. Харизматический законодатель получает свои полномочия не от созданного человеком правила признания, позволяющего ему создавать право. Власть, которой он пользуется в обществе, исходит от веры в то, что он обладает особой способностью распознать и провозгласить закон⁵⁴. Если можно говорить о возникновении чего-то, подобного явно сформулированному правилу признания, то этот процесс протекал на протяжении веков и заключался в постепенном сдвиге от представлений о власти как атрибуте личности к идее власти, которая связана с той или иной социальной ролью. То, что можно назвать примитивным состоянием общества, осталось позади задолго до того, как этот переход был полностью завершён. Конечно, можно сказать, что этот переход не гарантирует от возврата к более примитивным представлениям. Культ личности в той или иной степени остается с нами всегда.

Более того, существуют серьезные сомнения в том, действительно ли в первобытном обществе доминирующую роль играло то, что мы описываем с помощью современного понятия обязанности. По меньшей мере спорно утверждение, что власть представляет собой более примитивную идею по сравнению с обязанностями. То, что сегодня мы называем «наказанием», в примитивных обществах обычно принимает форму воздействия магических сил на преступника для очищения общества от нечистоты. Аналогичное очищение осуществлялось с помощью широко использовавшейся процедуры остракизма. Вместо обобщенного понятия обязанности мы видим действия, которые дозволены или не дозволены, правильны или неправильны, *fas et nefas**. Первые юридические процедуры часто принимали форму не определения вины судом, а ритуальной само-

⁵⁴ См.: Weber, *Law in Economy and Society*, trans. Shils and Rheinstein (1954), pp. 73–82. Принятое в китайской философии разграничение между правлением посредством людей и правлением посредством законов также достойно внимания, так как оно может служить некоторым противовесом Веберу, настаивавшему на нерациональном характере «харизмы». См.: Escarra, *Le droit chinois* (1936), pp. 7–57.

* Зд.: должные и недолжные (лат.) — Прим. ред.

помощи. Считалось, что каждый проступок для своего исправления нуждается в особом, специально разработанном средстве. Обобщенная концепция обязанности, вероятно, могла возникнуть лишь при наличии нескольких средств для исправления факта нарушения одной обязанности или одного средства для принуждения к исполнению нескольких обязанностей. До тех пор пока последствия проступка отождествляются с формальными мерами, необходимыми для его исправления, мы, судя по всему, имеем дело с идеей власти, а не обязанности.

Будет полезно проверить гипотезу Харта относительно перехода к «правовому миру» на реальном опыте примитивного народа, совершающего этот переход в самую что ни на есть современную эпоху. Я имею в виду опыт племени манус с островов Адмиралтейства, описанный Маргарет Мид⁵⁵.

После Второй мировой войны племя манус узнало от своих австралийских губернаторов, что существует способ разбирать споры, о котором они прежде не имели понятия. Речь идет о рассмотрении спора в суде. Их собственные методы улаживания споров были весьма неудовлетворительны и состояли из «междоусобиц, набегов и последующих церемоний заключения недолговечного мира, зачастую сопровождаемых уплатой компенсаций». Теперь они обнаружили, что споры можно решать и улаживать путем посредством передачи рассмотрения спора беспристрастному арбитру. Последовала настоящая мода на судебные разбирательства. Старейшины назначались на совершенно незнакомую им социальную роль судей или присваивали ее себе. Интересно, что осуществляемое таким образом правосудие было своего рода товаром «черного» рынка, так как у «судей», которые принимали решение в спорах, отсутствовал надлежащий правовой статус, согласованный с правительством Австралии; их власть не поддерживалась никаким правилом признания, за исключением весьма неформального и непостоянного признания среди самой народности манус.

⁵⁵ М. Meade, *New Lives for Old* (1956), цитаты из текста на с. 306 и 307.

Мисс Мид описывает отношение коренного населения в этом новшестве следующим образом: «...для аборигена Новой Гвинеи, загоревшегося новым желанием, чтобы общество стало “правильным”, вся правовая система представляется новой и прекрасной. Он видит в ней великолепное изобретение, столь же замечательное, как самолет, так что во внутренних районах Новой Гвинеи институт незаконных “судов” распространяется все шире и шире».

Если описание, приводимое мисс Мид, верно, то у народности манус правило признания распространяется не на организацию людей, уполномоченную некоей нормой издавать закон, а на процедуру. И, конечно, если говорить об изобретении, сопоставимом с изобретением колеса или самолета, то следует иметь в виду процедуру, а не просто наделение полномочиями.

ПРАВО КАК ЦЕЛЕНАПРАВЛЕННОЕ ПРЕДПРИЯТИЕ И ПРАВО КАК НАБЛЮДАЕМЫЙ ФАКТ ОБЩЕСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

Всевозможные противостоящие друг другу точки зрения, исследованные в этой главе, в сущности отражают в разных контекстах одно фундаментальное разногласие, суть которого можно выразить следующим образом: я настаиваю на том, что право следует рассматривать как целенаправленное предприятие, успех которого зависит от энергии, пронизательности, прозорливости и добросовестности тех, кто его реализует, и вследствие этой зависимости всегда обреченного на то, что поставленные цели не будут достигнуты в полной мере; в противовес этому взгляду утверждается, что право следует рассматривать как наблюдаемый факт общественного авторитета и власти, который следует изучать по тому, что он собой представляет и что он делает, а не исходя из того, что он пытается сделать или чем он пытается стать.

Разбор этого фундаментального противопоставления позвольте начать с изложения соображений, которые, как мне представляется, приводят к мнению, против которого

я выступаю. Поскольку у меня нет полномочий выступить от имени оппонентов, форма этого изложения будет гипотетической. Я, однако, постараюсь сформулировать позицию противоположной стороны настолько убедительно, насколько смогу.

Начну с признания того, что в деле толкования индивидуального законодательного акта понятие цели играет не последнюю роль. Законодательный акт очевидным образом целесообразен и служит определенной цели или совокупности связанных целей. Возражения вызывает не приписывание целей конкретным законам, а утверждение о существовании цели у права в целом.

Любое представление, приписывающее некое назначение или цель институциональному комплексу в целом имеет, если так можно сказать, весьма непривлекательных предшественников в истории философии. На память приходят крайности германского и британского идеализма. Это наводит на мысль, что, начав говорить о цели права, мы можем дойти до разговоров о Цели Государства. Даже если мы не верим в возможность возвращения духа Гегеля, обсуждаемый взгляд имеет и другие, столь же мало вдохновляющие параллели. Вспомним, к примеру, серьезные дискуссии о Цели Болот, которые Томас Джефферсон вел со своими товарищами по Американскому философскому обществу⁵⁶. Можно сказать, что наивная телеология показала себя злейшим врагом научного поиска объективной истины.

Даже если бы исторические параллели были менее тревожны, любой теории, которая стремится приписать цель институту в целом, присуще некоторое неправдоподобие. Институты складываются из множества индивидуальных человеческих действий. Многие из этих действий представляют собой привычную рутину, катящуюся по наезженной колее, так что едва ли их можно вообще назвать целенаправленными. В тех же случаях, когда действия все-таки целенаправленны, задачи, решаемые субъектами этих действий, т.е. людьми, могут быть самыми разнообразными. Даже те, кто участвует в создании институтов, могут

⁵⁶ Boorstin, *The Lost World of Thomas Jefferson* (1948), pp. 45—47.

обладать весьма различными взглядами на цели и функции институтов, которые они вызывают к жизни.

Отвечая на эту критику, прежде всего напомним, что цель, которую я приписываю институту права, умеренна и благоразумна и состоит в подчинении человеческого поведения руководству и контролю общих правил. Эта цель едва ли позволит втянуть себя в гегельянские крайности. Приписывание праву подобной цели могло бы показаться безвредным трюизмом, если бы вытекающие из нее следствия, не были столь важны и неочевидны (что, как я надеюсь, мне удалось показать во второй главе).

Прежде чем отказаться от предложенной мною умеренной терпимости к телеологии, следует внимательно рассмотреть, какую цену придется заплатить за этот отказ. Наиболее существенная составляющая этой цены заключается в том, что мы лишаемся всякого критерия для определения законности. Если право — это просто очевидный факт авторитета или социальной власти, тогда, хотя и можно будет говорить о материальной справедливости или несправедливости отдельных законов, мы теряем возможность определения меры, в которой правовая система как целое достигает идеала законности; чтобы не противоречить своим посылкам, мы не сможем, к примеру, утверждать, что правовая система страны *X* в большей мере соответствует принципам законности, чем правовая система страны *Y*. Мы сможем говорить о противоречиях в законе, но при этом не будем располагать критерием для определения того, что представляет собой противоречие в законе. Мы сможем сокрушаться по поводу некоторых видов законов, имеющих обратную силу, но не сумеем объяснить, какие проблемы породит система, полностью состоящая из законов, имеющих обратную силу. Если мы заметим, что власть закона обычно выражается в применении общих правил, мы не сможем придумать объяснения лучше, чем то, что верховная юридическая власть едва ли может позволить себе расставить подчиненных на каждом углу, чтобы рассказать народу, что делать. Короче говоря, мы не сможем ни сформулировать, ни разрешить те проблемы, которым посвящена вторая глава.

Можно было бы сказать, что если эти проблемы действительно невозможно сформулировать способом, кото-

рый позволит найти на них ответ, то нужно иметь мужество признать этот факт и не тешить себя иллюзиями. Именно в этом пункте происходят наиболее острые дискуссии. Вопрос уже не в том, какая точка зрения является наиболее утешительной и обнадеживающей, а в том, какая из них верна, какая наиболее точно соответствует действительности, с которой мы должны иметь дело. В оставшейся части этой главы я постараюсь показать, что подход, пытающийся абстрагироваться от цели права и рассматривающий право просто как наблюдаемый факт социальной власти, не может быть обоснован без искажения той самой реальности, к которой он апеллирует.

Критикуемый мной подход видит реальность права в факте признанной законодательной власти. Закон и *есть* то, что эта власть определяет как закон. В этом определении не возникает вопроса о степени, прилагательные «успешный» или «неуспешный» в данном случае неприменимы. Мне представляется, что именно в этом заключается суть теории, противостоящей тому, на чем основываются эти главы.

Я утверждаю, что эта теория может казаться состоятельной только в том случае, если систематически отказываться замечать два элемента реальности, на описание которой она претендует. Прежде всего, следует указать на тот факт, что признанная власть, которая говорит нам, что является законом, сама есть продукт закона⁵⁷. В современном обществе право, как правило, создается посредством корпоративного действия. Корпоративное действие (к примеру, осуществляемое парламентом) возможно лишь после принятия процедурных правил, которые позволяют группе людей с юридической точки зрения говорить в один голос. Процедурные правила могут дать сбой всеми восемью способами, которые угрожают любой системе права. Поэтому когда мы утверждаем, что в Великобритании парламент окончательно определяет, что является законом, мы молчаливо предполагаем некую меру успеха по крайней мере одного правового предприятия, а именно направленного

⁵⁷ У меня был случай затронуть этот вопрос при обсуждении верховенства парламента, см. выше, с. 139.

на предоставление парламенту корпоративного полномочия что бы то ни было «говорить». В странах с длительной традицией парламентаризма такое предположение об успехе обычно совершенно оправдано. Но если оставаться верным реальности, на описание которой мы претендуем, то необходимо признать, что сама по себе способность парламента принимать законы есть результат целенаправленного усилия, а не просто природный факт.

Второе искажение реальности состоит в игнорировании того факта, что формальная структура власти сама обычно зависит от человеческих усилий, которые не предписываются никаким законом или властью. Вебер отмечает, что все формальные общественные структуры — независимо от того, воплощены они в традиции или в писаной конституции, — имеют лакуны, которые не производят впечатления таковых потому, что заполняются соответствующими действиями, зачастую без какого-либо понимания того, что им имеется альтернатива⁵⁸. Иными словами, люди обычно не совершают абсурдных действий, которые обрекли бы на неудачу все предприятие, в которое они вовлечены, даже при том, что эти нелепости дозволяются формальными директивами, руководящими их деятельностью.

Хороший пример такой лакуны в формальной структуре можно найти в Конституции США. То, что законы должны быть обнародованы, является, вероятно, наиболее очевидным требованием законности. Кроме того, это требование без труда может быть включено в список формальных конституционных положений. Тем не менее в Конституции нет ни слова про публикацию законов. Несмотря на этот пробел, я сомневаюсь, что кому-то из конгрессменов приходило в голову, что он мог бы добиться расположения налогоплательщиков с помощью обещания сберечь их деньги, проследив за тем, чтобы законы оставались неопубликованными.

⁵⁸ Weber, *Law in Economy and Society*, pp. 31—33. Вебер пишет: «Факт состоит в том, что наиболее “фундаментальные” вопросы зачастую остаются неурегулированными даже в рамках правового порядка, который в остальных отношениях является абсолютно рационализированным». Продолжая, он пишет о том, что люди, как правило, действуют таким образом, что «“нелепые” ситуации, хотя и возможные с точки зрения закона» на практике не возникают.

ванными. Разумеется, можно сказать, что конституционное требование опубликования законов может быть выведено путем толкования, так как в противном случае положения относительно определенных законов, имеющих обратную силу, были бы бессмысленными. Но дело в том, что никто из тех, кто с самого начала принимал как должное то, что законы должны публиковаться, не занимался подобными толкованиями.

Ученый может отказаться от рассмотрения права как предприятия и трактовать его просто как эманацию общественной власти. Однако те, в чьей деятельности эта власть проявляется, видят себя вовлеченными в некое предприятие и, как правило, делают то, что необходимо для его успеха. В той мере, в какой их деятельность должна направляться пронизательностью и озарением, а не формальным правилом, неизбежно наличие разных уровней успешности.

Проблема «неизменности закона» у Харта — как может закон, принятый Каролом IV, оставаться законом, когда на трон всходит Кароль V? — представляет собой другой пример пробела в постулированной формальной структуре, который на практике не проявляется как пробел. Потребность в преемственности права, вне зависимости от перемен в правительстве, столь очевидна, что обычно каждый принимает эту преемственность как само собой разумеющуюся. Она становится проблемой лишь тогда, когда право пытаются определять как эманацию формальной власти и исключают из его функционирования возможное влияние человеческих суждений и озарений.

Сильный упор, который теория стремится сделать на точное определение верховной законной власти, несомненно, отражает собой тревогу по поводу того, что неясность в данном вопросе может привести к распаду всей правовой системы. При этом опять же забывают, что никакой набор указаний, выдаваемых сверху, не может обойтись без потребности в разумной деятельности, направляемой осознанием цели. Даже скромный мировой судья, ничего не смыслящий в языке, на котором описаны ограничения его юрисдикции, как правило, интуитивно отдает себе отчет в том, что его полномочия исходят от некоей инстанции, образующей часть более широкой системы права. По крайней

мере он понимает, что ему следует выносить свои решения с осторожностью. Координацию между составными частями правовой системы невозможно навязать, ее необходимо достичь. К счастью, должного осознания своей роли, подкрепленного капелькой разума, обычно хватает, чтобы возместить любые пробелы формальной системы.

Я думаю, есть любопытная ирония в любом представлении, отказывающемся наделять право как целое какой бы то ни было целью, даже самой скромной и ограниченной. Ни одна школа правоведения никогда не рисковала утверждать, что может понять реальность без выявления ее структуры, взаимосвязей или схемы. Если бы нас окружал бесформенный поток дискретных и несвязанных событий, то не было бы ничего, что мы могли бы понять и о чем могли бы говорить. Когда мы рассматриваем право как «факт», мы должны предполагать, что это факт особого рода, обладающий качествами, поддающимися определению, которые выделяют его среди других фактов. В действительности все теоретики-правоведы всячески стараются сказать нам, какого рода этот факт — что это вовсе не «вооруженный бандитизм, только в крупных размерах», что обычно этот факт предполагает применение к человеческому поведению общих норм и т. д., и т. п.

Усилия по обнаружению и описанию характеристик, присущих праву, как правило, увенчиваются некоторым успехом. Почему? Причина того не столь уж загадочна. Она заключается в том, что почти во всех обществах люди осознают потребность в подчинении определенных видов человеческого поведения явно выраженному контролю правил. Когда они пускаются в предприятие по реализации такого подчинения, то начинают понимать, что данное предприятие обладает собственной, особой внутренней логикой, и требования, предъявляемые этой логикой, необходимо выполнять (что порой связано со множеством неудобств), если цели этого предприятия должны быть достигнуты. Именно оттого, что люди, как правило, в определенной мере ощущают эти требования и признают их, в обществах, которые во всех остальных отношениях весьма разнообразны, правовые системы демонстрируют определенное сходство.

Таким образом, именно потому, что право является целенаправленным предприятием, оно демонстрирует структурную инвариантность, которую правовед может обнаружить и трактовать как единообразие в наблюдаемых фактах. Если бы он отдавал себе отчет, на каком основании возведена его теория, возможно, он был бы менее склонен чувствовать себя подобным ученому-естествоиспытателю, который пытается обнаружить единообразие в неодушевленной природе. А в ходе переосмысления своего предмета он может вновь обрести уважение к собственному биологическому виду и понять, что последний, а не только электрон, может проявлять определенную регулярность.

ГЛАВА IV

МАТЕРИАЛЬНЫЕ ЦЕЛИ ПРАВА

*И все ж послушные закону ученые пишут,
Что закон ни прав, ни неправ.*

У. Х. Оден

Нам не следует надеяться на хорошую конституцию из-за того, составляют ее моралисты. Скорее именно из-за хорошей конституции мы можем надеяться на общество, состоящее из моралистов.

Иммануил Кант

Центральной темой философии права у Холмса была необходимость сохранять четкое разграничение между правом и моралью. Несмотря на это, в работе *Path of the Law* он писал: «Я не говорю, что не существует более широкой точки зрения, при взгляде с которой различие между правом и моралью становятся второстепенными, подобно тому как перед лицом бесконечности исчезают все математические различия»¹.

Итак, настало время в данном исследовании посмотреть — разумеется, не апеллируя к бесконечности, — нет ли контекстов, в которых те различия, на которых я настаивал прежде, стали бы второстепенными. Вспомним, что до сих пор наше обсуждение строилось двух принципиальных различиях: между моралью долга и моралью стремления, и между внутренней и внешней моралью права.

НЕЙТРАЛЬНОСТЬ ВНУТРЕННЕЙ МОРАЛИ ПРАВА ПО ОТНОШЕНИЮ К МАТЕРИАЛЬНЫМ ЦЕЛЯМ

Излагая свой анализ внутренней морали права, я утверждал, что по широкому кругу проблем она безразлична к материальным целям права и готова служить самым разнообразным целям с равной эффективностью. Сегодня оживленно

¹ 10 *Harvard Law Review* 457–478, p. 459 (1897).

обсуждается один из моральных вопросов — контрацепция. Совершенно ясно, что сами по себе принципы законности неспособны решить эту проблему. Ясно и то, что правовая система могла поддержать свою внутреннюю целостность независимо от того, направлены ее нормы на запрет или поощрение контрацепции.

Но признание того, что внутренняя мораль права может обеспечивать поддержку и придавать практическую действительность широкому кругу самых разнообразных материальных целей, не должно заставлять нас ошибочно считать, будто *любая* материальная цель может быть принята без отступления от законности. В некоторых обстоятельствах даже принятие такой цели, как юридический запрет контрацепции, может повредить правовой морали. Если, как это порой бывает, законы, запрещающие продажу контрацептивов, существуют только на бумаге как своего рода символический акт, и всем известно, что государство не требует их соблюдения (в том числе и потому, что добиться этого невозможно), то правовой морали причиняется серьезный ущерб. Нет способа изолировать эту инфекцию и предотвратить ее распространение на другие части правовой системы. К сожалению, это довольно известная политический метод умиротворения полярных интересов: одного — посредством принятия закона, второго, противоположного ему — оставлением этого закона без правовой санкции.

Одна из задач настоящей главы состоит в том, чтобы проанализировать в общем виде процесс взаимодействия внутренней и внешней морали права. Прежде чем изложить этот анализ, будет полезным противопоставить ему мнение, которое Г. Л. А. Харт выразил в своей книге «Понятие права»². В главе «Право и мораль» он пишет: «Для того чтобы социальный контроль [посредством правовых норм] действовал, нормы должны удовлетворять определенным условиям: они должны быть понятны, как правило не иметь обратной силы (хотя в исключительных случаях могут ее иметь) и их выполнение должно быть по силам большинству людей... Ясно, что эти особенности конт-

² Эта книга довольно подробно рассматривалась выше, с. 160—174.

роля посредством норм тесно связаны с теми требованиями справедливости, которые юристы называют принципами законности. Один из критиков позитивизма действительно увидел в этих аспектах контроля посредством норм нечто, представляющее собой необходимую связь между правом и моралью, и предложил назвать их «внутренней моралью права». Если необходимая связь между правом и моралью означает именно это, то с ним можно согласиться. К сожалению, это совместимо с огромной несправедливостью»³.

Трудно представить себе более явного отрицания возможности всякого взаимодействия между внутренней и внешней моралью права, чем то, что содержится в последнем предложении приведенной цитаты. Должен признаться, оно меня озадачило. Имел ли Харт в виду всего лишь то, что усилием воображения возможно выдумать злого монарха, который преследует самые несправедливые цели, но при этом сохраняет подлинное уважение к принципам законности? Если так, то это замечание не кажется уместным в книге, которая стремится приблизить «понятие права» к жизни. Утверждает ли Харт, что в истории действительно можно найти сколько-нибудь заметные примеры режимов, сочетавших искреннюю приверженность внутренней морали права с грубым безразличием к справедливости и благополучию людей? Если да, то его коллеги-юристы были бы благодарны за примеры, вокруг которых могла бы развернуться важная дискуссия.

Мнение Харта о том, что проблемы законности заслуживают лишь эпизодического и поверхностного рассмотрения ни в коем случае не выражается лишь в нескольких приведенных мною фразах. Оно пронизывает всю его книгу. Рассматривая то, что он называет «зерном здравого смысла в доктрине естественного права» (с. 189–195), он обсуждает исключительно материальные цели, обходя молчанием прекрасную английскую традицию «фундаментального права», — традицию, занимающуюся главным образом тем, что можно назвать «законами законности»⁴. Когда он доходит до рассмотрения «Патологий правовой

³ Ibid., p. 202. Упомянутый в цитируемом отрывке «критик позитивизма» — это я.

⁴ См. выше, с. 121–124.

системы» (с. 114—120), обсуждаемые проблемы в просторечии сводятся к вопросу: «Кто здесь начальник?» Наконец, в разговоре о трудной ситуации послевоенной Германии, пытающейся ликвидировать оставленную нацистами моральную и правовую разруху, никак не принимается во внимание радикальная деградация правовой морали, произошедшая при Гитлере (с. 204). Короче говоря, хотя Харт и признает мимоходом, что существует нечто, что можно назвать внутренней моралью права, он, по-видимому, полагает, что она не имеет особого отношения к более серьезным заботам юриспруденции.

В противовес этому мнению Харта — весьма обычному для современной правовой мысли — я попытаюсь восстановить интеллектуальные каналы, которые, как мне представляется, должны связывать проблему законности с другими основными вопросами философии права.

ЗАКОННОСТЬ КАК УСЛОВИЕ РЕЗУЛЬТАТИВНОСТИ

Думаю, нет необходимости повторять здесь довод, подразумеваемый второй главой в целом, что внутренняя мораль права не есть нечто дополнительное или навязанное власти права, но важнейшее условие самой этой власти. Если этот вывод принимается, то первое же замечание, которое следует высказать, заключается в том, что для того, чтобы существовало хорошее право необходимо, чтобы вообще существовало право. Добросовестный плотник, который хорошо изучил свое ремесло и чьи инструменты всегда точены, вполне может посвятить свой труд постройке как воровского притона, так и сиротского приюта. Но и в этом случае остается верным то, что для постройки сиротского приюта нужен плотник или помощь плотника, и приют будет построен качественнее, если плотник окажется опытным мастером, располагающим хорошим инструментом, к которому он относится заботливо и обращается с ним надлежащим образом.

Очевидно, что в случае полного отсутствия плотников, первой заботой будет не разработка проектов больниц и приютов и не споры о принципах создания хороших стро-

ительных проектов, а набор и обучение плотников. Именно в этом смысле сегодня большая часть мира нуждается в наличии права как такового больше, чем в наличии хорошего права.

Стоит напомнить, что в обвинении, предъявленном Георгу III в Декларации независимости, ему инкриминировалось не только установление несправедливых законов, но и отказ принимать законы. «Он отказывался давать свое согласие на принятие законов, в высшей степени полезных и необходимых для общего блага... Он запрещал своим губернаторам проводить неотложные и чрезвычайно важные законы... Он неоднократно распускал палаты представителей... Он в течение длительного срока после такого роспуска отказывал в выборах других депутатов... Он создавал препятствия для осуществления правосудия, отказываясь давать согласие на принятие законов об организации судебной власти... Он отказался от управления колониями, объявив о лишении нас его защиты и начав против нас войну».

Во время написания этих слов американцы находились на пути к «деколонизации». Нам посчастливилось кое-что узнать от наших британских наставников о потребности в праве и о сохранении его целостности и силы. Значительная часть мира сегодня томится по справедливости, не имея подобного попечительства. Еще не бывало эпохи, более ясно демонстрирующей бессодержательность той точки зрения, что право всего лишь отражает данность легитимной социальной власти. И не бывало еще эпохи, когда принятие этой точки зрения всерьез было бы более опасным.

Мне следовало бы извиниться за настойчивое акцентирование столь очевидного утверждения, что для практической действенности права первостепенное значение имеет определенный минимум приверженности правовой морали, если бы эта мысль не обходилась молчанием столь часто и именно в тех контекстах, где она больше всего нуждается в подробном раскрытии. Я полагаю, что примечательный пример этого содержится в трактовке Хартом (с. 114—120) «Патологий правовой системы». Все ситуации, которые он обсуждает под этим заголовком, затрагивают

либо конфликт на уровне высшей инстанции, либо «простой распад упорядоченного правового контроля в условиях разгула анархии или бандитизма в отсутствие претендентов на политическую власть». Здесь, как и в других местах книги Харта, право понимается целиком в терминах его формальных источников, а не как сложное предприятие, которое допускает различные степени успеха. Здесь нет осознания того, что общество может продолжать соглашаться с существованием данного единственного источника законной власти, и тем не менее эта власть может осуществляться столь негодным или бесчестным образом, что действенная правовая система так и не возникнет. Нет здесь и признания того, что та или иная мера «патологии» содержится во всех правовых системах, включая наиболее образцовые. Даже если исследователя интересует только переход от одного формального источника юридической власти к другому, то при исключении проблем правовой морали этот процесс не поддается сколько-нибудь реалистичному описанию. В ходе истории законно учрежденные правительства свергались во имя закона. Угроза незаконной революции может затруднить поддержание законности в действиях правительства, искренне преданного делу законности. Эти антиномии, господствующие в реальной драме истории, упускаются из вида, когда повествование удовлетворяется простой констатацией: «Сначала был Первый акт, затем был Второй акт».

ЗАКОННОСТЬ И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Часто отмечалась одно глубокое родство между законностью и справедливостью, и Харт фактически открыто его признает (с. 202). Это родство заключается в качестве, общем и для законности, и для справедливости: и то, и другое действуют в соответствии с заранее известным правилом. Внутренняя мораль права требует, чтобы существовали правила, чтобы эти правила были известны и чтобы их соблюдали те, на кого возложено проведение их в жизнь. Эти требования могут казаться этически нейтральными, если иметь в виду внешние цели права. Кроме того, так же как наличие права является предварительным условием хорошего права, действие в соответствии с заранее известным правилом явля-

ется предварительным условием для любой содержательной оценки справедливости закона. О несправедливости «беззаконной неограниченной власти», выражающей себя исключительно в непредсказуемых и бессистемных вмешательствах в людские дела, можно говорить лишь в том смысле, что она действует не по известным правилам. Пока не найден скрытый принцип, если таковой вообще имеется, который направляет эти вмешательства, едва ли можно будет назвать ее несправедливой в более определенном смысле. Достоинство добросовестно построенного и применяемого правового порядка в том и заключается, что он представляет испытующему взгляду общества те правила, которыми он руководствуется в своих действиях.

В наше время уже по большей части забылись уловки, с помощью которых нацисты уклонялись от такого обнародования. При их режиме в витринах многих магазинов Германии появились плакаты «Еврейское предприятие». Закона, требующего вывешивания подобных плакатов, не существовало. Они размещались «по просьбам» членов партии, которые ходили и раздавали их по магазинам, в которых, по их мнению, эти плакаты были уместны. Расхожее среди жителей Германии объяснение проведению такого мероприятия состояло в том, что нацисты знали, что официальное принятие и опубликование соответствующего правового акта могло бы вызвать критику за рубежом. Эта уловка отчасти срабатывала. Когда ожидался приток иностранцев — например, на торговые ярмарки — плакаты, опять же по просьбе партии, временно снимали. В Берлине, куда постоянно приезжали многочисленные иностранные гости, такие плакаты вообще не использовались. Вместо этого в магазинах, находящихся в собственности евреев, по «просьбе» партии рамы витрин красились краской особого цвета. Случайный иностранец мог обратить внимание на то, как часто используется эта краска, но, как правило, он не понимал ее значения, а также того, что она использовалась согласно норме, которая не была принята публично.

В США регулирование деятельности правительственных агентств посредством неписаных и неопубликованных правил является совершенно обычной практикой. Иногда эти

правила по своей сути совершенно безобидны, хотя в случае их незнания у гражданина могут возникнуть проблемы при ведении дел с такими агентствами. Но порой эти необъявленные правила далеко не безобидны. Особо вопиющий пример недавно был обнаружен в Бостоне. Оказалось, что когда арестованного задерживают в тюрьме на ночь, от него требуют подписать документ, освобождающий полицию от какой бы то ни было гражданской ответственности за действия, связанные с его арестом и содержанием под стражей.

Подписание такого документа — условие освобождения из-под ареста. Нет сомнений, что многие полицейские, совершенно не задумываясь об этой практике, применяли ее с чувством добросовестного соблюдения стандартной процедуры действий. Трудно представить, что какой-либо законодатель захотел бы санкционировать подобную процедуру посредством опубликованной нормы.

До сих пор в своих рассуждениях я исходил из того, что сходство между законностью и справедливостью состоит просто в том, что ясно изложенное и сделанное известным правило позволяет публике судить о его справедливости. Однако это сходство имеет более глубокие корни. Даже если человек отвечает лишь перед собственной совестью, он станет более ответственным, если будет вынужден ясно сформулировать принципы, на основе которых действует. Многие из тех, кто обладает властью, в отношениях с подчиненными проявляют единообразную манеру поведения, которая, можно сказать, составляет неписаное правило. Не всегда ясно, известны ли эти правила тем, кто выражает их в своих действиях. Говорят, что большая часть несправедливостей в нашем мире совершается не кулаками, а локтями. Используя кулаки, мы делаем это с определенной целью, и за эту цель мы отвечаем перед другими и перед самими собой. Не боясь ошибиться, можно предположить, что наши локти перемещаются по случайной траектории, за которую мы не отвечаем, даже если наш сосед с горечью понимает, что его методично выталкивают с его места. Твердая приверженность принципам законности вынуждает правителя отвечать перед собой не только за свои кулаки, но и за локти.

ПРАВОВАЯ МОРАЛЬ И ЗАКОНЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ ПРОТИВ ПРЕДПОЛАГАЕМЫХ ПОРОКОВ, НЕ ПОДДАЮЩИХСЯ ОПРЕДЕЛЕНИЮ

Простое требование, чтобы нормы закона выражались в понятных терминах, на первый взгляд, представляет этически нейтральным по отношению к материальным целям, которым может служить право. Если какой-либо принцип правовой морали, выражаясь словами Харта, «совместим с крайней несправедливостью», то это, вроде бы, так и есть. Однако если законодатель, пытаясь устранить некое зло, не может ясно определить цель, против которой направлен правовой акт, то очевидно, что он испытывает проблемы с тем, чтобы обеспечить ясность своих законов. Я уже пытался проиллюстрировать эту мысль ссылкой на законодательные акты, разработанные с целью не допустить «возвращения старого салуна»⁵. Однако в этом случае мы имеем дело с законодательной глупостью, не имеющей отношения к несправедливости.

Совершенно иначе обстоит дело с законами, ставящими юридические права в зависимость от расы. Сегодня считается, что правительство ЮАР сочетает строгое следование законности с приятием жестокого и бесчеловечного законодательства. Это представление могло возникнуть лишь из-за ныне уже укоренившейся путаницы между уважением к законной власти и верностью праву. Изучение законодательства, которое поддерживает расовую дискриминацию в ЮАР, показывает глубокий разрыв с требованиями внутренней морали права.

Следующие выдержки взяты из тщательного и объективного исследования действующих в ЮАР расовых законов: «Законодательство изобилует проявлениями непоследовательности, так что по различным статутам одно и то же лицо может подпадать под различные расовые категории... 22 марта 1957 г. министр внутренних дел

⁵ См. выше, с. 111–112.

заявил, что на рассмотрении директора по переписи и статистике находятся приблизительно 100 000 дел о расовой классификации, которые расцениваются как «пограничные случаи»... Как показало настоящее исследование, отсутствие единообразия в определениях вызвано в первую очередь отсутствием какой-либо единообразной или научной основы для расовой классификации... По существу, законодательный орган пытается определить неопределимое»⁶.

Даже южноафриканский судья, который в частной жизни разделяет предрассудки, сформировавшие закон, который он обязан толковать и применять, должен, если он уважает профессиональную этику своего призвания, чувствовать глубокое отвращение к произвольным манипуляциям, которых требует от него законодательство.

Не следует предполагать, что только в ЮАР правовые акты, привязывающие правовые последствия к расовым различиям, вызывают серьезные трудности при толковании. В 1948 г. Верховный суд Калифорнии в деле «Перес против Шарпа»⁷ признал неконституционным статут, предусматривающий, что «не может быть выдана лицензия, разрешающая брак белого человека с негром, мулатом, человеком монгольской или малайской расы». Решение о недействительности статута основывалось отчасти на том, что он не удовлетворял конституционному требованию о том, «что закон [должен быть] четко выраженным, а его смысл понятным для тех, чьи права и обязанности он регулирует».

Действующие в США законы о натурализации прямо устанавливают, что «отказ в праве стать натурализованным гражданином не может быть связан... с расовой принадлежностью»⁸. Таким образом, Верховному суду теперь не грозит опасность запутаться в собственных истолкованиях, как это произошло в 1922 и 1923 г. В деле

⁶ Suzman, "Race Classification and Definition in the Legislation of the Union of South Africa, 1910—1960," *Acta Juridica* (1960), pp. 339—367; приведенные фрагменты содержатся на с. 339, 355, 367.

⁷ *Perez v. Sharp*, 32 Cal. 24711.

⁸ USCA, Tit. 8, §1422.

«Озава против США»⁹ Верховный суд должен был дать некоторое значение условию, ограничивавшему натурализацию «лицами белой расы». Суд отметил: «Очевидно, что простая проверка цвета кожи каждого индивида не годится, так как таковой цвет весьма различается у людей одной и той же расы». Пытаясь добиться некоторой научной точности, суд провозгласил, что «лицо белой расы» следует истолковывать как обозначение лица кавказской расы*. В деле, которое обсуждалось через несколько месяцев после этого решения, ходатайствующий о гражданстве был индусом, принадлежащим к одной из высших каст¹⁰. Его адвокат представил убедительное доказательство тому, что антропологи, использующие термин «кавказская раса», отнесли бы его к этой расе. Суд отметил, что тем, кто в 1790 г. писал данный статут, термин «кавказская раса» был неизвестен, и что «смысл, в котором это слово используется в науке этнологии, совершенно не ясен, поэтому его использование в научном смысле в качестве эквивалента словам статута... было бы равносильно замене одного затруднения другим... Слова разговорного языка, который использовали авторы этого закона, были предназначены для обозначения только того человеческого типа, который был известен им как белый».

Наконец, по горькой иронии, Высший суд справедливости Израиля столкнулся с почти неразрешимыми проблемами в попытке дать некоторое простое и понятное истолкование Закону о возвращении, который автоматически предоставляет гражданство иммигрантам, которые являются «евреями». 6 декабря 1962 г. суд большинством голосов принял решение, что для целей этого закона римско-католический монах не является евреем. Адвокат [монаха] утверждал, что, будучи евреем по происхождению, по раввинскому закону его клиент остается евреем. Суд признал это верным, но заявил, что проблема

⁹ *Ozawa v. United States*, 260 U. S. 178 (1922).

* Кавказская (или кавказоидная) раса — синоним европеоидной расы. Была названа так И. Блюмбахом, который считал Кавказ прародинной всех рас вообще и европейцев в частности. — *Прим. ред.*

¹⁰ *United States v. Thind*, 261 U.S. 204 (1923).

затрагивает не религиозный, а светский закон Израиля. По этому закону он больше не был евреем, так как принял христианскую религию¹¹.

ВЗГЛЯД НА ЧЕЛОВЕКА, ПОДРАЗУМЕВАЕМЫЙ ПРАВОВОЙ МОРАЛЬЮ

Теперь я перехожу к наиболее важному аспекту правовой морали, который касается того, каким образом соблюдение ее требований служит более широким целям человеческой жизни вообще. Речь идет о взгляде на человека, подразумеваемом внутренней моралью права. Я неоднократно отмечал, что правовую мораль можно считать нейтральной в отношении широкого спектра этических вопросов. Но она не может быть нейтральной по отношению к самому человеку. Нельзя пуститься в предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил, не будучи по необходимости приверженным точке зрения, согласно которой человек либо является ответственным субъектом, способным понимать правила, следовать им и отвечать за их несоблюдение, либо может стать таковым.

Всякий отход от принципов внутренней морали права представляет собой оскорбление достоинства человека как ответственного субъекта. Судить его действия по неопубликованным законам или законам, имеющим обратную силу, или приказывать ему совершить действие, совершить которое невозможно, означает выразить свое равнодушие к его способностям принимать самостоятельные решения. И наоборот, если принять мнение, будто бы человек неспособен на ответственные действия, то правовая мораль теряет смысл существования. Судить человеческие действия по неопубликованным законам или законам, имеющим обратную силу, больше не оскорбление, потому что в этом случае нечего оскорблять, да и сам глагол «судить» в этом контексте больше не пригоден: теперь мы не судим человека, а воздействуем на него.

¹¹ См.: *New York Times*, Dec. 7, 1962, pp. 1, 15; Dec. 8, 1962, p. 13.

Сегодня весь комплекс подходов, теорий и способов действия, по-видимому, подталкивает нас к точке зрения, отрицающей, что человек является ответственным, принимающим самостоятельные решения центром действия или может стремиться им стать. Такая тенденция имеет самые различные причины, а стоящие за ними мотивации могут различаться от самых низменных до самых благородных.

Часть ответственности лежит на науке, а точнее, на некоторых направлениях теоретической мысли в общественных науках. Позвольте мне в том месте предоставить слово выдающемуся психологу Б. Ф. Скиннеру: «Чтобы использовать научные методы в области человеческой жизни, необходимо предположить, что поведение является закономерным и детерминированным. Мы должны ожидать открытия того, что действия человека есть результат подающихся определению условий, и что, выявив эти условия, мы получим возможность предвидеть и до некоторой степени детерминировать его действия. Для многих существование такой возможности оскорбительно. Она бросает вызов древней традиции относиться к человеку как к свободному субъекту... никто из тех, кто является продуктом Западной цивилизации, не способен [принять научный подход к человеческому поведению] без внутреннего сопротивления.

Концепция свободного, ответственного индивида встроена в наш язык и насквозь пронизывает наши кодексы, убеждения, практическую деятельность. Имея перед собой пример человеческого поведения, многие люди могут мгновенно описать его в терминах этой концепции. Эта привычка настолько естественна, что редко становится объектом критической проверки. В отличие от этого, научная формулировка является новой и необычной.

Мы не считаем людей ответственными за рефлекс — к примеру, за кашель в церкви. Мы считаем их ответственными за их оперантное поведение — к примеру, за перешептывание в церкви или за то, что они не выходят из церкви, чтобы откашляться. Но существуют переменные, которые отвечают и за перешептывания, и за кашель, и они могут быть точно столь же непреклонны. Признав

это, мы по всей вероятности, полностью отбросим понятие ответственности, а вместе с ним и доктрину свободной воли как внутренний причинный фактор. Это может внести огромные изменения в нашу практику. Доктрина личной ответственности связана с некоторыми методами управления поведением — методами, которые вызывают «чувство ответственности» или указывают на «долг обществу». Эти методы относительно плохо приспособлены для преследуемых ими целей»¹².

Подобные взгляды излишне расширяют пределы «науки» и основаны на наивнейшей эпистемологии¹³, что, похоже, не слишком вредит их привлекательности. Несмотря на то что никто, включая профессора Скиннера, на самом деле не верит в них до такой степени, чтобы последовательно принять их в качестве основы для действий, мы признаем, что они отчасти выражают истину. Преувеличивая эту истину и не определяя свойственные ей пределы, они поощряют безразличное отношение к разрушению понятия ответственности, характерному для многих тенденций в развитии права, большинство из которых, разумеется, вовсе не служит целям, за которые столь упорно боролся профессор Скиннер.

Ради справедливости к профессору Скиннеру следует заметить, что он не просто выражает сомнения в обоснованности понятия ответственности, а пытается разработать альтернативный способ социального контроля. Если сформулировать предельно просто, он предлагает, чтобы вместо того, чтобы говорить человеку: «веди себя хорошо», мы вырабатывали у него условный рефлекс хорошего поведения. Безотносительно достоинств и недостатков этой программы, в ней нет ни малейшего сходства с намере-

¹² Skinner, *Science and Human Behavior* (1953), p. 6–7, 10, 115–116.

¹³ Через все мышление Скиннера красной нитью проходят две темы: 1) понятие цели должно быть исключено из научного объяснения, поскольку оно подразумевает, что воображаемое будущее состояние управляет настоящим, в то время как общепринятый научный принцип состоит в том, что настоящим управляет прошлое; 2) человеческое поведение следует по возможности объяснять в терминах причин «внешних» по отношению к организму, а не тех, которые действуют «в его пределах».

нием перегруженного работой прокурора, стремящегося упростить себе задачу с помощью законов, в соответствии с которыми ответственность за преступления не будет зависеть от доказательства вины или намерения.

Я говорил о «благородных» мотивах, сыгравших роль в запутывании понятия ответственности. Ярчайший пример дает нам злоупотребление идеалом перевоспитания (исправления) в уголовном праве. Как показал Френсис Аллен¹⁴, неверное применение этого идеала может ужесточить уголовное право, вместо того чтобы сделать его гуманнее. Например, когда перевоспитание становится единственной целью уголовного права, может быть утрачен всякий интерес к надлежащей правовой процедуре и к ясному определению преступного деяния. Если худшее, что может случиться с ответчиком, будет предоставление ему шанса исправиться за счет общества, к чему вообще беспокоиться о справедливом суде?

С тех пор как профессор Аллен опубликовал свою статью, выраженные им опасения получили новое подтверждение в особом мнении судьи Кларка по делу «Робинсон против штата Калифорния»¹⁵. По мнению большинства состава суда, рассматривавшего это дело, основной вопрос состоял в следующем: конституционно ли признавать преступлением состояние наркомании, притом что таковое могло возникнуть без вины подсудимого. Большинство состава суда сочло, что нет. В особом мнении по этому решению судья Кларк заявил, что статут, о котором идет речь, можно расценивать как исправительную меру. Поскольку признается, что посредством гражданского судопроизводства штат может поместить наркомана на лечение в больницу, он не видит причин, по которым его нельзя приговорить к шести месяцам тюрьмы, где, как предполагается, наркотики будут для него недоступны.

Насколько, с этой точки зрения на уголовное право, будут уместны принципы законности для статута, подобного

¹⁴ Francis Allen, "Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal," 50 *Journal of Criminal Law and Criminology* 226—232 (1959).

¹⁵ *Robinson v. California*, 370 U. S. 660, pp. 679—686 (1962); мнение большинства в этом деле обсуждалось выше, с. 128—129.

тому, о котором шла речь в деле «Робинсон против штата Калифорния»? Должны ли исправительные меры ограничиваться и регулироваться формальными нормами? Нужно ли обнародовать суть этих мер и случаи, в которых их следует применять? Допустимо ли применять исправительные меры к состояниям, возникшим до официального утверждения этих мер?

Есть много причин полагать, что наш подход к проблеме наркомании неверен, и что гораздо большего можно достичь с помощью медицинских и реабилитационных мер, а не уголовного права. Но для успеха программы таких реформ потребуется создать институты, необходимые для ее реализации. Недопустимо грубо втискивать подобную программу в институты, созданные с совершенно иными целями. Простое переименование не превратит тюрьму в больницу, точно так же как невозможно превратить уголовное судопроизводство в медицинское обследование просто объявив его таковым.

В праве есть и другие тенденции, которые размывают роль гражданина как субъекта, принимающего самостоятельные решения. Не последняя из этих тенденций скрывается за растущим использованием налогообложения как своего рода юридического «мастера на все руки». В последнее время налогообложение стало средством, служащим множеству косвенных целей. Налоги вводились для регулирования экономических циклов, для выявления профессиональных игроков в азартные игры, для распределения [allocation] экономических ресурсов, для дестимулирования потребления алкоголя, для изъятия в пользу государства части доходов, получаемых торговцами косметикой в результате того, что женщины готовы хорошо платить за искусственную красоту; для того, чтобы дестимулировать путешествия, чтобы расширить федеральную юрисдикцию — и еще бог знает с какими целями. Тем временем прокуроры обнаруживают, что налоговые законы предоставляют удобное средство добиться осуждения, невозможного по иным основаниям.

Неудивительно, что объект и жертва всего этого порой оказывается сбит с толку и начинает спрашивать себя о том, что ждет его впереди. Тучный гражданин, уже корящийся

себя за обжорство, может беспокоиться тем, как бы государство чего не сделало по поводу его излишнего веса. Безусловно, он скорее всего может с достаточной уверенностью предположить, что его не собираются штрафовать за слишком большой вес. Но может ли он быть уверен в том, что, хотя он никогда не летает самолетом, завтра его не сделают плательщиком особого налога на основании того, что его перевозка на субсидируемых правительством авиалиниях обходится дороже? И разве он не задаст себе вопрос, в чем, в конце концов, разница между налогом и штрафом? Его настроение тихого отчаяния вряд ли улучшится, если ему доведется узнать о том, что некий знаменитый судья Верховного суда США настаивал, что между ними нет разницы.

Я не стану подробно останавливаться на этих несообразностях современного правопорядка. Вместо этого мне хотелось бы напомнить, чего мы лишимся, если когда-нибудь из права полностью исчезнет понятие ответственности. Весь корпус права пронизан двумя повторяющимися критериями принятия решений: *виной* и *намерением*. Философское обсуждение этих понятий, породившее самые неувразумительные доводы (в том числе относительно свободы воли), в основном сосредоточено на их роли в уголовном праве. Но эти два тесно связанные друг с другом критерия играют не менее важную роль в договорном, деликтном и вещном праве. При ближайшем рассмотрении они оказываются, самыми сложными и расплывчатыми понятиями, в какой бы отрасли права они ни появлялись. Однако без них мы были бы лишены всяких ориентиров. Когда один из них неприменим, мы стремимся добиться наибольшего приближения к нему. Когда нет ясно определенного намерения, мы спрашиваем, какое намерение было бы у сторон, если бы они предвидели возникновение данной ситуации. Если кажется, что ни на одну из сторон нельзя возложить прямую вину, мы спрашиваем, у какой из них был наилучший шанс предотвратить ущерб — иными словами, какая из сторон была наиболее близка к виновности.

Обратите внимание, что происходит, когда эти два критерия и их близкие родственники оказываются совершенно неприменимыми. Так происходит в договорном праве,

когда выполнение соглашения затрудняется или его смысл в некоторой степени меняется в результате неких внешних событий, таких как отмена коронационной процессии*. В вещном праве знакомые нам критерии оказываются неприменимы, когда в дело вмешивается природа и берет контроль на себя, как в случае, когда река меняет русло, забирая двадцать акров у лица *A* и добавляя двадцать пять акров лицу *B*. В подобных случаях стороны выступают не как ответственные субъекты, а как беспомощные жертвы внешних сил. Здесь мы не можем спросить, кто был виновен и какие у сторон были намерения. Поскольку обычные наши критерии справедливости нас подводят, мы не знаем, чего она требует. Если из права полностью исчезнет взгляд на человека как на ответственный центр, из которого исходит действие, то все юридические проблемы станут подобными только что упомянутым.

ПРОБЛЕМА ПРЕДЕЛОВ ЭФФЕКТИВНОГО ПРАВОВОГО ДЕЙСТВИЯ

До сих пор в этой главе я пытался показать, что внутренняя мораль права действительно заслуживает того, чтобы называться моралью. Надеюсь, мне удалось показать, что принятие этой морали есть необходимое, хотя и не достаточное условие для реализации справедливости; что мораль эта попирается при попытке воплотить в правовых нормах слепую ненависть; и что, наконец, особая мораль права артикулирует и представляет нам взгляд на природу человека, без которого не может обойтись ни право, ни мораль.

* Речь идет о группе дел, название которой дало классическое дело *Krell v. Henry* 2 К.В. 740 (1903). К.С. Генри договорился с владельцем гостиницы Полом Креллом об аренде номера, из которого должен был открываться хороший вид на будущую коронационную процессию короля Эдуарда VII. Арендатор внес залог в размере части суммы. Цель аренды нигде не была письменно зафиксирована. Из-за болезни короля процессия была перенесена. Крелл подал иск о взыскании оговоренной суммы в полном размере. Генри, в свою очередь, подал встречный иск о возврате залога. Суд принял сторону Генри. Это дело (или его аналоги) часто рассматривается в учебных курсах по договорному праву. — *Прим. ред.*

Теперь пришло время обратиться к пределам правовой морали и к анализу ситуаций, в которых применять эту мораль неуместно и вредно.

Наше первое замечание, однако, будет касаться путаницы, которая угрожает нашему предмету. Позвольте мне привести исторический пример такой путаницы. В своем эссе «О свободе» Милль писал: «Цель настоящего исследования состоит в том, чтобы установить тот принцип, на котором должны основываться отношения общества к индивидууму, т.е. на основании которого должны быть определены как те принудительные и контролирующие действия по отношению к индивидууму, которые совершаются с помощью физической силы в форме легального преследования, так и те действия, которые заключаются в нравственном насилии над индивидуумом через общественное мнение. Принцип этот заключается в том, что... каждый член цивилизованного общества только в том случае может быть справедливо подвергнут какому-нибудь принуждению, если это нужно для того, чтобы предупредить с его стороны такие действия, которые вредны для других людей, — личное же благо самого индивидуума, физическое или нравственное, не составляет достаточного основания для какого бы то ни было вмешательства в его действия»¹⁶.

В своем знаменитом ответе Миллю Джеймс Фитцджереймс Стивен попытался опровергнуть «один простой принцип» Милля, отмечая, что британского гражданина принуждают платить налог, идущий на содержание Британского Музея — института, явно предназначенного не для защиты гражданина от вреда, а для того, чтобы сделать его лучше¹⁷.

Этот пример как раз иллюстрирует путаницу между правом в обычном смысле — как совокупности правил

¹⁶ Милль Дж. Ст. О свободе // О свободе. Антология западно-европейской классической либеральной мысли. М.: Наука, 1995. С. 295—296.

¹⁷ James Fitzjames Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), р. 16. «Принуждение к оказанию поддержки Британскому Музею, человека, не желающего это делать, составляет столь же явное нарушение принципа мистера Милля, как и религиозное преследование».

поведения, направленных на гражданина — и правительственными действиями вообще. Милль утверждает, что «физическая сила в форме *легального преследования*» не должна использоваться как прямой инструмент для улучшения гражданина. Он, конечно, не собирался утверждать, что правительство не должно использовать средства, собранные посредством налогов — при необходимости, с использованием принудительных мер — на то, чтобы обеспечить гражданину условия для самосовершенствования.

Путаница, которую Стивен привнес в свой спор с Миллем, представляет собой очень утонченный вариант. Более наглядный пример неразберихи находим в следующем отрывке из работы известного антрополога: «Право часто используется в качестве орудия законодательного всемогущества. Была предпринята попытка при помощи права превратить целую нацию в трезвенников. Она провалилась. [Пока что, отметим, все в порядке.] В нацистской Германии целая нация превращается в банду кровожадных бандитов во всемирном масштабе, действующих в том числе и посредством закона. Надеемся, что и это закончится провалом. Итальянский диктатор пытается превратить свой разумный, циничный и миролюбивый народ в храбрых героев. В некоторых штатах нашего Союза фундаменталисты посредством закона пытались сделать людей богобоязненными и страстными поклонниками Библии. Великий коммунистический Союз предпринял попытку упразднить Бога, брак и семью — и вновь с помощью права»¹⁸.

Отождествление права с любым мыслимым видом официального акта стало настолько обычным, что когда находится автор, собирающийся обсуждать, по знаменитому выражению Паунда, «пределы эффективного правового действия», нельзя быть уверенным, о чем идет речь: о попытке юридического преследования гомосексуализма или о провале попыток правительства преобразовать силы прилива в электричество в Пассамакоди.

¹⁸ Malinowski, "A New Instrument for the Interpretation of Law—Especially Primitive," *51 Yale Law Journal* 1237—1254, at p. 1247 (1942).

ПРАВОВАЯ МОРАЛЬ И РАЗМЕЩЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ

Но довольно о неудачных попытках интеллектуальной профилактики. Позвольте теперь перейти непосредственно к ситуациям, в которых внутренняя мораль права выходит за пределы принадлежащей ей территории.

Вспомните, как в первой главе я привел аналогию со своего рода шкалой, начинающейся в ее нижней части обязанностями, очевидным образом необходимыми для существования общества, и заканчивающейся наверху самыми выдающимися достижениями, на которые только способен человек. Я также говорил о невидимом указателе, отмечающем линию, где пропадает давление долга и начинается вызов совершенства. Я рассматривал надлежащее размещение указателя как основную проблему социальной философии. Если он установлен слишком низко, то сама идея долга может рассыпаться под влиянием видов мышления, подходящих лишь для более высоких уровней морали стремления. Если указатель установлен слишком высоко, жесткость долга может подавить стремление к совершенству и подменить действительно результативные действия рутинной обязательных актов.

Я полагаю, что этот образ шкалы и указателя полезен при рассмотрении пределов правительственной деятельности. В нижней части шкалы находится правительство, в целях контроля над поведением людей устанавливающее набор норм, предписывающих обязанности. На противоположном конце шкалы находится, например, президент, ведающий (по совету и с согласия сената) нашими отношениями с иностранными государствами, — отношениями, которые явно не могут определяться набором фиксированных обязывающих норм, хотя бы по той причине, что они предполагают решения со стороны держав, находящихся вне досягаемости нашего права.

Во второй главе я отмечал, что внутренняя мораль права в значительной степени является моралью стремления. В то же время ее особое качество определяется тем, что она имеет дело с созданием налагаемых правом обязанностей

и принуждением к их исполнению. Иными словами, внутренняя мораль права не является и не может являться моралью, подходящей для всех видов правительственной деятельности. Армия представляет собой порождение права, а военнослужащие в некотором смысле являются правительственными должностными лицами. Тем не менее из этого не следует, что каждый военный приказ должен подчиняться ограничениям, уместным, например, применительно к исполнению судебной функции.

Именно в области экономики обычно игнорируются трюизмы, подобные только что приведенному. Вспомним, как в первой главе я отметил, что частная экономическая деятельность осуществляется в ограничивающих рамках, задаваемых договорным и вещным правом и соответствующими видами морали. В то же время эта деятельность не может и не должна вестись в соответствии с чем-либо, напоминающим внутреннюю мораль права. Ей известен единственный общий принцип — принцип получения максимальной отдачи от использования ограниченных ресурсов. Это верно даже тогда, когда ограничения, окружающие экономический расчет, расширяются до пределов, включающих, скажем, обязательство платить минимальную заработную плату, обеспечивать те или иные меры безопасности труда и представлять дела об увольнении на рассмотрение арбитража. Такого рода обязательства служат лишь для сужения рамок, в пределах которых осуществляется экономический расчет; они не меняют его природу.

Его природа не меняется и тогда, когда само правительство напрямую участвует в экономической деятельности. Исторически социалистические экономики столкнулись с трудностями при создании осмысленной системы ценообразования. Без такой системы применение принципа предельной полезности становится делом трудным и гипотетичным. Но самого принципа это не ослабляет, поскольку он незаменим всегда и везде, когда и где люди стремятся наиболее эффективно размещать ресурсы, находящиеся в их распоряжении. И совершенно очевидно, что этот принцип не может быть реализован посредством набора норм, устанавливающих обязанности.

Все высказанные выше соображения игнорируются, когда в условиях смешанной экономики предпринимаются попытки посредством судебной или квазисудебной деятельности решить задачу экономически целесообразного размещения ресурсов. В наибольшей степени это касается Управления гражданской авиации и Федеральной комиссии по связи. По своей природе судебное решение должно опираться на открыто объявленную норму или принцип, а основание, на которое оно опирается, должно продемонстрировать некоторую преемственность во времени. Без этого соединение аргументов становится невозможным и все обычные предохранительные меры, которыми обставлен процесс принятия решения (такие как запрет частных переговоров между сторонами спора и арбитром) теряют свой смысл.

Чтобы действовать мудро, экономический агент должен принять во внимание каждое обстоятельство, имеющее значение для его решения, а для этого по собственной инициативе выяснить, какие из обстоятельств являются значимыми. По мере изменения обстоятельств его решения должны пересматриваться (полностью или частично). В отличие от этого судья действует на основе тех фактов, которые заранее считаются имеющими отношение к делу согласно объявленным принципам принятия решения. Его решение не просто направляет ресурсы и энергию: оно провозглашает права, а чтобы эти права имели смысл, они должны в некоторой мере оставаться зафиксированными, вне зависимости от меняющихся обстоятельств. Поэтому когда мы пытаемся выполнять задачи экономического управления посредством судебных или квазисудебных методов, возникает серьезное несоответствие между выбранной процедурой и проблемой, которую необходимо решить.

Лучше всего эту мысль выразил Генри Френдли в примере, приведенном в его Холмсовских лекциях, прочитанных в Гарвардском университете¹⁹. Судья Френдли говорит о «обескураживающем характере» задачи, которую конгресс возложил на Федеральную комиссию связи: «Задача,

¹⁹ Henry J. Friendly, *The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards*, Holmes Lectures, Harvard University Press, 1962.

поставленная конгрессом перед комиссией, чем-то напоминает ситуацию, в которой Совет ассоциации Метрополитен-Опера попросили бы решить — после публичных слушаний с аргументированным изложением мнения — послужит ли удобству и интересам публики, если роль примадонны на премьерном спектакле исполнит... Тебальди, Сазерленд или кто-то из лауреатов больших американских премий. Умножьте это во много сотен раз; добавьте весьма странный, на первый взгляд, элемент, заключающийся в том, что тот, кто выбран на эту роль, может передать ее любому из множества достойных претендентов; запретите совету получать рекомендации от тех, кто мог бы стать наилучшим консультантом в данном случае; далее предположите, что лица, принимающие решение, знают, что их действия с большой долей вероятности всего удовлетворят или, наоборот, вызовут недовольство тех лиц, от которых зависит, продолжат ли они выполнение своих служебных обязанностей, и которые подчас сообщают свои пожелания в то время, когда решение еще находится в процессе принятия — и вы в большей степени проникнетесь сочувственным пониманием к проблеме Комиссии» (с. 55—56).

«Сочувственное понимание», столь удачно переданное в этом отрывке, похоже, не оказало почти никакого влияния на остальную часть лекций судьи Френдли. Его претензии к федеральным регулирующим органам заключаются в том, что они в недостаточной степени уважают то, что я называю внутренней моралью права. Выделяя причины, по которым эти организации должны четко определять стандарты для своей деятельности, судья Френдли высказывает соображения, которые весьма близки к тому, что я рассматривал как составные элементы правовой морали, а в некоторых отношениях содержат полезные дополнения (с. 19—26). Однако он распространяет эти соображения огульно на весь административный процесс, не пытаясь выделить из видов экономических задач те, которые могут быть возложены на государственные организации.

Тезис, который я здесь отстаиваю, состоит в том, что экономические задачи распределения ресурсов невозможно эффективно выполнить в пределах, установленных внутренней моралью права. Попытки выполнить такие задачи

при помощи процедур судебного типа неизбежно породят неэффективность, лицемерие, моральную неразбериху и разочарование.

Полагаю, лекции судьи Френдли косвенным образом подтверждают этот тезис. Наиболее резкой критики он подвергает Федеральную комиссию по связи и Управление гражданской авиации — организации, основные задачи которых явно заключаются в распределении ресурсов. Он хвалит Национальный комитет по трудовым отношениям за ясность, с которой тот определил нечестные практики в сфере трудовых отношений, — иными словами, за способ, которым он осуществлял юрисдикцию, родственную уголовному праву и далекую от всего, напоминающего управленческое распределение ресурсов. Вообще во всех лекциях судьи Френдли видно, как его похвалы и обвинения тесно коррелируют с разграничением между распределительными и нераспределительными функциями. Однако и похвалы, и обвинения в значительной степени неуместны, если они направлены на индивидов; вместо этого их следует направить на пригодность институциональной структуры того или иного государственного органа для исполнения возложенных на него задач.

В попытке сгладить несовместимость между процедурой и назначенными функциями, от которой страдает так много государственных организаций, Эктор²⁰ и Редфорд²¹ предложили отделить (каждый по своему) функцию декларирования общих принципов от повседневных решений по конкретным случаям. Предложение Редфорда явно не встретило «сочувственного понимания» судьи Френдли, который фактически отверг его в категорической форме: «Все очень просто: я считаю, что ничего хуже придумать нельзя» (с. 153). Однако предложение отделить функцию декларирования общих принципов представляет искреннюю и разумную попытку взяться всерьез за решение проблемы приспособления институциональной структуры

²⁰ Hector, "Problems of the CAB and the Independent Regulatory Commissions," 69 *Yale Law Journal* 931–164 (1960).

²¹ Redford, *The President and the Regulatory Commissions* (1960) — отчет, представленный президентскому Комитету советников по правительственным организациям.

правительственных организаций к экономическим задачам, для которых те предназначены. Можно представить, к примеру, национальную политику увеличения добычи угля. Но никому не придет в голову, что такую политику следует вырабатывать путем судебной процедуры, втиснутой в ее обычные границы. То, как такая политика должна выглядеть в данном контексте, должно решаться в зависимости от особенностей конкретной ситуации. В этом отношении предложения Эктора и Редфорда имеют глубокий экономический смысл. Однако они не решают проблему несоответствия между институциональной ролью правительственного органа, занимающегося распределением ресурсов, и поставленной перед ним задачей. Принятие решения о том, чего требует общая экономическая политика в конкретных случаях, остается в рамках неуклюжей процедуры разбирательства. Национальная политика по увеличению добычи угля не может, к примеру, подсказать правительственному учреждению судебного типа, что следует делать: закрыть убыточные шахты или субсидировать их дальнейшее функционирование. Разумно разрешить этот вопрос можно только после исследования альтернативного использования трудовых ресурсов, высвобождающихся после закрытия [шахт], а также других возможностей использования субсидии.

Подчеркивая особую значимость функции размещения ресурсов, я, конечно, не имею в виду, что в разграничении между распределительной и нераспределительной функциями не существует градаций. Даже судебное решение, объявляющее налог неконституционным, может вызвать приток инвестиций в отрасль, которой прежде действовал налог. В теории этот побочный распределительный эффект игнорируется как не имеющий отношения к решению. Аналогичным образом административный суд может опираться на критерии, игнорирующие распределительные последствия его решений. Так поступает орган по установлению тарифов, когда в качестве критерия использует принцип нормальной отдачи на данные инвестиции. Его распределительная функция становится более явной, когда агентство принимает в качестве критерия установление тарифа, который вызовет достаточный приток капитала в ре-

гулируемую отрасль в целом. Правда, в этом случае против того, что данный тариф оказывает влияние на размещение ресурсов, может быть выдвинуто предположение, что отрасль требует «нормального» притока инвестиций (хотя, в свою очередь, более широкий взгляд на экономику может его опровергнуть). Задачи, которые первоначально имеют лишь косвенное и случайное отношение к размещению ресурсов, с изменением обстоятельств могут резко изменить свой характер, превратившись в чисто распределительные. Так произошло с Комиссией по междуштатной торговле, когда у железных дорог появились конкуренты в лице автомобильного и воздушного транспорта. Интересно, что судья Френдли хвалит некоторые из прежних решений этой комиссии (с. 27—35) и осуждает более недавние решения за отсутствие «ясных критериев» (с. 106—140).

Проблема нахождения наиболее удачной институциональной структуры для государственного регулирования экономики остается крайне острой на протяжении долгого времени. Думаю, что в будущем она обострится еще сильнее и ее масштабы увеличатся. Важнейшую инфраструктуру, например, некоторые из наших железных дорог, нужно будет как-то выводить из тяжелой экономической ситуации, которая в случае железных дорог отчасти вызвана распределительными последствиями субсидий, предоставленных конкурирующим видам транспорта — последствиями, за которые никто не несет явной ответственности. В области трудовых отношений многие опытные арбитры, которые прежде непреклонно выступали против обязательного арбитража, стали более благосклонно относиться к нему, а некоторые даже считают его неизбежным. Чуть ли не по недосмотру, обходящемуся во много миллиардов долларов, мы создали новую форму смешанной экономики в огромном секторе промышленности, зависящем от договоров с вооруженными силами. Поскольку эта новая форма предпринимательства классифицируется как «частная», она избегает тщательного надзора, которому подверглась бы прямая правительственная деятельность. В то же время глупо думать, что та форма в достаточной степени подчинена дисциплине рынка. Когда и если наши расходы на вооружения серьезно уменьшатся, произойдет крупный

сбой этого механизма. Наконец, на данный момент имеют место сдвиги, по большей части скрытые, вызываемые ростом автоматизации.

Если доверять этим предзнаменованиям будущего, становится ясно, что впереди нас ожидают беспрецедентные по масштабам и по важности проблемы институционального проектирования. В решении этих проблем юристам будет принадлежать далеко не последняя роль. Большая опасность состоит в том, что мы легкомысленно перенесем на новую ситуацию те традиционные институты и процедуры, которые уже продемонстрировали ошибки, допущенные при их разработке. Будучи юристами, мы, естественно, склонны придавать каждой правительственной функции «судебный» вид. Судебное разбирательство — это процесс, который нам хорошо знаком и позволяет продемонстрировать преимущества наших особых талантов. Тем не менее необходимо прямо взглянуть в глаза простой истине: судебное разбирательство — неэффективный инструмент для управления экономикой и для участия государства в размещении экономических ресурсов.

Можно возразить, что без гарантий, предоставляемых процедурами судебного разбирательства, правительственная власть подвержена грубым злоупотреблениям. Это опасение, вероятно, недооценивает то попечительское чувство ответственности, которое сопровождает получение осмысленного задания и разрешения выполнить его разумным способом. Сегодня алчность и жажда власти, как правило, реализуются путем использования институциональных форм, уже не оживляемых устремленностью к какой-либо ясной цели. В любом случае, при поиске институциональных гарантий от злоупотреблений нельзя ограничиваться судебными и квазисудебными процедурами в строгом смысле; следует также рассмотреть модели, явленные французским *Conseil d'État*^{*}, скандинавским омбудсменом, британским *Council on Tribunals*^{**} и комитетами цензоров, некогда учрежденными в нескольких

* Государственный совет (франц.). — Прим. перев.

** Наблюдательный Совет по административным делам. — Прим. перев.

американских штатах, причем функция цензоров состояла не в контроле за моральным поведением в частной жизни, а в постоянной готовности обнаружить злоупотребления и недостатки в правительстве.

ПРАВОВАЯ МОРАЛЬ И ПРОБЛЕМА ИНСТИТУЦИОНАЛЬНОГО ПРОЕКТИРОВАНИЯ

До сих пор при обсуждении пределов правовой морали я стремился показать, что в пределах ограничений, накладываемых этим видом морали, эффективное размещение экономических ресурсов невозможно. Это, в свою очередь, означает, что оно не может быть удовлетворительным образом осуществлено посредством процедур судебного типа. Важно отметить, что соображения, приведенные мною в поддержку этих положений, никоим образом не относятся лишь к сфере экономики в строгом смысле слова. В широком смысле экономический расчет пронизывает всю нашу жизнь. Ни одно направление творческих человеческих усилий не может быть полностью от него свободно.

Две фундаментальные процедуры принятия решения, характеризующие демократическое общество, — решение беспристрастных судей и решение голосованием электората или представительного органа. Важно помнить, что ни одна из этих процедур не может непосредственно решить важные комплексные проблемы, предполагающие широкий спектр возможных решений. Так, когда профессорско-преподавательский состав Крайст-Черч-Колледжа разошелся во мнениях относительно наилучшего проекта новой колокольни, даже математический гений Чарльза Доджсона не сумел разработать метод голосования, позволяющий разрешить возникшие разногласия²². В таких случаях и судебное решение, и большинство голосов зависят

²² Black, *The Theory of Committees and Elections* (1958), Ch. XX, "The Circumstances in which Rev. C. L. Dodgson (Lewis Carroll) Wrote his Three Pamphlets," pp. 189–213. (Эта восхитительная и несколько фрейдистская глава рассказывает о том, как неприязнь к его декану (отцу прототипа Алисы) побудила Доджсона стать первопроходцем математической теории выборов.

от некоторой предварительной процедуры, сужающей диапазон выбора. Эта процедура обычно включает ряд согласований и компромиссов среди тех, кого затрагивает окончательное решение.

Проект архитектуры правовых институтов и процедур очевидно не может быть разработан путем судебного решения. Именно по этой причине Верховный суд мудро счел находящимся вне его компетенции обеспечение выполнения конституционного положения, гарантирующего штатам республиканскую форму правления. Суд, действующий в качестве суда, не способен ни написать конституцию, ни осуществлять общий управленческий надзор за ее применением.

Решение по делу «Бейкер против Карра»²³ представляет собой ставку на то, что внесудебные процедуры политического урегулирования и компромисса сделают вопрос, так сказать, удобоваримым для Верховного суда. По моему мнению, исполняя обязательство, которое он взвалил на себя в деле «Бейкер против Карра», в будущем Верховный суд будет вынужден следовать «тесным» средним курсом. Если он установит слишком жесткие и всеобъемлющие стандарты, они подавят необходимые предварительные процедуры урегулирования и компромисса. Если же эти стандарты будут слишком широки, то такие процедуры вряд ли приведут к решению, приемлемому для Верховного суда.

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНОЕ ПРОЕКТИРОВАНИЕ КАК ПРОБЛЕМА МИНИМИЗАЦИИ ИЗДЕРЖЕК

Эти последние замечания, как и всё эссе в целом, основаны на допущении, что подобно тому, как в своих действиях человек ограничен рамками, поставленными физической природой, он точно так же ограничен в доступных ему вариантах выбора форм социальной жизни. Здесь, как и везде, он сталкивается с редкостью и вынужден управлять доступными для него ресурсами со сноровкой и осмотрительностью.

²³ *Baker v. Carr*, 82 Sup. Ct. 691 (1962).

Возможно, я ломлюсь в открытую дверь, но позвольте проиллюстрировать идею, которую я пытаюсь обосновать, чисто гипотетическим случаем. Предположим, что родители учеников, посещающих среднюю школу, не удовлетворены методом, в соответствии с которым некоторым ученикам отказывают в переходе в следующий класс и они вынуждены оставаться на второй год. Неудовлетворенность родителей имеет двойной характер: 1) они не уверены в правильности решений, принятых по этому вопросу: ходят слухи о фаворитизме и небрежности в изучении отметок; 2) родители думают, что в любом случае отказу в переводе в следующий класс придается слишком много значения, и позорное клеймо второгодника несоизмеримо необходимости повторно пройти программу учебного года. Для удовлетворения первого протеста родители требуют, чтобы все рекомендации по оставлению на второй год по результатам оценок учителя представляли бы на рассмотрение старших преподавателей, которые для вынесения окончательного решения будут следовать судебным процедурам, на которых позволят присутствовать родителям детей, чья судьба решается, и откроют для них доступ ко всем материалам, имеющим отношение к делу. Для удовлетворения второго возражения родители требуют совместных усилий по ослаблению тяжести позора, сопровождающего отказ в переводе в следующий класс, в частности, чтобы все учителя старались минимизировать значение принятого решения при обсуждении случаев оставления на второй год.

Очевидно, что эта программа объединяет элементы, в значительной степени несовместимые. Искусность и такт в управлении программой могут смягчить то противоречие, но при этом в целом останется верным то, что чем более эффективными станут процедурные гарантии против ошибок и фаворитизма, тем более однозначным станет указующий перст позора, направленный на второгодников. Публичная процедура может защитить ученика от несправедливости, но отнимет утешение в виде веры в то, что те, кто оставили его на второй год не ведали, что творят.

Подобные проблемы сравнительной оценки издержек пронизывают всю нашу правовую и политическую жизнь.

К примеру, если спросить: «Сколько усилий следует потратить, чтобы быть уверенным, что никто никогда не будет осужден за несовершенное преступление?» — ответ, вероятно, будет стремиться к абсолюту, и можно даже предположить ответ, что когда на карту поставлены фундаментальные права человека, столь непристойный вопрос о каких-то расчетах совершенно неуместен. Однако проблема предстает в совершенном ином свете, когда мы задумываемся над тем, что для того, чтобы быть уверенным в правильности решения, мы должны тратить такой редкий ресурс, как время, и что слишком долгое откладывание верного решения может принести самому обвиняемому больше вреда, чем быстро принятое ошибочное решение. И тогда мы начинаем понимать, что даже в этом случае мы вынуждены производить расчет, который является в широком смысле «экономическим», даже если денежные затраты совершенно не принимаются во внимание.

Будет большой ошибкой рассматривать вопросы проектирования и администрирования наших институтов как только лишь проблему взвешивания материальных целей относительно друг друга. Потому что институты сами по себе обладают целостностью, которую следует соблюдать, чтобы они вообще были работающими. Я весьма пространно развил эту мысль в связи с внутренней моралью права. В следующем отрывке из Генри Харта эта идея корректно перенесена на институты и процедуры в целом: «В уголовном праве, как и во всем праве, вопросы о действии, которое должно быть предпринято, вовсе не находятся в институциональном вакууме. Они возникают в контексте некоторой устоявшейся и конкретной процедуры принятия решения: в конституционном собрании, в законодательном органе, в прокуратуре, в суде, на который возложено установление вины и невиновности, в суде, выносящем приговор, в комиссии по досрочному освобождению и т.д. Это значит, что каждый орган, принимающий решение, должен отдавать себе отчет в занимаемом им месте в системе институтов и в необходимости обеспечения целостности и работоспособности системы в целом. Иными словами, комплекс институциональных целей должен обслуживаться в той же мере, что и комплекс материальных социаль-

ных целей. То, что каждый принимающий решения орган, должен принимать именно те решения, принятию которых лучше всего соответствует его место в институциональной структуре, является аксиомой»²⁴.

Хотя профессор Харт ссылается прежде всего на уголовное право, он ясно дает понять, что рассматриваемые им проблемы касаются всей совокупности правительственных органов в целом. По уже упоминавшимся причинам я полагаю, что проблемы правильного проектирования и координации наших правовых институтов в ближайшие годы безусловно обострятся. Их решение потребует серьезных совместных усилий тех, кто достаточно компетентен, чтобы их понять. Возникнет настоятельная потребность в чем-то подобном духу цикла статей «Федералист»^{*} — духу пытливости и вместе с тем созидательности.

К сожалению, нашему теперешнему интеллектуальному климату очень недостает этого духа. С одной стороны, есть компетентные ученые, которые отрицают само существование проблем институциональной структуры. Их программа состоит в максимальном использовании власти правительства — не вникая в ее моральные источники — для любых целей, признанных актуальными в данный момент. С другой стороны, существуют те, кто, если говорить в моих терминах, связывает эти проблемы с моралью долга, а не с моралью стремления. Они противятся предположениям о том, что для решения этих проблем требуется нечто вроде экономического расчета или приложения принципа предельной полезности. Твердо защищая эти позиции, они считают тех, кто с ними не согласен, не просто людьми ошибающимися, а беспринципными и безнравственными.

К счастью, противоречия зашли не так далеко, как может показаться из только что приведенного описания. Можно надеяться, что будущее приведет к дальнейшему сближению крайностей, поскольку способность разрабатывать институты и процедуры для решения возникающих

²⁴ Н. Л. А. Hart, "The Aims of Criminal Law," 23 *Law and Contemporary Problems* 401—441, at p. 402 (1958).

^{*} Федералист: Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. М.: Прогресс—Литера. 1993. — Прим. ред.

проблем представляет собой главное отличительное свойство цивилизованного общества. В любом случае такая способность и есть тот основной инструмент, при помощи которого у цивилизации есть надежда выжить в радикально меняющемся мире.

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ МОРАЛЬНОГО СООБЩЕСТВА

До сих пор я обходил молчанием основной вопрос. Вот тот вопрос: кого охватывает моральное сообщество — то, в рамках которого люди имеют долг друг перед другом и могут осмысленно разделять друг с другом свои стремления? На простом и прямолинейном современном жаргоне этот вопрос звучит так: кого считать членом группы «своих»?

Эта проблема волновала всех философов-моралистов. В функционирующем сообществе, скрепляемом узами взаимных интересов, задача составления морального кодекса не представляет сложностей. В этой ситуации сравнительно просто распознать определенные правила ограничения и сотрудничества, которые совершенно необходимы для удовлетворительной жизни в пределах сообщества и для успеха сообщества в целом. Но эта надежность морального суждения имеет свою цену, поскольку если не существует рациональных принципов для определения того, кого следует включать в сообщество, то и сам внутренний кодекс основывается на том, что представляется по существу произвольной посылкой.

Существует ли решение этой дилеммы? Если да, оно не может быть почерпнуто из морали долга, которая по существу представляет собой мораль группы «своих». Она предполагает, что люди живут в контакте друг с другом либо связаны явными отношениями взаимности, либо отношениями неявной кооперации, воплощенными в формах организованного общества.

Однако решение может быть найдено в морали стремления. Самое красноречивое выражение этой возможности мы находим в Библии. Мораль долга, изложенная в Ветхом Завете, включает заповедь «Возлюби своего ближнего как самого себя». В Новом Завете описывается столкновения

законника и Иисуса по поводу этой заповеди²⁵. Законник, считавший, что этот пассаж содержит трудность, пожелал испытать силу Иисуса в толковании священных текстов. Он спросил: «А кто мой ближний?» [Лк 10, 29].

В этом случае Иисус не отвечает: «Каждый человек — твой ближний; ты обязан любить всех людей и везде, даже врагов своих». Вместо этого он рассказывает притчу о добром самаритянине. Некий человек был избит разбойниками, которые оставили его полумертвым. Двое собратьев из его сообщества прошли мимо него, не предложив помощи. Затем один из презренных самаритян — определенно принадлежавший к внешней группе — перевязал его раны и позаботился о нем. Иисус завершает притчу вопросом: «Кто из этих троих, думаешь ты, был ближний попавшемуся разбойникам?» [Лк 10, 36].

Полагаю, значение этой притчи не в том, что в моральное сообщество следует включать всех, а в том, что следует стремиться увеличивать это сообщество при каждой возможности, и в конечном счете включить в него всех людей доброй воли.

Но здесь все же остается определенная сложность. Мораль стремления говорит словами не приказа, но похвалы, доброго совета и поощрения. Неужели для решения вопроса о принадлежности к моральному сообществу не существует более твердого основания?

Мне кажется, для одной ситуации такое основание существует. Я изложу эту ситуацию абстрактно, хотя она отнюдь не гипотетична. Пусть в некотором политическом обществе есть люди, про которых обычно говорится, что они принадлежат к различным расам. Эти люди жили рядом много лет. Каждая группа обогатила язык, мышление, музыку, юмор и художественную жизнь другой группы. Вместе они породили общую культуру. Существует ли моральный принцип, который способен категорически осудить проведение разделяющей линии между ними и воспрепятствовать одной группе доступа к основным жизненным благам, на которых может быть построена благополучная и достойная жизнь?

²⁵ Лк 10, 25—37.

Я полагаю, что да, существует. В этом случае мораль стремления говорит на языке столь же категоричном, как и язык морали долга, так что в этой точке различие между двумя этими видами морали исчезает. В конце концов, мораль стремления представляет собой мораль *человеческого* стремления. Она не может отказать людям в том, что они люди, не отрекаясь от самой себя.

В Талмуде есть отрывок, гласящий: «Если я не для себя, то кто для меня? Если я только для себя, то что я?»²⁶ Применяв множественное число, получим: «Если мы не для нас, то кто для нас? Если мы только для нас, то что мы?». Какой бы ответ мы ни дали на последний вопрос, он должен основываться на послышке, что мы прежде всего люди. Если мы вынуждены уточнять этот наш ответ, добавляя к своему собственному титулу некоторый биологический признак, значит, мы отказываем самим себе в человеческом качестве в попытке отказать в нем другим и оправдать такой отказ.

МИНИМАЛЬНОЕ СОДЕРЖАНИЕ МАТЕРИАЛЬНОГО ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА

В поиске ответа на вопрос, возможно ли, чтобы от морали стремления исходило нечто более категоричное, чем просто совет и поощрение, я пока что пришел к тому, что, поскольку мораль стремления необходимо представляет собой мораль *человеческого* стремления, она не может отказать в человеческом качестве тому, кто является человеком, не лишившись собственной целостности. Можно ли сказать что-то сверх этого?

Проблему можно сформулировать и иначе. В третьей главе я трактовал то, что назвал внутренней моралью права, как разновидность естественного права. Однако это процедурный или институциональный вид естественного права, хотя, как я изо всех сил старался показать в данной главе, он затрагивает и ограничивает материальные цели, которые можно достичь при помощи права. Но можно ли

²⁶ Aboth, Ch. 1, Mishnah 14.

вывести какое-либо положение естественного права, которое по своему качеству является материальным, а не процедурным, непосредственно из морали стремления?

В книге «Понятие права» Г. Л. А. Харт представляет то, что он называет «минимальным содержанием естественного права» (с. 189—195). Начав с единственной цели выживания человека, понимаемого как функционирование в рамках определенных наложенных извне условий, Харт с помощью процедуры, которую я называю целенаправленной импликацией [purposive implication], выводит достаточно полный набор норм, которые можно назвать нормами естественного права. То, что он разрабатывает в своем интересном рассуждении, является своего рода минимумом морали долга.

Как и всякая мораль долга, этот минимум естественного права ничего не говорит о том, кто будет включен в сообщество, которое принимает и стремится совместно реализовать общую цель выживания. Короче говоря, отсутствует ответ на вопрос: «Кто выживет?» Харт не ставит перед собой задачи дать на него ответ. Он просто замечает, что «мы интересуемся социальным устройством, обеспечивающим длительное существование, а не предназначенным для клуба самоубийц».

В обоснование этой отправной точки Харт выдвигает причины двух типов. Первый равносителен утверждению, что выживание является необходимым условием любого человеческого блага. Против этого суждения нечего возразить.

Но, в дополнение к тому, чтобы рассматривать выживание как первейшее условие для всех других человеческих благ, Харт выдвигает второй набор причин — причин совершенно иного порядка. Он утверждает, что люди совершенно справедливо считали, что в «ограниченной цели выживания» заключается «центральный и бесспорный элемент, придающий эмпирическую осмысленность терминологии естественного права». Далее он утверждает, что в основе телеологических элементов, пронизывающих все моральное и правовое мышление лежит «неявное допущение о том, что надлежащая цель человеческой деятельности состоит в выживании». Он замечает, что «подавляющее

большинство людей действительно желают жить, даже ценой ужасных страданий».

Я утверждаю, что в этих утверждениях Харт вступил на зыбкую почву. Он больше не заявляет, что выживание является необходимым условием для достижения других целей, а говорит, что оно составляет сущностный и центральный элемент всех человеческих устремлений. С этим, на мой взгляд, согласиться нельзя. Как давным-давно заметил Фома Аквинский, если бы главная цель капитана состояла в том, чтобы сохранить корабль, он бы навсегда остался в порту²⁷. Что до положения, будто подавляющее большинство людей хочет выжить даже ценой ужасных страданий, то истинность его представляется мне сомнительной. Будь это правдой, я сомневаюсь, что оно имело бы какое-либо отношение к моральной теории.

Поиск Хартом «центрального и бесспорного элемента» в человеческих стремлениях ставит вопрос о том, может ли он вообще привести к успеху. Я считаю, что, если бы мы были вынуждены выбирать принцип, который поддерживает и питает устремления человека, мы нашли бы его в задаче поддержания общения с другими людьми.

Во-первых, — оставаясь в границах собственных доводов Харта — человеческий род сумел просуществовать до настоящего времени благодаря своей способности к общению. В соперничестве с другими созданиями, зачастую более сильными, чем он, и порой наделенными более острыми органами чувств, человек до настоящего времени остается победителем. Он победил благодаря тому, что способен добывать и передавать знания, а также тому, что он может сознательно и намеренно координировать свои действия с другими людьми. Если в будущем человеку удастся выжить, преодолев собственные способности к саморазрушению, это произойдет благодаря тому, что он может общаться и достигать взаимопонимания с себе подобными. И наконец, я сомневаюсь, что большинство из нас сочло бы желательным выживание в условиях, так сказать,

²⁷ *Summa Theologica*, Pt. I—II, Q. 2, Art. 5. «Следовательно, сохранение вверенного ему корабля не является конечной целью капитана, так как корабль предназначен для другого в качестве его цели, а именно для плавания».

растительного существования без осмысленного контакта с другими человеческими существами.

Коммуникация есть нечто большее, чем способ оставаться в живых. Это способ быть живым. Именно посредством коммуникации мы наследуем достижения человеческих усилий в прошлом. Возможность коммуникации может примирить нас с мыслью о смерти, убедив в том, что наши достижения обогатят жизнь тех, кто придет после нас. В зависимости от того, как и когда мы совершаем коммуникацию друг с другом, могут расшириться или сузиться пределы самой жизни. По словам Витгенштейна, «пределы моего языка суть предела моего мира».

Итак, если бы меня спросили о том, как распознать центральный и неоспоримый принцип того, что можно назвать материальным естественным правом — Естественным Правом с большой буквы — я бы нашел его в указании: устанавливать, поддерживать и охранять целостность каналов коммуникации, посредством которых люди передают друг другу то, что они воспринимают, ощущают и желают. В этом вопросе мораль стремления предлагает не просто добрый совет и вызов, побуждающий стремиться к совершенству. Здесь она говорит тем повелительным голосом, который мы привыкли слышать от морали долга. И если люди прислушаются, то этот голос, в отличие от морали долга, будет слышен поверх границ и барьеров, которые сегодня отделяют людей друг от друга.

ГЛАВА V

ОТВЕТ КРИТИКАМ

В своих размышлениях, которые предшествовали решению добавить к данной книге эту главу, я отдавал себе полный отчет о доводах «против». Мои наблюдения говорили, во-первых, что автор оказывает себе дурную услугу, пытаясь защитить свой труд от критических рецензий. Преимущества рецензента в том, что роль совершенно понятна. В соответствии с ожиданиями читателей он исполняет партию решительного обвинителя, а если он достаточно справедлив и придерживается фактов, то ему с радостью простят изрядную долю заступничества, что послужит конечной цели выяснения истины.

Автор, защищающий свой труд, сталкивается с совершенно иным спектром ожиданий. Он выпустил свою книгу, уже использовал предоставленную ему возможность высказаться перед судом и теперь ему, по-видимому, подобает спокойно ожидать вердикта умного и непредвзятого читателя. Более того, любой ответ на критические рецензии скорее всего лишь запутает дело, перемешивая обвинения в неверной интерпретации с новыми формулировками того, что автор, по его утверждениям, хотел сказать, неуклюже перемежая оборону и контратаки и заканчиваясь туманными намеками на то, что лишь недостаток места не позволяет ему со всей очевидностью показать, насколько глубоко ошибаются его критики. Одним словом самооправдания всегда мучительны для всех участвующих сторон. В моей профессии существует поговорка, что в самом невыгодном свете адвокат выглядит, когда защищает самого себя.

В моем случае имеется еще и тот довод, что любой «Ответ критикам» будет означать продолжение спора между мной и Г. Л. А. Хартом, длящегося уже более десятилетия. Он начался, когда профессор Харт издал свою Холмсовскую лекцию, прочитанную в Гарвардской школе права в апреле 1957 г.¹ В этой лекции он предпринял попытку защитить

¹ "Positivism and the Separation of Law and Morals," 71 *Harvard Law Review* 593–629 (1958).

правовой позитивизм от критики, высказанной мной и некоторыми другими авторами. Первой попыткой контрудара стал мой критический комментарий на эту лекцию². Третий раунд был отмечен публикацией книги Харта «Понятие права», четвертый раунд состоял в выходе первого издания настоящей книги, а пятый раунд состоялся, когда Харт опубликовал свою рецензию³. Представляется, что в некоторой точке этот обмен мнениями должен завершиться. *Interest reipublicae ut sit finis litium**. По замечанию Эрнеста Нагеля, в ходе четвертого и пятого раундов спора, имевших место в 1958 и 1959 гг., «в ответах на возражения против возражений обычно мало пищи для ума»⁴.

Последним сдерживающим фактором послужила, конечно, многочисленность отзывов и рецензий и разнообразие выраженных в них мнений⁵, не говоря уже о выступлениях на состоявшемся 2 апреля 1965 г. симпозиуме⁶ или высказанных походя оценках книги в статьях, посвященных более общим вопросам⁷. Чтобы отдать должное всем

² "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart," 71 *Harvard Law Review* 630—672 (1958).

³ 78 *Harvard Law Review* 1281—1296 (1965).

* В интересах республики покончить с этим (лат.). — Прим. перев.

⁴ Ernest Nagel, "Fact, Value and Human Purpose," 4 *Natural Law Forum* 26—43, at p. 26 (1959).

⁵ Список из 46 рецензий см. на с. 287—288.

⁶ "The Morality of Law — A Symposium," 10 *Villanova Law Review* 631—678 (1965). Individual contributions were Murray, Introduction to the Morality of Law," 624—630; Dworkin, "The Elusive Morality of Law," 631—639; Cohen, "Law, Morality and Purpose," 640—654; Fuller, "A Reply to Professors Cohen and Dworkin," 655—66; with comments by John E. Murray, Jr., 667—670; E. Russell Naughton, 671—672; Francis H. Parker, 673—675; and Donald A. Giannella, 676—678.

⁷ Anastaplo, "Natural Right and the American Lawyer," *Wisconsin Law Review* 322—543 (1965); Dworkin, "Philosophy, Morality, and Law — Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim," 113 *University of Pennsylvania Law Review* 668—690 (1965); Hughes, 1964 *Annual Survey of American Law — Jurisprudence* (1965), New York University, pp. 693—697; King, "The Concept, The Idea, and The Morality of Law," *Cambridge Law Journal* 106—28 (1966); Lewan, "Die Rechtsphilosophie Lon Fullers," *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, 377—413 (1966); Sturm, "Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory," 18 *Stanford Law Review* 612—39 (1966).

вопросам, поднятым в рецензиях и комментариях, эта глава должна быть действительно очень длинной.

Несмотря на высказанные выше опасения, я решил в этой новой и заключительной главе не только продолжить мой спор с Хартом, но и ответить некоторым другим критикам. Это решение обусловлено несколькими соображениями.

Одно из них связано с некоторыми утверждениями, содержащимися в рецензии Харта. В первом абзаце он отмечает, что, возможно, «наши отправные точки и интерес к правоведению настолько различаются», что мне и ему «не суждено понять трудов друг друга». По мере того как появлялись критические рецензии на мою книгу, я все яснее и яснее осознавал степень, в которой этот спор действительно зависит от «отправных точек», — не от того, что сказали его участники, а от того, говорить о чем они посчитали ненужным, не от сформулированных принципов, а от подразумеваемых посылок. Поэтому мне показалось, что эти подразумеваемые послышки следует выразить более адекватным образом, чем до сих пор делала каждая из сторон.

Еще одним стимулом к тому, чтобы предпринять и усилия, стали заключительные слова рецензии Харта, где, как мне кажется, он сам намекает на то, что он считает фундаментальными различиями в наших с ним «отправных точках»: «Вот что я скажу в заключение: достоинства и недостатки этой книги проистекают из одного и того же источника. Ее автор всю свою жизнь был влюблен в понятие цели [purpose], а эта страсть, как и любая другая, может как вдохновить человека, так и ослепить его. Я попытался показать что эта страсть оказала на автора именно такое, двойственное влияние. Вдохновение настолько важно, что я бы не хотел, чтобы он порывал свой давний союз с этой *idée maitresse**. Но я бы желал, чтобы эти высокие романтические отношения вошли в более спокойную колею. Когда это произойдет, многие его читатели почувствуют снижение накала, но оно с лихвой будет возмещено усилением яркости света»⁸.

* Руководящая идея (франц.). — Прим. перев.

⁸ 78 *Harvard Law Review* (1965), p. 1295–1296.

Я принимаю эту любовную метафору (которая, впрочем, излишне красочна на вкус ее жертвы), как законный литературный прием. Если я правильно понимаю, Харт пытается сказать, что я придаю слишком большое значение понятию цели, и было бы лучше, если бы в своих построениях я отводил ему меньше места. С моей точки зрения, Харт слишком преуменьшает значение цели: он исходит из позитивистского заблуждения, согласно которому мы получим некий выигрыш (несформулированный и неанализируемый), если будем относиться (насколько это возможно) к целенаправленным установлениям так, как если бы они не служили никакой цели.

Другое событие, побудившее меня к написанию «Ответа критикам», произошло в ноябре 1966 г., когда появилась статья, объявляющая о возникновении новой школы в философии права под названием «новое аналитическое правоведение»⁹. Признанным лидером этого направления является Г. А. А. Харт. Сама школа описывается как «менее позитивистская», нежели ее предшественники, хотя говорится, что большинство ее членов придерживаются ключевого для позитивистов положения, в соответствии с которым «право как оно есть может быть четко отделено от права, каким оно должно быть». Неспециалисту это суждение покажется слишком очевидной истиной, не оправдывающей развевающегося над ней философского флага, а юриста, искушенного в проблемах толкования, оно наведет на мысль о массе проблем, на которые в статье Саммерса нет и намека.

Хотя в заключении своей статьи Роберт Саммерс утверждает, что «профессиональный интерес к новому аналитическому правоведению с каждым годом растет», он, судя по его статье, затрудняется сформулировать, в чем заключается философское кредо, объединяющее новое направление в юриспруденции. Мне кажется, я мог бы ему в этом помочь. Согласно Саммерсу, представителями нового аналитического правоведения являются Генри Харт, Рональд Дворкин и он сам. Он также считает, что

⁹ Summers, "The New Analytical Jurists," 41 *New York University Law Review* 861–896 (1966).

Маршалл Коэн как философ мыслит и пишет в духе, близком этой школе. Эти четыре автора написали около девяноста страниц критических комментариев к моей книге. Я могу засвидетельствовать поразительную одинаковость их реакции: целые абзацы можно переносить из одного текста в другой без сколько-нибудь заметного разрыва в последовательности мысли. Очевидно, что здесь мы также имеем дело не с эксплицитными теориями, а с тем, что Харт назвал «отправными точками». В последующем изложении я сделаю попытку определить эти отправные точки яснее, чем это смогли сделать сами новые аналитические правоведы.

СТРУКТУРА АНАЛИТИЧЕСКОГО ПРАВОВОГО ПОЗИТИВИЗМА

Здесь я попытаюсь четко сформулировать базовые интеллектуальные убеждения, лежащие в основе аналитического правового позитивизма. Прилагательное «аналитический» означает, что я исключаю из рассмотрения позитивизм, основанный на понятии поведенческой модели, вроде того, в рамках которого в период расцвета движения под названием «американский правовой реализм» было предложено определять право как «модели поведения судей и других должностных лиц»¹⁰. Кроме того, термин «аналитический» подходит для характеристики интеллектуального стиля, который находит большее удовлетворение в рассмотрении вещей по отдельности, чем в изучении того, каким образом они связаны и взаимодействуют друг с другом; аналитические позитивисты действительно мало интересуются выделением элементов неявной взаимозависимости, которые, пусть и несовершенно, порождают то, что мы отнюдь не случайно называем правовой *системой*.

К числу приверженцев того стиля мышления, описание которого я постараюсь представить на суд читателей, в целом можно отнести Остина, Харта и Кельзена. Представляя этот стиль мышления, я лишь изредка буду касаться

¹⁰ Ссылки на правовой реализм, основанный на понятии поведенческой модели [behavior-pattern legal realism], можно найти в моей книге *The Law in Quest of Itself* (1940, 1966), pp. 53–57.

внутренних споров, которые ведут между собой представители позитивистского направления. Поэтому, ограничившись лишь основными «отправными точками», формирующими позитивистское кредо, я бы выделил пять таких предпосылок.

Первая: аналитический позитивист рассматривает право как одностороннюю проекцию власти, исходящую от наделенного властью источника и направленную на гражданина. Такая позиция не выделяет молчаливое сотрудничество между законодателем и гражданином в качестве существенного элемента в процессе создания правовой системы: право рассматривается просто как воздействие на гражданина — добродетельное или аморальное, справедливое или несправедливое, смотря по обстоятельствам.

Вторая: позитивистская философия интересуется не тем, что представляет собой или что делает право, а тем, откуда оно проистекает. Основной вопрос позитивистской философии права можно сформулировать следующим образом: *кто* может создавать право? Внутренние споры школы правового позитивизма связаны почти исключительно с проблемой определения принципа или принципов, в соответствии с которыми происходит наделение полномочиями творить закон. Так, по Остину, «суверен есть один или многие, пользующиеся обычаем повиновения», Кельзен постулирует *Grundnorm**, а Харт «эмпирически» обосновывает «правило признания»¹¹. Разумеется, позитивисты могут признавать, что полномочному законодателю может не хватать власти принимать определенные виды законов, как это бывает, к примеру, в тех случаях, когда

* Базовая норма (нем.). — Прим. перев.

¹¹ Ни здесь, ни в других своих работах я не подвергал критическому рассмотрению концепцию «правила признания» Харта. Ее анализ заинтересованный читатель найдет в статьях Сарториуса и Дворкина: Sartorius, "The Concept of Law," *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 161—190 (1966); Dworkin, "The Model of Rules," 35 *University of Chicago Law Review* 14—46 (1967). Из этих статей становится ясно, что правило признания ни в коей мере не является столь простой идеей, как могло бы показаться со слов самого Харта. Вопрос о том, каким образом это понятие может быть установлено «эмпирически», а не «постулировано» подобно «базовой норме» Кельзена, остается в значительной степени неисследованным и необъясненным.

писаная конституция устанавливает некоторые ограничения на действия законодательной власти. Но ни один современный позитивист не поставит в центр своей теоретической системы ограничения, содержащиеся в «правовой работе» как таковой, заимствуя излюбленное выражение Карла Ллуэлина.

Третья: правовой позитивист в сущности не считает, что законодатель занимает определенную должность, выполняет специфическую функцию или играет особую роль. Если мы говорим об исполнении им некоей роли, то тем самым неявно подразумеваем, что эта роль должна согласовываться со взаимодействующими ролями других людей, включая обычного гражданина. Такой подход поставил бы под угрозу попытку рассматривать право как одностороннюю проекцию власти.

Четвертая: поскольку законодатель не рассматривается как человек, играющий особую, ограниченную роль, исполнение его функций не может быть связано с чем-либо, что могло бы быть названо «ролевой моралью». Разумеется, рядовой юрист является связан этическим кодексом, регулирующим его взаимоотношения с клиентами, коллегами - юристами, судами и публикой. Этот кодекс не просто подтверждает моральные принципы, регулирующие человеческое поведение в целом: он устанавливает набор особых стандартов, применяемых к выполнению особой социальной функции. Однако в позитивистской философии нет места для аналогичного этического кодекса, который регулировал бы выполнение роли законодателя. Если законодатель издает акты, которые Харт называет «несправедливыми» законами, то он, конечно, нарушает нормы общей морали, но не существует особой морали, которая была бы применима к его труду как таковому.

Полагаю, нет нужды специально останавливаться на том, что указанные четыре элемента позитивистского мышления являются взаимосвязанными: каждый из них в некотором смысле подразумевает остальные. Их можно суммировать следующим образом: позитивист не признает, что в функционировании правовой системы имеется нечто такое, что можно назвать *социальным измерением*. Позитивист видит закон в момент его издания законодателем

и затем в точке его воздействия на субъекта права. Взаимодействие между законодателем и гражданином выпадет из поля его зрения, и в итоге позитивист не в состоянии понять, что формирование эффективного взаимодействия между ними является одним из ключевых элементов права как такового.

Я до сих пор не упомянул о *пятом*, центральном догмате позитивистского кредо. Он заключается в убеждении, что ясное мышление невозможно, если мы не проводим четкого разделения между целенаправленным усилием, которое ведет к созданию права, и правом, появляющимся в результате этого усилия. Этот аспект позитивистской философии, которому она собственно и обязана своим названием, может показаться не связанным с другими. Однако он имеет к ним самое непосредственное отношение.

Труднее всего удерживать позитивистский подход к реальности при рассмотрении взаимодействий между людьми. И наоборот, затруднения, связанные с позитивистским подходом, сводятся к минимуму всякий раз, когда человеческую деятельность можно обоснованно рассматривать как однонаправленный процесс. Если *A* пытается достичь некоторой цели посредством воздействия на бездействующего *B*, то с тем или иным успехом можно провести различие между целью *A* (тем, чего он пытается достичь) и результатом его деятельности (некоторым изменением во внешнем мире). Если *A* — хирург, оперирующий находящегося под анестезией *B*, то можно сказать, что *A* пытается достичь некоторого конкретного результата, и можно задать вполне осмысленный вопрос о том, какого результата он на самом деле достиг. Безусловно, если сам я не хирург, то, наблюдая за операцией, могу не до конца понимать происходящее: определенные движения рук хирурга, используемые инструменты и другие детали могут пройти мимо моего внимания. Все эти подробности имели бы значение для другого хирурга, наблюдающего за теми же самыми действиями, просто потому, что он был бы способен воспринимать смысл происходящего и понимать его целевую составляющую — иначе говоря, знать ответ на вопрос «для чего». Но если оставить в стороне ограниченность моего понимания, я все же смогу настаивать на том,

что даже как дилетанту мне, по крайней мере в общих чертах, ясна цель операции, и что эта цель представляет собой нечто принципиально отличное от конкретного результата операции независимо от того, будет ли этот результат рассматриваться как успех или провал с точки зрения той цели, которую ставил перед собой хирург.

Однако предположим, что не A оказывает воздействие на бездействующего B , а A и B — два лица, сознательно и активно взаимодействующие друг с другом. Например, A и B могут быть заняты реализацией совместного проекта. Они еще не договорились об условиях своего сотрудничества, но с началом предприятия они начинают вырабатывать ходе переговоров (как явно, посредством слов, так и неявно посредством действий) своего рода конституцию, регулирующую их отношения друг с другом. Каждый из них упорядочивает свои слова, жесты и действия в соответствии со своими предположениями о том, к чему стремится другой, а отчасти также в соответствии с тем, что, по его предположениям, думает другой об устремлениях *его самого*. Здесь из взаимодействия сторон не возникает никаких фактических данностей, которые можно сопоставить с целями, ставшими причиной соответствующих действий. Качество и условия возникших отношений сторон — если хотите, их «законы» — конституируют важную социальную реальность, но эта реальность создана и поддерживается целеустремленными усилиями, а также тем, как каждый из участников интерпретирует цели и интересы другой стороны.

Мысль, которую я пытался донести в предыдущих абзацах, весьма красноречиво выражена в следующем отрывке из сочинения по интеракционистской социологии: «Реальность в нашем специфически человеческом мире не есть нечто стабильное и неизменное, она хрупка и подвержена конфликтам; она является предметом дебатов, компромиссов и законодательства»¹².

Вот почему я полагаю неслучайным тот факт, что элементы взаимодействия, которые создают право и наделяют его смыслом, оказались отодвинуты в сторону и в зна-

¹² McCall and Simmons, *Identities and Interactions* (1966), p. 42.

чительной степени игнорируются аналитическим позитивистом. В противном случае у него возникли бы серьезные проблемы с поддержанием основ своего символа веры.

Вышеприведенные замечания были предложены вниманию читателя вовсе не в надежде на то, что они могут стать основанием для решения так называемой проблемы дихотомии факта и ценности. Я представил эти замечания на суд читателя только лишь для того, чтобы обратить внимание на связь этого вопроса с другими базовыми предпосылками позитивизма. Если при этом я искажил позицию позитивистов в целом либо взгляды отдельных позитивистов, особенно тех, кто относит себя к новым аналитическим правоведам, я прошу меня поправить. Вскрытие неявных предпосылок, на которых базируются теоретические взгляды твоего коллеги, — занятие крайне рискованное и неблагодарное, но делать это порой необходимо, если мы вообще стремимся к налаживанию эффективной коммуникации.

Прежде чем перейти непосредственно к моему «Ответу», следует дополнить вышеприведенное изложение характеристикой двух интеллектуальных направлений, которые, по моему мнению, в значительной степени повлияли на появление и формирование мышления школы нового аналитического правоведения. Одно из них — философия обыденного языка, связанная с именем Дж. Л. Остина; другое — утилитаризм.

Философия обыденного языка в основном занимается выявлением и прояснением различий, укорененных в повседневном словоупотреблении. Складывается впечатление, что вне зависимости от того, к какой области относятся обнаруживаемые различия, существует нечто вроде презумпции того, что они подтвердят свою обоснованность и полезность и что, как только эти различия сформулированы, нет нужды идти дальше. Ярким примером применения этого метода может служить пристальный интерес Харта к различению между «быть обязанным» и «иметь обязательство». С помощью этого метода был получен ряд полезных наблюдений. Вне всякого сомнения, глубины повседневной речи таят в себе много невысказанной и утонченной мудрости. Однако приверженцы данного метода часто рассматривают в качестве самоцели то,

что должно быть полезным дополнением к философскому размышлению. Как отмечал Стюарт Хэмпшир, по-видимому, представители лингвистической философии исходят из предпосылки, что полезность различений, выделенных из обыденной речи, не зависит от контекста какой-либо конкретной проблемы, и что эти различения можно свободно переносить с одной проблемы на другую¹³. Я согласен с Хэмпширом в том, что это серьезная ошибка.

Позднее я обращаю внимание читателей на некоторые случаи, в которых допущения обыденного языка, по моему мнению, ввели в заблуждение некоторых из моих критиков. Сейчас позвольте мне лишь упомянуть одно показательное проявление духа этой философии. На с. 150—156 я говорил, что проблемы, связанные с поддержанием целостности правовой системы, типичны не только для права государства и отдельных штатов, но затрагивают также создание и исполнение внутренних систем правил таких форм общественных объединений, как церкви, клубы, университеты и профсоюзы. Поэтому я заявил, что для целей моего исследования внутренние регламенты этих учреждений являются «правом». Харт называет это утверждение «бессовестным»¹⁴, а Саммерс был столь обескуражен, что не смог придумать ничего лучшего, нежели заявить, что это еще один пример того, чему, по его мнению, я всю жизнь посвящал свои интеллектуальные усилия, а именно деятельности, которую он называет «своекорыстной»¹⁵. В беспристрастном анализе нужно, разумеется, допускать то, что повседневное использование слова «право» может как скрывать, так и обнажать принципиальное сходство.

Вторым крупным интеллектуальным течением, оказавшим влияние на стиль мышления новых аналитических

¹³ Stuart Hampshire, "J. L. Austin and Philosophy," 62 *Journal of Philosophy* 511—513 (1965).

¹⁴ «Это широкое понимание права открыто и бессовестно включает в себя правила, действующие в клубах, церквях, школах и еще "тысячи и одной формы человеческих объединений"» (78 *Harvard Law Review* (1965), p. 1281).

¹⁵ Sammers, 18 *Journal of Legal Education* (1965), p. 22. В этой рецензии профессор Саммерс нашел нужным шесть раз охарактеризовать отрывки из моей книги как «своекорыстные», см. с. 15, 18, 19, 20, 22 и 24.

правоведов, стала философия утилитаризма. Часто полагают, что основная ошибка утилитаризма состоит в тенденции сводить все разнообразие целей к наиболее банальным из них. Более фундаментальный недостаток, на мой взгляд, состоит в том, что утилитаризм искажает соотношение средств и целей — недостаток, смягченный, но не исправленный в том его варианте, который называют утилитаризмом правил. Философия утилитаризма поощряет своего рода интеллектуальную лень, рождающую представление о том, что средства суть лишь вопрос целесообразности и ничего общезначимого о них сказать нельзя; она заставляет нас забыть о том, что в правовой системе и вообще в институциональных формах общества, то, что, с одной точки зрения, является целью, с другой является средством, и что цели и средства находятся в отношениях всепроникающего взаимодействия.

ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ НЕКОТОРЫЙ МИНИМУМ УВАЖЕНИЯ К ПРИНЦИПАМ ЗАКОННОСТИ НЕОБХОДИМЫМ ДЛЯ СУЩЕСТВОВАНИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ?

Во второй главе я показал, что результатом достаточно серьезного отхода от изложенных в ней принципов законности становится не просто плохое право, а отсутствие права вообще. Согласны ли мои критики с этим заключением? Похоже, что да.

В книге «Понятие права» Харт, отчасти отвечая на замечания, сделанные мною в ходе нашего обмена мнениями в 1958 г., указал, что разделяет положение о том, что для существования права необходим некий минимум уважения к тому, что «юристы называют принципами законности»¹⁶. В том же ключе пишет и Коэн: «Каноны» Фуллера... представляют собой... приемлемый исходный пункт для вывода набора условий, необходимых для существования (современной) правовой системы... Можно спорить

¹⁶ Hart, *Concept of Law*, p. 202.

с перечнем Фуллера, но не может быть сомнений в том, что какой-то перечень подобного рода верен»¹⁷. Дворкин излагает это следующим образом: «Я согласен с заключением Фуллера о том, для создания (или, что столь же важно, применения) любого, даже плохого права, требуется некоторая мера соответствия его восьми канонам права»¹⁸. Саммерс более осторожен: «...по крайней мере некоторые из оппонентов [Фуллера] не будут отрицать, что если мы вообще хотим иметь право, мы должны в некоторой степени соответствовать [его] “принципам законности”»¹⁹.

Таким образом, четверо моих критиков не принимают кельзеновскую доктрину тождественности права и государства: они не утверждают, что все что угодно (даже бессвязное бормотание и ворчание) обретает статус правовой нормы только лишь благодаря тому обстоятельству, что оно исходит из источника, определяемого «правилом признания»; они разделяют мнение, что прежде чем назвать правом нечто, исходящее из этого источника, нужно, чтобы это «нечто» соответствовало определенным критериям, которые позволят осмысленно исполнять свое предназначение в жизни людей.

Судя по всему, по этому общему вопросу я и мои критики, по крайней мере на словах, полностью согласны друг с другом. К сожалению, нельзя сказать, до какой степени эта видимость согласия скрывает фундаментальные различия, если не обратиться за помощью к запретной концепции *цели*: иными словами, необходимо спросить, для чего право определяется таким образом, что оно не может «существовать» без некоторого минимума уважения к принципам законности. Боюсь, что, задавшись этим вопросом, мы обнаружим, что я и мои критики имеем совершенно различные ответы на это «зачем». Однако я ненадолго отложу этот вопрос, на который лучше будет ответить в контексте следующего раздела.

¹⁷ Cohen, “Law, Morality and Purpose,” 10 *Villanova Law Review* (1965), p. 648.

¹⁸ Dworkin, “Philosophy, Morality, and Law — Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim,” 113 *University of Pennsylvania Law Review* (1965), p. 669.

¹⁹ Sammers, 18 *Journal of Legal Education* (1965), p. 25.

А пока я хотел бы вкратце рассмотреть тему, поднятую Дворкиным попутно. Я имею в виду его утверждение о том, что существование права не может быть вопросом степени: право либо существует, либо нет; оно не может существовать наполовину. «Некоторые понятия (например, облысение) почти всегда являются вопросом степени», но право относится к иному классу понятий. Говоря о существовании или не-существовании права, мы должны «в определенной степени откалибровать концепцию права», установив своего рода «порог», который отметит линию водораздела между правом и не-правом²⁰. Когда уважение правительства к законности снижается, право, переходя через этот порог, разом прекращает существовать; иными словами, право не постепенно угасает, а резко схлопывается.

Дворкин не делает попыток объяснить, отчего это так — и отчего, по его мнению, человек может быть наполовину лысым, а страна не может управляться системой, которая является правовой лишь наполовину. Я подозреваю, что различие, использованное Дворкиным, неявно позаимствовано из обыденного языка. В обыденной речи слово «право» есть слово-альтернатива — «либо да, либо нет» — и в этом отношении оно отличается даже от своего близкого родственника — слова «справедливость». Рассмотрим, к примеру, два утверждения: «Предложенное вами постановление несколько несправедливо» и «Предложенное вами постановление несколько незаконно». Второе утверждение, безусловно, несет на себе неустрашимый отпечаток иронии, которой в первом утверждении либо нет совсем, либо она значительно меньше. Мы привыкли думать о справедливости как о чем-то трудноопределимом: нас не шокирует открытое признание того, что ее границы могут быть размытыми и неопределенными. А в слово «право» встроена тенденция к черно-белому восприятию мира. Поскольку право создается человеком, мы предполагаем — и это предположение определяет то, как мы используем слова, — что если потратить достаточно уси-

²⁰ Dworkin, "Philosophy, Morality, and Law — Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim," 113 *University of Pennsylvania Law Review* (1965), p. 677–678.

лий на решение этой задачи, то можно четко определить, что является законным, а что нет. По сути дела, принятое словоупотребление выражает решимость не ослаблять этих усилий. Нам может быть прекрасно известно, что данный законодательный акт сформулирован настолько невнятно, что не представляется возможным даже определить границы его применения, но и здесь мы обычно продолжаем говорить все тем же манером, в терминах «либо-либо». И это верно не только для законности или незаконности отдельных актов, но и для «существования» правовой системы в целом.

Справедливости ради следует сказать, что Дворкин, по-видимому, не воспринимает свою точку зрения слишком серьезно, несмотря на то, что он не колеблясь обвиняет меня в «ошибке», состоящей в игнорировании существенного различия между плешивостью и законностью. В любом случае ни диктат обыденного языка, ни упорство нового аналитического правопедения не причиняют серьезных неудобств; тот, кто хочет избежать утверждений, что право *страны А* больше соответствует понятию права, чем право *страны В*, может просто заявить, что правительство *страны А* больше уважения принципам законности, чем правительство *страны В*. Обращаясь к аудитории, терпимость которой к метафорам и оксюморонам уменьшилась под влиянием философии обыденного языка, следует выбрать вторую, более рутинную форму выражения.

ДЕЙСТВИТЕЛЬНО ЛИ ПРИНЦИПЫ ЗАКОННОСТИ СОСТАВЛЯЮТ «ВНУТРЕННЮЮ МОРАЛЬ ПРАВА»?

Название второй главы «Мораль, делающая возможным право» содержит в себе тезис, который четыре моих рецензента находят абсолютно неприемлемым. Отвечая на их критику, я постараюсь избежать дальнейшей эскалации полемики, поскольку уровень полемического напряжения, с которым я столкнулся при рассмотрении этой проблемы, уже тревожно высок. «Своекорыстный», «абсурдный», «эксцентричный», «гротескный» — вот некоторые из выражений, употреблять которые считают необходимым мои

критики, характеризуя тезис о существовании такой вещи, как внутренняя мораль права.

Согласно моим критикам, понятие внутренней морали права выдает фундаментальную путаницу между результативностью и моралью. Некоторое почтение к восьми принципам законности важно, если право должно быть результативным, но это не означает, что эти принципы имеют моральную природу, — это все равно, что назвать вопросом морали тот факт, что для того чтобы забить гвоздь, его нужно держать прямо. Гвоздь не забить правильно, если не держать его прямо, и точно так же невозможно достичь эффективной системы права, если не обратить некоторое внимание на то, что я назвал принципами законности. Ни одно из этих правил простого благоразумия не имеет никакого отношения к морали.

Таков довод моих критиков. Однако они не довольствуются каким-нибудь прозаическим сравнением, вроде предложенного забивания гвоздей. Взамен этого они утверждают, что если бы существовало что-то вроде внутренней морали законотворчества или исполнения закона, то должна была бы существовать внутренняя мораль даже самых постыдных и достойных всяческого порицания видов человеческой деятельности. Коэн задает вопрос: когда потенциальный убийца забывает зарядить оружие, не является ли это моральной ошибкой с его стороны²¹; Дворкин задает аналогичный вопрос о неудачной попытке шантажа²². И как всегда наиболее откровенным и красноречивым из моих критиков оказывается профессор Харт: «... настойчивость автора в причислении этих принципов законности к «морали» — источник путаницы для него самого и для его читателей... ключевое возражение на обозначение этих принципов высокого юридического мастерства как разновидности морали, несмотря на определение «внутренняя», состоит в том, что здесь происходит путаница между двумя понятиями, разведение которых имеет огромную важность, — между понятиями целенаправ-

²¹ Cohen, "Law, Morality and Purpose," 10 *Villanova Law Review* (1965), p. 651.

²² Dworkin, "The Elusive Morality of Law," 10 *Villanova Law Review* (1965), p. 634.

ленной деятельности и морали. Отравление — несомненно, целенаправленное действие, и размышление над его целью может показать, что у него есть свои внутренние принципы. («Избегай использовать яды, пусть даже смертельные, если они вызывают у жертвы рвоту» или «Избегай использовать яды, пусть даже смертельные, если их форма, цвет или объем могут привлечь внимание».) Но назвать эти принципы отравительского искусства «моралью отравления» означает просто стереть различия между понятием целенаправленной деятельности и теми окончательными суждениями о деятельности и целях, которыми интересуется мораль в различных ее формах»²³.

Должен признаться, что поначалу такая аргументация настолько поразила меня своей причудливостью и даже извращенностью, что я было расценил ее как не заслуживающую ответа. Однако после некоторого размышления я все-таки решил, что это было бы ошибкой. Как я теперь понимаю, никакой другой вопрос, затрагивавшийся в обмене мнениями между мной и моими критиками, не раскрывает яснее неявные предположения, которые каждая из сторон привносит в этот спор; принятие всерьез довода о том, что предполагаемая внутренняя мораль права есть просто вопрос результативности, помогло мне прояснить несформулированные «отправные точки» не только моих критиков, но и мои собственные.

То, что здесь затрагивается нечто более фундаментальное, чем просто игра со словом «мораль», становится очевидным, когда мы замечаем фундаментальную неясность позиции моих критиков. Что же они имеют в виду, говоря о результативности? Нетрудно понять, что подразумевается под результативностью, когда вы пытаетесь убить человека с помощью яда: если он скончался, вы добились успеха, а если он все еще жив и может нанести ответный удар, вы потерпели неудачу. Но как применить понятие результативности к созданию и проведению в жизнь столь сложной вещи, как правовая система в целом? Позвольте мне предложить пример из недавней истории СССР, который говорит о трудностях, связанных с ответом на этот вопрос.

²³ 78 *Harvard Law Review* (1965), p. 1285—1286.

В начале 1960-х годов проблема экономических преступлений (включая незаконный оборот иностранной валюты) явно приобрела в России такие размеры, что советские власти решили предпринять жесткие контрмеры. В соответствии с этим в мае и в июле 1961 г. были приняты законы, карающие такие преступления смертной казнью. Этим законам была придана обратная сила, в результате чего осужденные были казнены за действия, которые в то время, когда они совершались, не подлежали наказанию в виде смертной казни.

Цель советских властей была вполне очевидной: заставить людей отказаться от воровства у государства. Было ли применение смертной казни к преступлениям, совершенным до введения этого наказания за подобные правонарушения, «нерезультативным» с точки зрения этой цели? Одна из проблем уголовного права состоит в том, чтобы дать понять потенциальному преступнику, что все это не игра в пустые угрозы, и ваши намерения совершенно серьезны. Есть ли более действенный способ донести эту мысль, нежели придание обратной силы закону, предусматривающему уголовное наказание? Сам факт принятия закона, столь явно отклоняющегося от обычной практики, является свидетельством серьезных намерений законодателя. И все же были русские, которых беспокоили такие действия властей, о чем свидетельствую наблюдения моего коллеги Гарольда Бермана: «Я спросил одного из ведущих советских юристов, может ли он объяснить решение Верховного суда Российской Федерации о придании июльскому закону обратной силы, поскольку, мне казалось, что это явно противоречит принятым в 1958 г. Основам уголовного судопроизводства Союза ССР. Он ответил: “Нам, юристам, это не нравится”, — заявление, интересное как выражением “нам, юристам”, так и “это не нравится”»²⁴.

Будет разумным предположить, что советский юрист вовсе не утверждал, что действия властей нерезультативны для борьбы с экономическими преступлениями. Он имел

²⁴ Berman, “The Struggle of Soviet Jurists Against a Return to Stalinist Terror,” *22 Slavic Review* 314–320, at p. 315 (1963).

в виду, что они привели к отступлению от принципа и нарушению целостности права. Как отмечает Берман со ссылкой на эту беседу, «именно юристы, возможно, лучше всех понимают целостность права, универсальность критериев законности — иными словами, тот факт, что от любого частного нарушения законности исходит угроза законности в целом»²⁵.

Здесь я представляю моих критиков, хватающих меня за рукав: «Ах, но вы неверно поняли, что мы подразумевали под результативностью. Мы не имели в виду краткосрочную результативность при разрешении той или иной чрезвычайной ситуации. Принятие упомянутого закона ослабило результативность права, поскольку он способствовал подрыву общественного доверия к нормам права в целом и ослабил стимулы к тому, чтобы следовать этим нормам. С его помощью был достигнут немедленный выигрыш ценой вреда, нанесенного институту права в целом». Но ясно, что если мои критики начнут расширять понятие результативности в этом направлении, то очень скоро они пересекут границу, которую так старательно устанавливали, пытаясь отделить мораль от результативности. Они, скорее всего, попадут в тот же самый тупик, в котором оказываются все, кто пытается свести мораль к просвещенному эгоизму: в конечном итоге они доходят до столь большой просвещенности и столь малого эгоизма, что могли бы избавиться от большинства проблем, просто говоря с самого начала о морали.

Вот почему я не думаю, что при обсуждении проблем законности можно достичь какого-либо плодотворного согласия, противопоставляя результативность морали; безусловно, нет ничего, что оправдывало бы трактовку использования слова «мораль» в этой связи как попытку запутать дело. На самом деле привлекательность «результативности» состоит не в какой-либо определенности значения этого слова, а в его жестком звучании, в исходящем от него аромате позитивизма; оно предполагает пронизательного и ориентированного на результат наблюдателя, которого нелегко ввести в заблуждение расплывчатыми

²⁵ Ibid., p. 320.

понятиями цели. Иными словами, то, что мои критики предпочитают «морали» «результативность», отражает скорее влияние глубоко укорененного и в значительной степени несформулированного умственного настроения, нежели какое-либо продуманное заключение по конкретной проблеме.

Поэтому мне предстоит весьма неприятная задача: продемонстрировать, что в основе отрицания моими критиками понятия внутренней морали права лежат посылки, которые сами они не сформулировали в явном виде в своих трудах. Однако сразу хочу предупредить: в мои цели не входит исследование невысказанных эмоциональных предубеждений; мой анализ находится исключительно в царстве интеллекта и направлен на исследование неявной структуры, задающей ход рассуждений моих критиков. Если их выводы не подразумевают посылок, которые я им приписываю, они вольны поправить меня.

Итак, переходя к этой задаче, я различаю *два* допущения, лежащие в основе неприятия моими критиками «внутренней морали права». *Первое* из них заключается в убежденности, что, с точки зрения морали, существование или не-существование права не имеет особого значения. *Второе* допущение я уже описывал как общую характеристику правового позитивизма в целом. Оно состоит в том, что право следует рассматривать не как продукт взаимодействия целевых ориентаций гражданина и государства, а как одностороннюю проекцию власти, исходящую от правительства и направленную на гражданина.

Конечно, в работах представителей правового позитивизма подробное исследование взаимоотношений морали и права является обычным делом. Относительно влияния морали на право как правило указывается, что моральные представления могут направлять законодательство, обеспечивать критерии для критики существующего права и вполне могут приниматься во внимание при толковании закона. Трактовки обратного влияния, т.е. влияния права на мораль, в целом более скудны и в основном ограничиваются замечанием о том, что освященные временем правовые нормы за счет своего рода культурного научения начинают рассматриваться как морально правильные.

Что в этих рассуждениях отсутствует напрочь, так это признание той роли, которую играют правовые нормы в создании возможностей для эффективной реализации морали в фактическом поведении людей. Моральные принципы не могут работать в социальном вакууме или в условиях войны всех против всех. Для добродетельной жизни недостаточно одних лишь благих намерений, даже если они разделяются всеми: для этого требуется поддержание прочных ориентиров для человеческого взаимодействия, — того, что может дать лишь доброкачественная правовая система (по крайней мере, в современном обществе).

«Не бери того, что принадлежит другому» — это, по-видимому, наиболее банальный пример моральной заповеди, который можно найти в книгах. Но как мы решаем, что принадлежит другому? В поисках ответа на этот вопрос мы обращаемся не к морали, а к праву. Разумеется, в некоторых контекстах можно осмысленно говорить о том, что человек имеет моральное право на некоторый объект собственности. К примеру, у больной матери есть две дочери. Одна из них жертвует замужеством и многие годы посвящает себя уходу за родительницей-инвалидом; другая эгоистично отказывается даже подходить к матери, не говоря уж о том, чтобы вносить свой вклад в заботу о ней. Мать умирает, не оставив завещания, поэтому по закону обе дочери имеют равные права на скудное материнское имение. Здесь можно сказать, что верная дочь имеет моральное право на все наследство, даже если закон делит его поровну. Действительно, в судебных решениях, связанных с подобными ситуациями, натяжки в судебной процедуре часто бывают заметны невооруженным глазом, и для того, чтобы отдать достойной дочери должное, порой допускаются сомнительные истолкования фактов и закона. В то же время абсолютно ясно, что общество не может функционировать на основе принципа «Да будет вся собственность поделена соответственно моральным достоинствам». Поэтому моральная заповедь «Не бери того, что принадлежит другому» неизбежно должна покоиться на критериях, заимствованных из права; без этой поддержки она не исполнит своего предназначения в управлении человеческой деятельностью.

Возьмем другой пример. Я полагаю, никто не будет спорить с тем, что у института брака есть подразумеваемые моральные аспекты, причем их достаточно много. Но этот институт вряд ли сможет функционировать — в моральном или правовом смысле — без некоторых ясно определенных правил, которые позволяют нам определять, когда существует брачное состояние. Здесь будет поучительна иллюстрация, содержащаяся в главе «Эскимосы: рудиментарное право в условиях примитивной анархии» книги Гебеля²⁶. По-видимому, у эскимосов существует понятие брака, однако отсутствуют ясные указатели, «которые могли бы отделить начало и окончание брачных отношений». В результате то, что один мужчина рассматривает как на честное соревнование за благосклонность дамы, другому может показаться прелюбодейным вторжением в его дом. Говоря словами Гебеля, «не существует культурного механизма, обозначающего брак таким образом, чтобы предупредить нарушителей». В результате эскимосское общество раздирается чрезмерным числом жестоких ссор, возникающих из сексуальной ревности, а эти ссоры в свою очередь приводят в высокому уровню убийств. Очевидно, что в этой ситуации выход может быть найден не в проповеди, а в некоторой эксплицитной законодательной мере, которая поможет определить и установить ясные границы брачных отношений. У эскимосов просто отсутствует социальный механизм, требующийся для выполнения этой задачи; можно сказать, что проистекающее из того не-существование необходимой правовой нормы серьезнейшим образом снижает качество жизни в эскимосском обществе.

Так что, говоря о «моральной нейтральности права», нельзя понимать под этим то, что существование и добросовестное применение системы права никак не связано с реализацией моральных целей в жизненных ситуациях. Если для создания такой системы важно уважение к принципам законности, то, безусловно, не будет выглядеть абсурдным предложение, что эти принципы составляют особую ролевую мораль, связанную с должностью законодателя и правоприменителя. В любом случае ответственность,

²⁶ Hoebel, *The Law of Primitive Man*, Ch. 5, pp. 83—85 (1954).

связанная с этой должностью, заслуживает несколько более лестного сравнения, нежели то, что предлагают нам правовые позитивисты, уподобляя законодателя вдумчивому и добросовестному отравителю, который никогда не забывает снять этикетку, прежде чем передать флакон с ядом своей жертве.

Считать существование или не-существование права морально нейтральным явлением означает предполагать, что моральные заповеди сохраняют свое значение вне зависимости от социального контекста, на который они направлены. Это еще одна иллюстрация того, что я выше назвал абстрагированием от социального измерения, отражающим свойственную позитивистской мысли неприязнь к явлениям взаимодействия. Данная склонность мышления еще более очевидно проявляется во втором допущении, объясняющем отвержение моими критиками понятия внутренней морали права. Эта предпосылка состоит в том, что фундаментальная реальность права воспринимается тогда, когда мы характеризуем право как одностороннюю проекцию власти, исходящей от правительства и направленной на гражданина. Поскольку это допущение разделяется неотрефлексированным здравым смыслом и неявно содержится в обыденном словоупотреблении, следует подробно разобрать, в чем состоит его ошибочность.

Позвольте мне начать с противопоставления двух форм социального упорядочивания, которые часто путают. Одна из них — *управленческое воздействие*, другая — *право*. Обе формы связаны с направлением и регулированием человеческой деятельности и подразумевают подчинение власти. Они совместно используют большое количество терминов: «власть», «приказы», «контроль», «юрисдикция», «повиновение», «согласие», «законность» — вот лишь несколько терминов, двойное «гражданство» которых стало источником путаницы.

Различие между двумя этими формами социального порядка в общем виде можно сформулировать следующим образом: директивы, издаваемые в управленческом контексте, *применяются* подчиненным для того, чтобы реализовать цель, поставленную перед ним его руководителем. В отличие от этого законопослушный гражданин не *применяет*

правовые нормы, чтобы служить конкретным целям, которые установлены законодателем, а *следует* этим нормам при устройстве своих собственных дел; при этом предполагается, что те интересы, которые он стремится реализовать, следуя нормам права, совпадают с интересами общества в целом. Директивы управленческой системы регулируют в первую очередь отношения между подчиненными и их начальником, и лишь опосредованно — отношения между начальником и третьими лицами. Нормы правовой системы, напротив, обычно служат в первую очередь цели установления отношений гражданина с другими гражданами и лишь опосредованно — его отношениям с властными органами, от которых исходят эти нормы. (Хотя порой мы мыслим уголовное право как определяющее обязательства гражданина по отношению к правительству, его главная функция состоит в том, чтобы обеспечивать твердые и неизменные рамки взаимодействия граждан между собой.)

Изложенное выше поддается как расширению, так и ограничению: в реальной жизни два этих типа социального упорядочивания выступают во всевозможных смешанных, неопределенных и искаженных формах. Однако для целей нашего исследования мы попытаемся прояснить существенное различие между ними, представив их в качестве так называемых «идеальных типов». Затем мы проведем сравнительное исследование того, какие следствия будут иметь восемь принципов законности (или их аналоги) для системы управленческого воздействия и для правового порядка соответственно.

Пять из восьми этих принципов прекрасно вписываются в управленческий контекст. Для того чтобы достичь желаемого результата руками подчиненного, начальник прежде всего должен сообщить свои пожелания, т.е. «обнародовать» их, дав подчиненному шанс узнать, в чем они заключаются, — например, разместив их на доске объявлений. Его директивы также должны быть достаточно четкими, не содержать противоречий, посильными для исполнения и не должны меняться часто, чтобы не срывать усилия подчиненного по их выполнению. Небрежность в этих вопросах может серьезно снизить «результативность» управленческого предприятия.

Как обстоит дело с тремя остальными принципами? Требование всеобщности в управленческом контексте становится просто вопросом целесообразности. В реальной практике управленческий контроль, как правило, осуществляется путем издания указаний, которые освобождают руководителя от пошагового руководства действиями его подчиненного. Но подчиненный не имеет оснований жаловаться, если в каком-либо конкретном случае начальник приказывает ему отойти от процедур, предписанных общим порядком. Это в свою очередь означает, что в управленческих отношениях нет места формальному принципу, требующему, чтобы действия начальника соответствовали им же установленным правилам: в этом контексте принцип «соответствия между официальными действиями и провозглашенной нормой» теряет свою релевантность. Что касается принципа, направленного против обратной силы, то этой проблемы просто не возникает, поскольку ни один управленец, сохраняющий хоть каплю благоразумия, не станет требовать от подчиненного сегодня сделать что-нибудь вчера.

Из представленного выше краткого анализа очевидно, что отношение управления полностью укладывается в картину односторонней проекции власти. Поскольку здесь применимы принципы законности (или, возможно следует говорить, их управленческие аналоги), постольку они действительно являются «принципами результативности»; иначе говоря, они представляют собой орудия для достижения целей руководителя. Это не означает полного отсутствия в управленческих отношениях элементов взаимодействия или взаимности. Если управляющий будет постоянно перегружать работой своих подчиненных, запутывать их слишком частыми переключениями сигналов или незаслуженно обвинять в отступлении от инструкций, которые те честно выполняли, то это отрицательно скажется на моральном состоянии его подчиненных и они уже не смогут хорошо выполнять его задания. Если самодурство начальника пойдет слишком далеко, дело может закончиться тем, что подчиненные либо оставят службу, либо устроят открытый бунт. Однако этот неявный взаимный характер отношения между благоразумием и сдержанностью представляет собой нечто

второстепенное относительно базового отношения между лицом, отдающим указание, и исполнителем.

В правовой системе все по-другому, так как здесь существование относительно устойчивой взаимности ожиданий между законодателем и подданным является частью самой идеи функционирования правопорядка. Чтобы понять, почему и в каком смысле это верно, важно продолжить наше исследование значения восьми принципов, обратившись теперь к их следствиям для системы права. Несмотря на то что принципы законности в значительной мере являются взаимозависимыми, ключевой принцип, отличающий право от управленческого воздействия состоит в том, что я описываю как «соответствие между официальными действиями и провозглашенной нормой».

Разумеется, сама сущность верховенства права состоит в том, что, предпринимая действия в отношении гражданина (например, заключая его в тюрьму или объявляя недействительным документ, свидетельствующий о праве собственности), государство честно применяет нормы, заблаговременно провозглашенные в качестве таковых, которым гражданин должен следовать и которые определяют его права и обязанности. Если принцип верховенства права не означает этого, то он не означает ничего. Точное применение норм, в свою очередь, подразумевает, что они будут облечены в форму общеприменимых деклараций: немного смысла было бы в том, если, к примеру, сегодня государство издало бы особый закон, по которому Джонса следует посадить в тюрьму, а завтра, «честно» следуя «норме», на самом деле посадило бы его в тюрьму. Кроме того, если право предназначено для того, чтобы позволять человеку заниматься своими делами, при условии принятия на себя обязательства соблюдать некоторые ограничения, наложенные верховной властью, то этим подразумевается, что ему не станут всякий раз указывать, что делать: право задает лишь рамки для самоуправляемой деятельности, а не подробный набор инструкций для достижения определенных целей.

Тесно связанные друг с другом принципы всеобщности и точного следования правительством его собственным провозглашенным нормам нельзя рассматривать как предложение, диктуемое просто соображениями целесообразности. Это

вытекает из базового различия между правом и управленческим воздействием: в отличие от последнего право не состоит в указании другим лицам того, как им решать задачи, поставленные их руководителем. Право, по сути дела, нужно для обеспечения граждан ясными и устойчивыми рамками для их взаимодействия друг и другом, а роль государства состоит в том, чтобы стоять на страже целостности этой системы.

Я говорил выше, что принцип, направленный против создания норм обратного действия, не имеет значения в контексте управленческого воздействия просто потому, что ни один управленец, будучи в здравом уме, не станет приказывать подчиненному сегодня, чтобы тот сделал что-либо вчера. Почему в случае правовой системы дело обстоит иначе? Ответ, полагаю, и достаточно сложен, и в то же время полезен, так как проливает свет на различия между управленческим воздействием и правом.

Первая часть объяснения связана с понятием легитимизации. Если лицо *A* претендует на то, чтобы отдавать приказы лицу *B* или устанавливать правила его поведения, то *B* может потребовать объяснить ему, по какому праву *A* претендует на власть руководить поведением других людей. Именно такого рода проблему имел в виду Харт, формулируя свое правило признания. Эта проблема присуща как праву, так и управленческому воздействию. Можно сказать, что она подразумевает принцип *внешней* легитимизации. Но верховенство права требует от правительства, чтобы оно также легитимизировало свои действия, направленные на граждан, посредством второго — *внутреннего* — критерия. Этот критерий требует, чтобы в пределах общей области, покрываемой правом, акты правительства, направленные на граждан, соответствовали общим нормам, прежде провозглашенным самим правительством (т.е. были бы санкционированы этими общими нормами или получили от них юридическую силу). Таким образом, можно сказать, что законное правительство достигает внутреннего наделения своих актов юридической силой посредством осуществления своей собственной законодательной власти. Если предшествующее использование этой власти может оказать влияние на результат процесса наделения юридической силой, то легко склониться к мнению о том, что с тем же успехом

задача наделения юридической силой может быть обеспечена задним числом.

Сказанное выше объясняет, почему законодательство, имеющее обратную силу, не отвергается с порога как абсолютно бессмысленное. Однако это не объясняет, почему в некоторых случаях законодательство обратного действия может фактически служить делу законности. Чтобы понять причину этого, следует вспомнить, что в условиях верховенства права регулирование деятельности граждан достигается не посредством конкретных указаний, а при помощи *общих* норм, выражающих принцип, в соответствии с которым похожие дела должны рассматриваться похожим образом. Далее, злоупотребления и ошибки в действиях правовой системы могут ослабить этот принцип и создать потребность в законодательстве, имеющем обратную силу, в качестве средства для их исправления. Взаимодействие между гражданами не может строиться на основе статута, имеющего обратную силу, но последний может послужить для исправления нарушений принципа, согласно которому похожие дела должны рассматриваться похожим образом. Соответствующие примеры приводились во второй главе. В качестве дополнительной иллюстрации можно представить следующую ситуацию: пусть принимается новый статут, меняющий законодательство, и уведомление о вступлении его в силу передается во все суды всей страны, за исключением *провинции X*, суды которой из-за проблем со связью не получили известия об изменении. Суды этой провинции продолжают применять старый закон, а все остальные суды выносят решения в соответствии с новым законом. Принцип, согласно которому похожие дела должны рассматриваться похожим образом, серьезно нарушен, и единственным средством решения этой проблемы (которая в лучшем случае представляет собой выбор из двух зол) может оказаться только законодательство, имеющее обратную силу²⁷. Понятно, что такого рода проблемы не могут

²⁷ В книге *Anatomy of the Law* (1968), pp. 14–15, я привел исторический пример законодательства, имеющего обратную силу (а также «специального» законодательства), разработанного в качестве средства для исправления отступления судебной системы от принципов законности.

возникнуть в управленческом контексте, поскольку управление, вообще говоря, не требует того, чтобы действия соответствовали общим правилам, и не порождает таких ситуаций, когда появляется необходимость легитимизации специальных приказов путем демонстрации того, что они соответствуют заранее объявленным общим правилам.

Мы уже заметили, что применительно к управленческому контексту в остальных принципах законности (требуемых, чтобы правила или приказы были обнародованы, ясны, непротиворечивы, доступны для исполнения и не менялись слишком часто) трудно различить что-нибудь отличное от соображений целесообразности. Для тех, кто рассуждает о праве в терминах управленческой модели, будет казаться само собой разумеющимся, что эти пять принципов сохраняют свое значение и для права. Особенно это касается *desideratum* ясности. Можно задать вопрос: что, кроме явной небрежности, может побудить законодателя оставить свои нормативные акты неясными и неопределенными в отношении области применения?

На самом деле мотивы, заставляющие законодателя двигаться в том направлении, вполне понятны. Правительство пытается сделать издаваемые им законы достаточно ясными для того, чтобы граждане могли их соблюдать; однако оно стремится также и к тому, чтобы сохранить для себя свободу действий в ситуациях, возникновение которых нельзя предсказать в момент принятия данных законов. Публикуя уголовный статут, правительство не просто выпускает директиву для граждан: оно также создает для себя хартию, определяющую его полномочия в отношении конкретной области человеческого поведения. Расплывчато сформулированный уголовный закон может уменьшить для гражданина возможность узнать, чего от него ожидают, но зато расширяет для правительства возможности справиться с теми формами девиантного поведения, которых нельзя было предвидеть заранее. Если рассматривать проблему исключительно с точки зрения «результативности» в достижении целей правительства, то можно говорить о своего рода оптимальном сочетании определенности сферы действия (которая излишне ограничивает свободу действий правительства) и неопределенности (столь явной, что она

не только не сможет удержать гражданина от целой сферы поведения, рассматриваемой как нежелательная, но и может лишить закон способности легитимизировать действия, полностью соответствующие этому закону).

Столкновение этих мотиваций становится наиболее очевидным в бюрократическом контексте, в рамках которого люди взаимодействуют в какой-то степени лицом к лицу. Нередко управленческое воздействие сопровождается и переплетается с правовыми системами в миниатюре, затрагивающими такие вопросы, как дисциплина и особые привилегии. В этом контексте стало уже общим местом социологическое наблюдение, состоящее в том, что люди, занимающие авторитетные должности, зачастую сопротивляются не только повышению ясности норм, но даже их реальному опубликованию. Знание норм и свобода толковать их применительно к конкретному случаю являются важным источником власти. Один специалист в данной области даже пришел к выводу, что «как это ни парадоксально, терпимость к недозволенным видам деятельности в действительности увеличивает возможности для контроля со стороны руководителей»²⁸. В подобных ситуациях власть руководителя увеличивается, разумеется, за счет того, что у него появляется возможность получать благодарность и лояльность в обмен на отпущение грехов, и в то же время остается свобода карать по всей строгости закона тех, кого он находит нужным приструнить. Он не имел бы этой желанной свободы действий, если бы не мог указать на нормы, придающие смысл его действиям: нельзя, к примеру, простить нарушение нормы, если не существует самой нормы, которую можно нарушить. Однако это не означает, что норма не должна содержать неясностей, должна быть широко опубликована и последовательно проводиться в жизнь. Любое из этих условий может сузить свободу действий того, кто держит в своих руках рычаги власти — ту самую свободу действий, из которой он может извлечь не только ощущение личного могущества, но и чувство (вероятно, не вполне ложное), что он верно служит организации, частью которой является.

²⁸ Blau, *The Dynamics of Bureaucracy* (2nd ed. 1963), p. 215.

Может показаться, что в более широких, более безличных процессах, протекающих в рамках правовой системы государства или штата, будет отсутствовать мотив к подобным деформациям или отступлениям. Это далеко не так. Следует вспомнить, например, что при составлении почти любого законопроекта, в особенности в области уголовного права и экономического регулирования, весьма вероятна борьба между теми, кто хочет сохранить для правительства широкую свободу действий, и теми, кто в первую очередь озабочен тем, чтобы позволить гражданину заранее знать его права и обязанности. В случае возникновения подобных проблем есть места для совершенно честного расхождения во мнениях применительно к похожим случаям, но могут возникать и острые проблемы добросовестности, затрагивающие базовую целостность правовых процедур. Относительно широких сфер деятельности правительства можно поднять еще более фундаментальный вопрос: нет ли разрушительного и разлагающего лицемерия в том, что правительство делает вид, что действует согласно заранее установленным правилам, тогда как в действительности исполняемые им функции являются по существу управленческими, и по этой причине требуют не связанной никакими правилами реакции на меняющиеся условия (а при ближайшем рассмотрении и являются таковыми)?

Сказанное выше представляет собой не более чем беглый обзор тех обязанностей, дилемм и искушений, с которыми сталкиваются те, кто занят созданием и применением законов. Эти проблемы являются общими для законодателей, судей, прокуроров, мировых судей, инспекторов, надзирающих за условно осужденными, строительных инспекторов и для множества других должностных лиц, включая, не в последнюю очередь, патрульного полицейского, осуществляющего обход своего участка. Сводить их к вопросам «результативности» означает упрощать до банальности.

Почему же тогда мои критики столь упорно пытаются обосновать точку зрения, согласно которой принципы законности представляют собой не более чем рецепты результативности, направленные на достижение целей правительства? Ответ прост. Основные компоненты своего анализа они позаимствовали вовсе не из права, а из того,

что здесь названо управленческим воздействием. Напрасно искать в их трудах хотя бы намек на признание основного принципа верховенства права, гласящего, что действия источника права по отношению к гражданину должны быть легитимизированы тем, что соответствуют ранее провозглашенным общим нормам.

Эта лакуна бросается в глаза на протяжении всей книги Харта «Понятие права». Например, единственная встречающаяся у него сколько-нибудь подробная трактовка принципа всеобщности явно вдохновлена управленческой моделью: «Даже в таком большом и сложном обществе, каковым является современное государство, бывают случаи, когда должностное лицо непосредственно, при личном контакте приказывает индивиду сделать что-либо. Полицейский приказывает конкретному водителю остановиться или конкретному нищему — уйти с данного места. Но эти простые ситуации не являются, и не могут являться стандартным способом функционирования права, разве что общество сможет позволить себе содержать такое количество должностных лиц, которое необходимо для того, чтобы обеспечить доведение до каждого члена общества официальной и индивидуально адресованной информации о каждом действии, которое тот должен выполнить. Такие индивидуализированные формы регулирования либо применяются в исключительных случаях, либо подкрепляют общие формы директив, не называющие конкретных адресатов и не указывающие на конкретное действие, которое следует совершить» (с. 20—21).

Другие комментарии Харта относительно принципа всеобщности, хотя и не столь явные, никоим образом не смягчают только что процитированное утверждение (см. с. 38, 121, 202, 236). Все они сформулированы в терминах предоставления «инструментов социального контроля» и создания возможностей для «функционирования социального контроля».

Комментарии Харта касательно того, что я назвал принципом «соответствия между официальными действиями и провозглашенной нормой», снова относятся к проблеме осуществления «эффективного контроля» за действиями граждан; в качестве примера отсутствия такого контроля

приводится ситуация, когда уголовное право проводится в жизнь столь слабо, что в конце концов люди начинают его игнорировать (см. с. 23, 82, 141). Единственный отход от того, что можно назвать управленческой системой координат, встречается в нескольких замечаниях (с. 156, 202) об абстрактном родстве идеала справедливости и эффективно действующей правовой системы: говорится, что оба они соблюдают принцип, согласно которому похожие дела должны рассматриваться похожим образом. Таким образом, «в самой идее применения общей правовой нормы содержится по крайней мере зародыш справедливости». Отсутствует всякий намек на то, что правительство имеет обязательство перед гражданином реализовать этот «зародыш справедливости», когда оно создает и применяет законы; смысл приведенного высказывания, по-видимому, состоит лишь в том, что если нам случится наблюдать в действии хорошо работающую правовую систему, мы обнаружим в ней определенное формальное подобие справедливости.

Таким образом, будучи основанным по сути дела на модели управления²⁹, понятие права по Харту не содержит элементов, не совместимых с таким пониманием права,

²⁹ Здесь уместно вкратце упомянуть один из возможных источников недоразумения. Читатель, в целом знакомый с книгой Харта «Понятие права», может припомнить, что тот открыто отвергает «командную теорию права» Остина. Тому, кто не понимает, что подразумевает это отрицание, может показаться, что, не одобряя командную теорию, Харт также отклоняет и то, что я называю здесь управленческой теорией права. Однако это означает непонимание аргументации Харта. Харт отвергает командную теорию в основном по двум основаниям: 1) в конечном счете командная теория права видит силу закона в угрозе санкций, а не в признании власти; 2) теория Остина предполагает прямую коммуникацию между законодателем и субъектом права. Но ясно, что эффективное управленческое воздействие гораздо более очевидным образом, чем право, основывается на готовности признать властные указания. Кроме того, управленческое воздействие не обязательно должно осуществляться лицом к лицу: на деле оно обычно воплощается в чем-то вроде рабочей инструкции либо излагается на доске объявлений. Главное отличие права от управленческого воздействия заключается в обязательстве правоустанавливающей власти соблюдать свои собственные провозглашенные нормы при оценке действий субъекта права. Мне не удалось найти понимания этой базовой идеи в «Понятии права».

согласно которому оно представляет собой одностороннюю проекцию власти. Конечно, это не означает, что законодатель может создать правовую систему единолично: как и менеджер, он нуждается в согласии и сотрудничестве с теми, кто должен подчиняться его указаниям. Это признает и сам Харт в обычной для него изящной формулировке: «...для того чтобы подчинить кого-то системе норм насильственным образом, необходимо наличие достаточно числа тех, кто принимает эту систему норм добровольно. Без такого добровольного сотрудничества, в результате которого создается *власть*, невозможно ни установление принудительной силы закона, ни учреждение правительства» (с. 196).

Здесь нет никаких указаний на то, что добровольное сотрудничество со стороны гражданина должно быть дополнено сотрудничеством со стороны правительства. В анализе Харта отсутствует признание того, что поддержание существования правовой системы зависит от исполнения взаимосвязанных обязанностей — обязанностей правительства по отношению к гражданину, и обязанностей гражданина по отношению к правительству.

Если мы исходим (как делаю я в этой книге) из того, что понятие права подразумевает элемент обязательства со стороны законодателя, тогда будет уместно кратко пояснить, в какой форме проявляется это обязательство. В отрывке, который переводчик озаглавил «Взаимодействие в идее права», Зиммель утверждает, что в основе правовой системы лежит договор между законодателем и подданным³⁰. Принимая законы, государство говорит гражданину: «Вот нормы, которым мы просим вас следовать. Если вы будете им подчиняться, мы обещаем, что именно эти нормы мы будем применять к вашему поведению». Такая конструкция определенно содержит по крайней мере следующую истину: если бы гражданин заранее знал, что по отношению к нему государство не будет обращать внимания на им же самим провозглашенные нормы, то у гражданина не было бы стимула их соблюдать. Очевидно, что публикация норм имеет тот «социальный смысл», что субъ-

³⁰ Ссылки на литературу см. выше, с. 54.

ект, устанавливающий нормы, сам будет соблюдать установленные им правила. Однако всякая попытка объяснить правовую систему исходя из договора между законодателем и подданным, не только пробуждает нежелательные исторические ассоциации, но и несет в себе определенное противоречие, особенно если вспомнить, что в демократическом обществе один и тот же гражданин может быть и законодателем, и субъектом права.

Существует старомодный юридический термин, который может разрешить это затруднительное положение. Это «очевидный смысл» [intendment]. Нашим институтам и нашему формализованному общению друг с другом свойственны определенные встречные ожидания, которые можно назвать очевидным смыслом, хотя нам нечасто представляется случай вывести эти подразумеваемые ожидания из сферы бессознательного. Когда я опускаю бюллетень в избирательную урну, мое поведение в самом реальном смысле направляется и обуславливается ожиданием того, что мой голос будет учтен в пользу того кандидата, за которого я действительно проголосовал. Это верно даже в том случае, если я никогда сознательно не рассматривал возможность того, что мой бюллетень будет выброшен в мусорную корзину или засчитан в пользу другого кандидата. В этом смысле можно сказать, что очевидный смысл института выборов заключается в добросовестном подсчете поданных голосов, хотя я не рискну сказать (разве что в риторическом запале), что избирательная комиссия заключила со мной договор на то, что мой голос будет подсчитан именно таким образом, как я его подал.

Цитата из Лильберна, приведенная в эпиграфе второй главы, красноречиво выражает именно эту точку зрения на очевидный смысл институтов. В этом отрывке Лильберн требует ответа на вопрос: «Неужели политически организованное общество, когда выбирало парламент, предоставило ему незаконную неограниченную власть и полный произвол поступать вопреки своим собственным законам и предписаниям прежде, чем он их отменит?». Лильберн исходит из того, что в основе института парламентского правления лежит очевидный смысл (т.е. разделяемое молчаливое ожидание), состоящий в том, что в отношениях

с гражданином парламент будет руководствоваться своими собственными законами до тех пор, пока они не отменены. Такого рода неявное обязательство парламента считается само собой разумеющимся до такой степени, что пока не случилось обратного, не представляется повода даже говорить или думать об этом.

Мне известно, что сегодня совсем немодно говорить о том, что институты имеют или содержат в себе очевидный смысл. Можно облечь эту мысль в словесную упаковку, более подходящую для современного вкуса: говорить, к примеру, о «ролевых ожиданиях», которые сопутствуют принятию на себя законодательных полномочий. Но, как бы мы это ни назвали, мы не должны ни игнорировать реальность обязательства, подразумеваемого при выполнении законотворческих функций, ни забывать о том, что это обязательство находит выражение в эмпирически наблюдаемых социальных процессах: это не есть нечто проецируемое внешним наблюдателем - моралистом на эти процессы.

Немое свидетельство силы этого обязательства можно найти в тех напряженных усилиях, которые люди зачастую предпринимают, чтобы избежать его. Слыша, что некто говорит, будто он собирается «установить закон» для кого-то другого, мы склонны считать, что он претендует на более-менее неограниченное право указывать другим, что они должны делать. Поэтому любопытно наблюдать, какие усилия люди прикладывают для того, чтобы *не* «устанавливать закон». В ответ на просьбу пойти на уступку в частном случае, должностное лицо нередко начинает настаивать, что его действия не должны трактоваться как «создание прецедента». Он опасается и стремится избежать обязательства, которое содержится в принципе верховенства права: обеспечивать соответствие своих действий в отношении подчиненных ему людей тем общим правилам, которые он сообщил им явно или неявно. То, что оговорка против создания прецедента на практике часто оказывается неэффективной, лишний раз свидетельствует в пользу силы обязательства, которое люди склонны прочитывать в действиях тех, кто имеет власть над ними.

Аналогичная борьба за смысл, который должен быть приписан действиям власти, обычно сопутствует управлен-

ческому распределению обязанностей среди подчиненных. Например, работодатель приказывает подчиненному А выполнить определенные задачи, в то же время предписывая выполнить другой набор задач подчиненному В. Если это разделение труда продолжается некоторое время, то любое перераспределение функций может вызвать негодование и ощущение несправедливости. Работник может воспротивиться возложению на него новых обязанностей, заявив: «Это не моя работа». И, напротив, он может выступить против поручения кому-либо задач, которые привык выполнять сам, на том основании, что эти задачи находятся в его «юрисдикции». В данном случае работодатель считает, что выполняет чисто управленческую роль, свободную от ограничений, сопутствующих роли законодателя. Работники, однако, склонны вычитывать в действиях работодателя некий элемент юридического обязательства: его решения они пытаются ввести в рамки верховенства права.

Таким образом, обязательство, которое подразумевается в законотворчестве, не просто элемент чьей-то «концептуальной модели», а часть социальной реальности. Я постоянно подчеркиваю, что соответствие деятельности нормам теряет смысл, если подчиненный им человек знает, что сам субъект, устанавливающий нормы, не будет обращать внимания на собственные постановления. Следует учитывать и положение, обратное только что сформулированному, а именно что у субъекта, устанавливающего нормы, не будет стимула самому соблюдать ограничения принципа верховенства права, если он знает, что его подданные либо не склонны, либо не способны соблюдать эти правила. Например, едва ли имело бы смысл пытаться юридически упорядочить отношения среди обитателей психиатрической больницы. Именно в этом смысле функционирование правовой системы зависит от совместных усилий, т.е. от эффективного и ответственного взаимодействия между законодателем и подданным.

Полный провал такого взаимодействия настолько не характерен для обыденного опыта, что значимость взаимодействия имеет тенденцию выпадать из нашей интеллектуальной перспективы. И все же на бесчисленных примерах из окружающей жизни мы можем понять, каким образом

успех права зависит от добровольного сотрудничества между гражданином и его правительством, а также от координации усилий различных правительственных органов, связанных с законотворчеством и правоприменением.

В сфере регулирования дорожного движения зависимость системы права от добровольного сотрудничества зачастую становится мучительно очевидной. Пример, который я собираюсь привести, отнюдь гипотетический. В одном университетском городе на атлантическом побережье проблема дорожных пробок нарастала на протяжении последних тридцати лет; на одном из перекрестков ситуация была близка к критической. До недавнего времени на этом перекрестке не было светофора для пешеходов типа «стой—иди», и общий закон для ситуации, как его понимали и полиция, и пешеходы, заключался в следующем: пешеход был волен рискнуть пересечь поток автомобилей, хотя если он проявлял особое безрассудство, то мог получить устное внушение от постового полицейского. Примерно три года назад состоялась реформа: были установлены светофоры для пешеходов и знаки, предупреждающие «разинь», что они могут быть арестованы и оштрафованы.

На короткое время эта мера улучшила положение. Вскоре, однако, ситуация ухудшилась, поскольку пешеходы обнаружили, что в непиковые часы движения полицейский на посту отсутствует, и стали в эти часы игнорировать адресованные им запрещающие сигналы. Затем такое поведение распространилось и на часы интенсивного дорожного движения, и вскоре достигло таких масштабов, что всякое полицейское действие, направленное на его ограничение и минимально соответствующее принципу «равенства перед законом», потребовало бы стольких арестов, что транспортные суды оказались бы завалены делами. Несмотря на эпидемию нарушений со стороны пешеходов, водители некоторое время продолжали соблюдать адресованные им сигналы. Однако постепенно дошло то того, что зачастую у водителей, вынужденных пропускать пешеходов тогда, когда светофор позволял им ехать, первая возможность проехать перекресток появлялась лишь сразу после того как для них загорался красный свет. И водители начали пользоваться этой возможностью все чаще и чаще. В конце кон-

цов законопослушный пешеход, желающий остаться целым и невредимым, мог обнаружить, что единственно безопасный способ перейти дорогу — это присоединиться к фаланге упорных правонарушителей, а не робко стоять и ждать сигнала, позволяющего перейти улицу в одиночестве, незащищенным и, возможно, поперек потока нетерпеливых водителей, воспользовавшихся первой же возможностью проехать перекресток.

Когда система правового регулирования разлагается до такой степени, часто оказывается крайне сложным определить степень вины каждого нарушителя, а также найти действенные меры исправления сложившейся ситуации. Каждый человек, которого это касается, будет настаивать на том, что менять его собственное поведение бессмысленно, поскольку это не будет поддержано со стороны других участников процесса. Причем следует отметить, что в описанном выше случае с перекрестком список лиц, вовлеченных в ситуацию, может быть расширен. Может оказаться, что проблема возникла вследствие неразумной организации дорожного движения во всем городе в целом, или в результате того, что налогоплательщики не финансируют полицию в достаточном для ее задач объеме (что влияет на численность и уровень подготовки личного состава), или из-за действия органа управления транспортом, перенесшего автобусную остановку так, что сигналы светофора перестали соответствовать обстановке. В список возможных виновников кризисной ситуации может попасть даже руководство системы электроснабжения города. Например, может выясниться, что главный инженер городских электросетей не смог должным образом обеспечить автоматическое функционирование светофоров, что привело к многочисленным сбоям в их работе, а это, в свою очередь, стало причиной того, что пешеходы, автомобилисты и работники дорожной полиции перестали полагаться на сигналы светофоров; и, наоборот, если инженер-электрик знает, что сигналы светофора будут игнорироваться участниками дорожного движения даже в том случае, если светофоры будут функционировать безукоризненно, выполняя свою работу, он не станет придавать серьезного значения заботе о функционировании системы светофоров.

К сожалению, взаимозависимости, связанные с успешным функционированием правовой системы, в общем случае никогда не бывают столь заметны, как в регулировании дорожного движения. Если бы мы могли принять подход к праву, который можно обобщенно назвать интеракционистским, стало бы очевидным многое из того, что ныне затуманено господствующей концепцией права как односторонней проекции власти. Стало бы ясно, к примеру, что безразличие к принципам законности может причинить вред непосредственно институту права, даже если ни один индивид не понесет непосредственного ущерба. Этот аспект, наряду с другими, проигнорирован в риторическом вопросе, заданном Дворкиным при опровержении моего утверждения о том, что принцип, направленный против противоречивых законов, является частью правовой морали: «Представим, что законодательный орган принимает статут, по недосмотру содержащий противоречие, столь фундаментальное, что оно делает статут пустой формой. Где тут безнравственность, где прегрешение против морального идеала?»³¹

Даже для того, чтобы только представить предлагаемый Дворкином случай потребуются фантастический набор допущений. Предположим, к примеру, что принят статут относительно законной силы разводов, имевших место за границей. Применяв этот закон к рассмотрению конкретного случая, мы можем столкнуться с ситуацией, при которой *A* будучи женат (согласно одному из разделов данного закона) на *Y*, может (согласно положениям другого раздела того же самого закона) оказаться до сих пор находящемся в браке с *X*. Для того, чтобы сделать данный закон, так сказать, холостым патроном в обойме правовой системы, мы должны предположить, что любой неспециалист сможет увидеть (без необходимости платить за это юристу), что данный закон отменяет сам себя, что любой неспециалист с уверенностью сможет прийти к выводу о том, что никакая юридическая изобретательность не сможет спасти этот закон от ничтожности, а также то, что после удаления со сцены труппа данного закона истинная правовая ситуация станет непосредственно очевидной. Но давайте, принимая в целях рассуж-

³¹ См. выше, прим. 7, р. 675.

дения точку зрения Дворкина, позволим себе согласиться со всеми этими причудливыми допущениями. Тогда этот пример становится подобен случаю, когда человек опрометчиво солгал мне, но не нанес мне этим вреда, так как до того, как предпринять действие на основе того, что он мне сообщил, я случайно узнал правду сам. В этом случае я, возможно, не понес непосредственного ущерба, но ущерб нанесен моим отношениям с человеком, сказавшим неправду, и мое доверие к нему в каких-либо будущих делах уменьшилось.

Если рассматривать право как механизм обеспечения вех на пути человеческих взаимодействий, то легко увидеть, что всякое нарушение требований законности имеет тенденцию подрывать уважение и доверие человека к праву в целом. В этой связи стоит вспомнить, что существует старинное преступление, состоящее в переносе межевых знаков, а также весьма новое преступление, состоящее в переносе, разрушении или порче официальных дорожных знаков. Состав любого из этих преступлений не подразумевает, чтобы действиями преступника кому-либо был причинен прямой ущерб. Такие законы отчасти основаны на том, что если материальные указатели, которыми люди руководствуются в своих действиях, окажутся существенно повреждены, то те, что остались нетронутыми, потеряют свой смысл и, следуя им, люди больше не будут чувствовать себя уверенно. Если это верно для случаев, когда люди портят правильно установленные указатели, то что же мы скажем об инженере, который с самого начала устанавливает дорожные знаки в неправильных местах, или о законодателе, который из рук вон плохо составляет жизненно важные параграфы, в которых определяются права и обязанности людей в отношении друг друга?

Мой коллега Генри М. Харт предлагает нам свежий взгляд на привычные схемы мышления о праве и обсуждения права, когда напоминает нам о том, что оно может рассматриваться как *инфраструктура* [*facility*], на основе которой люди могут наладить удовлетворительную жизнь в обществе³². Чтобы эта инфраструктура служила предполагаемым бенефициарам, они должны пользоваться

³² "The Relations between State and Federal Law," 54 *Columbia Law Review* 489, 490 (1954).

ею правильно. Но на тех, чья задача состоит в разработке и внедрении самой этой инфраструктуры, лежит еще более тяжелая ответственность, которая состоит в правильном выполнении своей работы с самого начала. Именно эту тягостную и зачастую сложную обязанность я и пытался передать выражением «внутренняя мораль права».

Мои критики решительно (чтобы не сказать, неистово) отвергают идею о том, что такая мораль вообще может иметь какое-либо умопостигаемое значение. Я пытался показать, что источником наших расхождений по этому вопросу является фундаментальное разногласие относительно самого права. Это разногласие я попытался охарактеризовать, противопоставив подход к праву, который рассматривает его как процесс взаимодействия, подходу, который видит в нем лишь однонаправленное осуществление власти. Мои рецензенты, конечно же, подвергли критике множество конкретных высказываний по частным вопросам, которые содержатся в моей книге. Не обо всех высказанных ими замечаниях я упоминаю в этой главе и не на все их критические высказывания даю ответ. Я полагаю, что большая часть (хотя и не все) из наших разногласий, касающихся второстепенных вопросов коренится в одном и то же фундаментальном расхождении в тех отправных точках, которые рассмотрены выше. Это особенно касается отрицания моими критиками предположения о том, что соблюдение правительством внутренней морали права будет в целом способствовать уважению к тому, что можно назвать материальной, или внешней, моралью права. Заинтересованный читатель найдет защиту моей позиции в докладе, который я представил в апреле 1965 г.³³

НЕКОТОРЫЕ ВЫВОДЫ ИЗ ПОЛЕМИКИ

В заключение я хотел бы вкратце разобрать определенные вопросы, которые не были подняты напрямую в критических высказываниях, адресованных моей книге представителями «нового аналитического правоведения». Причина, по которой я затрагиваю эти предметы, состоит в моем предположении, что их исследование послужит дальнейше-

³³ См. выше, прим. 6, р. 661—666.

му прояснению фундаментальных различий в точке зрения, которые лежат в основе всей нашей полемики. Первое, что я хотел бы обсудить, это проблема *толкования*³⁴.

Этот предмет я весьма подробно рассмотрел во второй главе как аспект задачи поддержания «согласованность официальных действий с провозглашенным законом». В заключение я написал: «При всех своих тонкостях проблема истолкования занимает жизненно важное, центральное место во внутренней морали права. Она, как никакая другая проблема, показывает, что сама природа задачи поддержания законности связана с сотрудничеством».

Несмотря на основополагающее значение толкования для каждого аспекта правового предприятия, трудно назвать другую проблему, которая доставляла бы больше неудобства аналитическому правовому позитивизму. Так происходит именно потому, что истолкование явно свидетельствует о том, что «что сама природа задачи поддержания законности связана с сотрудничеством». Пристальное внимание к проблемам толкования плохо согласуется с попыткой представить право как однонаправленное осуществление контроля над человеческим поведением.

³⁴ Три недавно вышедшие публикации, весьма кстати посвященные проблеме истолкования: Dworkin, "The Model of Rules," 35 *University of Chicago Law Review* 14–46 (1967); Gottlieb, *The Logic of Choice* (1968); Hughes, "Rules, Policy and Decision Making," 77 *Yale Law Journal* 411–39 (1968).

Касательно истолкования есть одна принципиально важная проблема, которую я здесь не пытался рассматривать и которая не упоминается в статьях Дворкина и Хьюза. Это проблема, которую представители интеракционистской социологии называют «определением ситуации». (См., например, McHugh, *Defining the Situation*, 1968.) Когда суд для вынесения решения применяет норму или набор норм, можно различить два действия: 1) определение существенных фактов; 2) определение смысла норм, имеющих отношение к данному делу, применительно к этим фактам. Мы склонны думать, что именно наше знание норм позволяет отсеять то, что не имеет отношения к делу, и определить, какие из фактов юридически действительны. На деле, однако, наше определение ситуации в целом обусловлено множеством подразумеваемых предположений, которые вообще не проявляются в эксплицитных нормах. В книге Готлиба есть несколько ценных наблюдений на этот счет в главе IV, "The Facts", на стр. 56–57, где он замечает, что «в процессе применения правовых норм критически важный этап [то есть этап определения значимых фактов] пронизан неюридическими стандартами».

Будет поучительным вкратце отметить, как авторы трудов, написанных в позитивистском духе, подходили к проблеме толкования и как они стремились переопределить ее в терминах, свойственных их интеллектуальным взглядам. В своей лекции 1957 г.³⁵ Харт, по-видимому, доказывал, что в делах обычного типа применение закона идет более или менее гладко, с использованием обычных, или словарных значений использованных в нем слов. В этих обычных или нормальных делах нет места для догадок методов отношении политических целей, которые преследовались с помощью этого закона, или в отношении намерений его составителей. Какие бы то ни было попытки исследовать законодательную цель становятся необходимыми лишь в эпизодически возникающих «переходных» или пограничных ситуациях. В своей лекции Харт с яростью выступил против болезни юридического мышления, которую он назвал «озабоченностью полутенями». Его тезис, по-видимому, состоял в том, что мы должны стоять свое здание правовой философии на фундаменте рутинной или обычной практики и проходить мимо затруднений, иногда возникающих в «пограничных» ситуациях, как не имеющие значения для основной линии исследования правовых феноменов. В «Понятии права» слово «толкование» отсутствует в предметном указателе, хотя мысли из его Холмсовской лекции повторяются с некоторыми изменениями на страницах 120—132 и 200—201; представленная в книге точка зрения отличается от той, что содержится в лекции, главным образом тем, что выражена несколько менее явно.

Как и Харт, его великий предшественник Джон Остин в значительной степени исключил проблему толкования из базовой конструкции своей теории. Однако, в отличие от Харта, когда Остин в конце концов приступает к этому предмету, его трактовка оказывается сложной и перегруженной внутренними напряжениями. Он различает толкование статутного права и метод «индукции», используемый при применении «судейского права»³⁶. Он нигде не старается доказать, что правовой акт может или должен

³⁵ См. выше, прим. 1, pp. 606—615.

³⁶ II *Lectures on Jurisprudence* (1879), pp. 648—51.

применяться без ссылки на законодательную цель, хотя и утверждает, что в качестве «основного указания» на намерение законодателя следует принимать «буквальное значение» статута³⁷. Отнюдь не отказываясь от истолкования на основе целей, он пишет: «Если не обозначены основания для принятия законов и создания порождаемых ими прав и обязанностей, то и сами законы оказываются непонятными»³⁸.

Кельзен в «Чистой теории права»³⁹ посвящает несколько заключительных страниц вопросу толкования, по сути дела утверждая, что, кроме тех случаев, когда конкретный результат исключается логической структурой правового акта, судебное истолкование есть попросту форма законотворчества. При этом мотивы, исходя из которых судьи формируют эти новые законы, с точки зрения правового позитивизма, столь же неважны, сколь и те, которые побуждают законодательный орган принимать именно тот, а не иной правовой акт. Короче говоря, для Кельзена толкование вовсе не является частью правоведческого анализа, а относится скорее к политике и социологии.

Другой подход к разрешению трудностей, связанных с толкованием, был предложен Греем, а также некоторыми представителями американского правового реализма... Поскольку статут становится «твердым законом» [hard law] после того, как его значение определено судом, Грей предложил рассматривать статуты вообще не как право, а лишь как источники права⁴⁰. С помощью такой уловки предполагалось «понизить» определение права так, чтобы оно совпадало с приложением права к явлениям человеческой жизни. Однако реализм Грея оказывается ослаблен тем фактом, что значительная часть корпуса права применяется бюрократами, шерифами, полицейскими и другими лицами, действующими без руководства со стороны суда. Соответственно этому некоторые из правовых реалистов

³⁷ Ibid., pp. 644—45.

³⁸ Ibid., p. 1113.

³⁹ Kelsen, *The Pure Theory of Law* (1967), Ch. VIII, pp. 348—56. (Это перевод второго немецкого издания.)

⁴⁰ Gray, *Nature and Sources of the Law* (2d ed. 1921), Ch. IV, pp. 300—25 et passim.

предложили определять право как «модели поведения судей и других государственных должностных лиц»⁴¹. Эта причудливая конструкция представляла собой окончательный провал, поскольку оставляла за наблюдателем решение о том, на основании каких критериев ему следует распознавать и интерпретировать «модели поведения», которые и составляют первичную правовую реальность.

Это разнообразие подходов к разрешению общего для всех затруднения наводит на мысль, что что-то в корне не так с предпосылками, на основе которых определяется проблема. Я полагаю, трудность возникает из-за того, что все авторы, чьи представления были только что резюмированы, исходят из посылки, что право должно рассматриваться как одностороннее проецирование власти, а не как предприятие, осуществляемое на основе сотрудничества. Если мы рассматриваем в качестве основного элемента права обязательство правительства соблюдать свой собственный закон при оценке действий своих подданных, то истолкование займет в теории то самое центральное место, которое оно всегда занимало в нашем повседневном мышлении о праве. Это определенно не означает, что проблема тем самым упростится: напротив, обнаружится ее скрытая сложность, и мы больше не сможем делать вид, что это второстепенный вопрос, который можно оставить на усмотрение неотрефлексированного здравого смысла.

В поисках более плодотворного подхода к толкованию полезно начать с некоторых замечаний о языке как таковом. Первое замечание состоит в том, что среди всех видов человеческой деятельности язык представляет феномен взаимодействия *par excellence**; его формы возникают и живут в процессе взаимодействия. Словесная коммуникация не состоит в транспортировке смысловых блоков из одной головы в другую: она подразумевает усилия, направленные на инициирование в другом уме процессов восприятия, которые будут в максимально возможной степени соответствовать аналогичным процессам, которые имеют место в уме передающей стороны. Если я адресую вам свои

⁴¹ См. выше, прим. 10.

* В особенности, главным образом (*франц.*). — Прим. перев.

слова в ситуации, которая требует определенной точности коммуникации, я должен буду спросить себя, какое именно значение я приписываю словам, которые я использую, что именно вы имели бы в виду, если бы использовали те же самые слова, и что, по вашему мнению, скорее всего буду иметь в виду я, используя эти слова в контексте наших взаимоотношений, не говоря уже о более сложных цепочках взаимных ожиданий.

Ученый, настроенный позитивистски, обычно ищет спасения от такого рода трудностей в принятии упрощенного представления о языке, которое я охарактеризовал выше (на стр. ...) как «семантическая теория, основанная на указывании». Для целей настоящего рассуждения будет полезно временно пренебречь трудностями, которые приносит язык, и рассмотреть то, каким образом возникает проблема толкования в том случае, если задача состоит в выявлении смысла действий, а не слов.

Предположим, к примеру, что в некоторой области коммерческой практики определенные виды деловых отношений долгое время регулировались молчаливо принимаемыми взаимодополняющими ожиданиями, и каждый участник в своем поведении по отношению к другому руководствовался этими ожиданиями. Допустим, возникает некая необычная ситуация, и между сторонами вспыхивает спор относительно следствий установившейся практики в отношении их прав. Для разрешения спора его участники обращаются к арбитру или к судье. Его задача теперь состоит в том, чтобы истолковать смысл устоявшейся практики применительно к сложившейся особой фактической ситуации, которая прежде не оказывала непосредственного воздействия на формирование ожиданий участвующих сторон.

Ясно, что в такого рода случае главный ориентир при принятии решения арбитром вероятно был бы найден в принципе, который фактически не затрагивается в позитивистских исследованиях проблемы толкования, а именно — что окончательный результат должен гармонично вписываться в систему взаимных ожиданий, выраженных в прошлых сделках. Это проблема не логической согласованности, а того, что можно было бы назвать совместимостью по целям

[purposive compatibility]. Вопрос, который при том следует задавать, звучал бы примерно так: «Какое решение наилучшим образом послужит сохранению установившихся обычаев в качестве “игры, в которую по-прежнему можно играть”?»». Результат, несовместимый с установившимися ожиданиями, разрушил бы функционирующую и общепризнанную систему, которая служила для регулирования отношений сторон друг с другом. Ясно, что для достижения удовлетворительного решения спора арбитр должен быть способен воспринять и понять неявные смыслы, содержащиеся в существующей практике, а его решение не может быть справедливым и уместным, если ему недостает воображения, необходимого для того, чтобы встать на место других, чье прошлое поведение относительно друг друга он истолковывает.

Таким образом, в обсуждаемой здесь ситуации хорошее решение являлось бы примером сочетания двух взаимосвязанных качеств: уважительное отношение к регулярной структуре и понимание социального контекста. И я утверждаю, что эти *desiderata* также применимы и к истолкованию писаного права. Конечно, если мы мыслим правовой акт как аналог военного приказа, направленный на регулирование действий того, кто не допущен до информации о стратегии, принятой на более высоком уровне управления, то задача истолкования будет состоять в том, чтобы распознать, насколько это возможно, пожелания высшего командования. В то же время, если функция права состоит в создании упорядоченного взаимодействия между гражданами и в обеспечении надежных ориентиров для их самоуправляемой деятельности, то проблема приобретает иные черты, и руководящие принципы, применяемые при истолковании слов, уже не будут рассматриваться как радикально отличные от тех, которые применяются для истолкования поведения при взаимодействии. В частности, и уважительное отношение к регулярной структуре, и способность воспринимать требования ситуации смогут рассматриваться как необходимые условия для разумного толкования писаного закона.

Можно возразить, что любой анализ, который, подобно только что представленному, начинается с примера, взя-

того из коммерческой практики, неизбежно будет содержать в себе неявное предубеждение. Может показаться неправильным говорить, что закон, направленный против убийств, направлен на обеспечение «надежных ориентиров для человеческого взаимодействия», кроме как в переносном и в целом неадекватном смысле. Безусловно, удовлетворительное решение проблем толкования зависит от контекста, и я все время это утверждал. Но даже в случае с убийством, по всей вероятности, существенные вопросы относительно толкования будут связаны с такими ситуациями, как апелляция к самозащите. Язык любого статута, регулирующего эту проблему, будет тяготеть к общности и неопределенности. Те, кто толкует закон (в данном случае к их числу будут относиться и судья, и присяжные), если они добросовестно выполняют свои обязанности, должны поставить себя на место обвиняемого и спросить, что можно обоснованно ожидать от человека, оказавшегося в этой ситуации. Для удовлетворительного решения необходимо знание жизни, способность к сопереживанию и понимание того, какая норма может предоставить реалистичное руководство к действию.

Во второй главе я довольно долго занимался антиномиями, с которыми может столкнуться тот, кто отвечает за поддержание законности. Зачастую та или иная неудача в правовом предприятии будет создавать ситуацию, в которой невозможно в какой-то степени не поступиться законностью, так что важнейшая задача состоит в том, чтобы уменьшить масштабы этого компромисса. Наиболее очевидный пример такого затруднения представляет ситуация, в которой использование закона с обратной силой покажется меньшим из зол.

Вся практика толкования неявным образом пронизана проблемами такого рода. Предположим, к примеру, что принят статут с целью упорядочения некоторой сферы человеческих отношений. Можно предположить, что с виду он достаточно ясен, но поражен фундаментальным дефектом, который состоит в неверном понимании ситуации, исправить которую он был предназначен. В этом отношении законодательный орган оказался похожим на врача, который прописывает курс лечения от одной болезни, тогда как

на деле пациент страдает другой. На основе каких критериев суд должен толковать такой правовой акт? Можно сказать, что более-менее буквальное применение его положений реализует фактически существовавшее законодательное намерение, хотя и не то, которое имело бы место, если бы законодательный орган понимал, что он делает. Кроме того, толкователь должен принять во внимание интерес такого гражданина, который, будучи не затронутым регулируемой ситуацией, может воспринять правовой акт буквально, не испытывая при этом никаких сомнений именно потому, что он столь же неосведомлен о сущности ситуации, на которую направлен статут, сколь неосведомлен был законодательный орган. В то же время те, кому правовой акт был адресован в первую очередь, то есть те, кто на самом деле живет в ситуации, исправить которую предназначен этот акт, возможно, увидят в нем лишь неясность, путаницу и извращенность. Прочитывая статут в свете их собственного, более адекватного понимания ситуации, которая составляет часть их жизни, она могут расценить такой акт как нечто, не являющееся законом. У суда нет никакого легкого выхода из этой ситуации.

Случаи вроде этого представляют собой лишь одну иллюстрацию затруднений, с которыми сталкивается суд, когда он вынужден спрашивать сам себя, насколько он волен исправлять ошибки законодательного органа. Явная опечатка, вероятно, не будет представлять никакой трудности. Иное дело решить, что сказал бы законодательный орган, если бы он был способен выразить свое намерение более точно, или если бы он обратил внимание на взаимодействие своего правового акта с другими, уже изданными законами, или если бы он учитывал то, что верховный суд собирается отменить прецедент, имеющий отношение к делу — эти и другие вопросы могут напомнить нам, что задача толкования законов есть нечто большее, чем простое «осуществление намерения законодательного органа».

Может показаться, что приведенные здесь замечания говорят о том, что органу, осуществляющему толкование, требуется всего лишь достичь баланса между самоограничением и инициативой при исправлении ошибок и промахов вышестоящей власти. Но проблема, конечно, более слож-

на. Орган, толкующий закон, должен вспомнить, к примеру, что стандарты толкования, как они им понимаются, вероятно, создадут ожидания у тех, кого они касаются, и что внезапное изменение этих стандартов может повредить совместным усилиям, необходимым для достижения и поддержания законности. Предположим, например, что суды данной юрисдикции традиционно толковали законы узким, ограничительно-буквальным образом. Ожидание того, что эта практика будет продолжаться, почти наверняка входит в расчеты законодательного органа, и весьма вероятно, что составитель закона будет излагать свой статут так, что последний, так сказать, приведет к правильному результату лишь тогда, когда его область действия будет сужена ограничительным толкованием суда. Внезапный переход судов к более вольным стандартам толкования может изменить смысл законодательства таким образом, что он пойдет вразрез с намерениями людей, которые это законодательство принимали, и, возможно, такая перемена запутает всех, кого оно касается.

Сходным образом, когда у суда есть основание применять закон иностранной юрисдикции, недостаточно знать текст закона: этот текст следует читать так, как его прочли бы юристы страны, его принявшей, то есть понимать его так, как поняли бы те, кто разделяет подразумеваемые послышки, являющиеся составной частью правовой системы, которой принадлежит этот закон. Это соображение было с необычайной ясностью высказано в решении Окружного суда США, расположенного в штате Массачусетс. Вынесение решения по этому делу требовало применения не федерального, а массачусетского права. Подходящими оказались несколько прецедентов, созданных решениями Верховного апелляционного суда штата Массачусетс, и вопрос состоял в следующем: если бы данный спор был представлен на его рассмотрение, то сопровождал бы этот суд формулировки данных прецедентов оговорками и сделал бы он исключение, для данного дела? Судья Чарльз Визански счел необходимым обратить внимание не только на формулировки решений суда штата Массачусетс, но и на общий дух, которым, по всей вероятности, объяснялся подход к этим решениям судов, их принимавших:

«Тонкие различия и неясные формулировки не свойственны [Верховному апелляционному суду штата Массачусетс]. Принципы декларируются и применяются в ясных, авторитетных терминах. Во главу угла ставится прецедент и приверженность старым решениям, а не создание новых оснований для иска, и не поощрение новых средств судебной защиты, которые последнее время возникают в менее консервативных сообществах»⁴².

В заключениях судей обычно трудно встретить подобные упражнения в прикладной антропологии. Но данный пример может послужить нам напоминанием о том, насколько значительная часть нашего писаного права в действительности является неписаной; он поможет нам увидеть, что понимание писаного закона требует понимания общепринятых посылок, которые являются составной частью процесса создания этого закона и его толкования⁴³.

Упоминание антропологии позволяет мне непринужденно перейти к следующей общей теме, которая связана с *обычным правом* и с *международным правом*. Подобно проблеме толкования, ни один из этих предметов так и не нашел своей тихой гавани в позитивистской теории. Как и в случае с толкованием, отношение правовых позитивистов к этим формам права колеблется между ледяным неприятием и удушающими объятиями. Для Остина обычное право и международное право были даже не правом, а своего рода псевдо-правом, который, по сути, следовало бы называть позитивной моралью. Кельзен движется в противоположную сторону и видоизменяет эти две формы права так, чтобы встроить их в свою теорию, пусть даже ценой столь значительного искажения их основных посылок, что сами эти предметы становятся почти полностью неузнаваемыми.

Ясно, что концепцию права как однонаправленного установления контроля над человеческим поведением не так-то легко приложить к обычному и международному праву. Два эти проявления права описываются как *гори-*

⁴² *Pomerantz v. Clark*, 101 F. Supp. 341, at p. 346 (1951).

⁴³ В книге *Anatomy of the Law* (1968) я пытался проследить некоторые взаимосвязи того, что я назвал там «созданное право» и «имплицитное право» (см., в особенности, pp. 43—84).

зонтактальные формы порядка, тогда как мы склонны полагать, что у права, диктуемого государством своим гражданам, есть лишь *вертикальное* измерение. Иначе говоря, трудность постижения обычного и международного права как права в собственном смысле слова, возникает из идеи, что понятие права подразумевает наличие как минимум трех элементов: законодателя и по крайней мере двух подданных, отношения между которыми регулируются правилами, диктуемыми им «сверху» законодательной властью. Затруднение вызывает следующий вопрос: как может индивид, семья, племя или нация ограничить себя законом, который будет регулировать их отношения с другими индивидами, семьями, племенами или нациями? В отличие от морали, закон нельзя навязать самому себе: он должен исходить от некоей вышестоящей власти.

Я же полагаю, что все эти вопросы потребуют радикального пересмотра, если мы признаем один простой, фундаментальный факт, а именно — что принятый закон сам по себе предполагает обязательство правящей власти соблюдать свои собственные правила в своих делах с подданными. То есть существует горизонтальная составляющая в том, что правовой позитивизм рассматривает как вертикально навязываемый закон. Если признать этот фундаментальный принцип законотворчества и правоприменения, то стало бы ясно, что большинство затруднений, которые возникают в дискуссиях о международном и обычном праве, относятся также и к «настоящему» праву. Например, основывается ли обязательство правительства следовать его же собственным правилам на «законной» или на «моральной» обязанности? Если это «законная» обязанность, то возникает вопрос — как власть, которая принимает и отменяет законы, может связать саму себя законом? Если эта обязанность имеет моральную природу, то мы сталкиваемся с иного рода трудностью. Выясняется, что важнейшее качество, которое служит для различения между правом, с одной стороны, и руководящего указания, военного приказа или ничем не ограниченного применения силы, с другой стороны, само по себе содержит моральную составляющую, и само фундаментальное различие между правом и моралью оказывается безнадежно подорванным.

Если, однако, оставить в стороне эти концептуальные разногласия и позволить себе мысленно примерить на себя ответственность за поддержание принципа верховенства права в рамках современного государства, то мы увидим, что выполнение этих обязанностей потребует сложных, совместных усилий, принципиально не отличающихся от тех, которых требуют системы обычного и международного права. Мы обнаружим, что вынуждены уделять внимание роли обычая в системах права, стремящихся к тому, чтобы все нормы были официально утверждены в писаном виде. Эта роль становится очевидной там, где обычай является эксплицитно установленным стандартом судебного решения, как делается в нашей стране, где нередки ссылки на торговый обычай в соответствии с Единым коммерческим кодексом. Но обычное право (под которым мы понимаем в первую очередь неявные обязательства, возникающие в процессе взаимодействия) играет важную, хотя обычно молчаливую роль не только в толковании писаного права, но и помогая заполнять пробелы, которые всегда будут обнаруживаться в корпусе формально принятых законов.

В целом неприметная роль обычая существенно варьируется в зависимости от той или иной системы писаного права, но можно с уверенностью сказать, что неявные ожидания, которые составляют обычное право, всегда будут составной частью практической реализации идеала законности. Верность принципу верховенства права требует от правительства не только соблюдения им же провозглашенных и опубликованных правил, но и уважительного отношения к оправданным ожиданиям, которые созданы правительственным толкованием ситуаций, не регулируемых продекларированными в явном виде правилами. Еще более очевидно, что верховенство права требует применения правительством писаных норм в соответствии с тем или иным общепринятым прочтением, вписанным в эти правила в ходе их применения. Конечно, если принимать во внимание все эти сложности, то это затруднит создание стройных правоведческих теорий. Зато упростится мысленный переход от кодексов, устанавливаемых государством, к несколько менее упорядоченным проявлениям права, примерами которых служат международное и общее право.

В сегодняшнем мире обычное право больше не является вопросом чисто теоретического характера. Недавно возникшие национальные государства в Африке, Азии, а также в других регионах мира оказываются вовлечены в процесс болезненного и зачастую опасного перехода от племенного и обычного права к национальным системам писаного права. Важную роль в облегчении такого перехода играют западные эксперты по юридическим вопросам (особенно из США), выступающие в роли советников. Те, кто занимался этой деятельностью, часто выражали сожаление, что они оказались недостаточно подготовленными для нее, не имея более глубокого понимания правовой антропологии. По их мнению, будь они лучше подготовлены в той сфере, они могли бы лучше осмыслить значение обычного права для тех, кто живет по его нормам.

Я бы сказал, что столь же необходима более адекватная антропология нашей собственной правовой системы. Во второй главе я неоднократно говорю о праве как о «предприятии» и понимаю, что некоторым это выражение режет ухо. Но для тех, кто никогда не пытался создать систему эксплицитно принятых норм или жить по ней, право на самом деле является предприятием, и весьма рискованным. В этом контексте строгая геометрия правового позитивизма не просто совершенно нерелевантна, но становится положительно опасной.

Не нужно думать, что правовые теории не играют никакой роли в практике оказания помощи народам, живущим в условиях племенного строя, в деле подчинения самих себя режиму законодательного (писаного) права. Очевидно, что этим народам требуется то или иное определение цели, к достижению которой должны быть направлены их усилия. Недавно был опубликован сборник статей под названием «Африка и право: развитие правовых систем африканских членов Содружества Наций»⁴⁴. Вступительная статья к этому сборнику на своей первой странице содержит следующее утверждение: «Профессор Харви определил право как «особый метод социального упорядочивания,

⁴⁴ *Africa and Law - Developing Legal Systems in African Commonwealth Nations*. T. W. Hutchinson, ed., 1968. Приведенная цитата взята из статьи Роберта Зидмана, р. 3.

сущность которого коренится в том, что оно основывается на авторитете, власти и в конечном счете на монополии на применение насилия, зарезервированной за политически организованным обществом». Право — это ценностно-нейтральный инструмент. С этой точки зрения, право не обладает моральным авторитетом только лишь в силу того, что оно является правом; наоборот, право охватывает все аспекты государственной власти. Действительно, как указывал Ганс Кельзен, не существует различия между государством и правом: это просто две стороны одной и той же монеты. Каждый государственный институт есть проявление государственной власти, и может рассматриваться как с институциональной, так и с правовой точки зрения».

Неясно, какую роль играет эта концепция в мышлении автора; он в конечном счете приходит к выводу, что ни обычное право, ни заимствованное английское право не удовлетворяют нуждам новых африканских стран. В то же время я должен сказать, что не могу представить другого столь же неподходящего контекста для концепции права, которую передает приведенная здесь цитата. (Я прекрасно знаю, что мои критики из числа приверженцев «нового аналитического правоведения» не признают открыто доктрину тождественности государства и права. Но я со всей серьезностью спрашиваю их: какой догмат их философии, какой провозглашаемый ими принцип или стандарт дает им зацепку, чтобы остановить сползание к этому окончательному *reductio ad absurdum** позитивистского подхода?)

Среди тех, кого в нашей стране интересуют программы достижения мира во всем мире, по-видимому, произошла определенная поляризация точек зрения. Одни выступают за по возможности скорейшую реализацию чего-то вроде мирового правового порядка в духе «вертикали». Противоположный взгляд отстаивается теми, кто рекомендует в качестве самого надежного пути к достижению мира усилия, направленные на достижение взаимных компромиссов между странами, — компромиссов, которые могут принять

* Доведение до абсурда (лат.). — Прим. ред.

форму формальных договоров, но могут также развиваться посредством неявных соглашений, которые постепенно оформятся в право. В той мере, в какой это различие в стратегиях основано на непредвзятой и реалистической оценке альтернатив, оно является полезным и соответствующую дискуссию необходимо продолжать. Но я не могу не прийти к выводу, что по крайней мере некоторые из тех, кто не удовлетворится ничем, кроме как общемировой законной властью, находятся под влиянием не политической и социологической реальности, а стремления к концептуальной стройности, то есть убеждения, что ничто не может считаться правом, если оно не удовлетворяет привычному для нас определению закона, действующего внутри государства. Пересмотр этих определений мог бы представить проблему международного порядка в ином свете и несколько смягчить нынешнее противостояние точек зрения.

Было бы неверным завершить рассмотрения взаимосвязанных тем международного права и обычного права, не обратив внимания читателя на недавно вышедшую книгу Майкла Баркана «Право без санкций: порядок в примитивных обществах и мировом сообществе» [Michael Barkun, *Law without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community* (1968)]. Баркан высказывает много пронизательных замечаний по поводу вреда, нанесенного [теоретической] мысли в интересующей его области упрощенческими общими теориями права. Он обращает особое внимание на опасности, возникающие из-за того, что социологи и антропологи основывают свои определения права на тех, что стали расхожими при изучении внутригосударственного права: «Несмотря на отрицательное отношение со стороны социолога к смешению фактов и ценностей, он склонен рассматривать безгосударственные сообщества (будь то международное или примитивные) с общепринятой точки зрения внутригосударственного права. Последнее является неотъемлемой и легко наблюдаемой частью окружающей его действительности. Здесь мы имеем своего рода неосознанное культурное предубеждение, в результате которого система теоретических взглядов профессионального юриста, которая, как может показаться, в достаточной мере охватывает право (как оно нам обычно представляется), без

малейших сомнений переносится в социологию. Но если мы будем исходить из того, что теории строятся, а не обнаруживаются в мире платоновских идей, то такое некритическое заимствование будет ничем не оправдано» (с. 11).

До сих пор я рассматривал выводы из своей полемики с представителями «нового аналитического правоведения» по проблемам, по большей части возникшим в рамках того, что по своей природе относится к «праву». Теперь я бы хотел обратиться вкратце к следствиям, которые эта дискуссия имеет для *понятия морали*.

Во вступительной части своего «Ответа» я говорил, что аналитическому правовому позитивизму «недостает социального измерения». В качестве средства исправления этого недостатка я рекомендовал «интеракционистскую теорию права» [an interactional theory of law]. Я убежден, что понятие морали, принятое моими критиками, страдает от того же самого недостатка, по крайней мере в некоторой степени, и может быть улучшено тем же самым способом.

Отвергая мою идею внутренней морали права, Харт в одном месте, по-видимому, предполагает, что утилитаристский принцип сам по себе вполне способен включить в себя все функции, которые я приписал восьми принципам законности. Харт утверждает, что ценность этих принципов должна признаваться «лишь в той степени, в какой они вносят вклад в достижение человеческого счастья и прочих материальных целей права, задаваемых правовой моралью»⁴⁵. В том же отрывке он указывает, что следует осудить ретроактивные законы в целом, потому что они «не вносят вклада в человеческое счастье» и, если их следствием является наказание, «причиняют бесполезные страдания». Комментируя эти утверждения, я хотел бы отметить, что даже если бы мы желали применить утилитаристский принцип как окончательный тест на добродетельность, любое осмысленное применение этого принципа должно предполагать некоторую стабильность процессов взаимодействия внутри общества, а эта стабильность, в свою очередь, существенно зависит от ориентиров, которые предоставляет добросовестно отправляемая правовая

⁴⁵ См. выше, прим. 3, р. 1291.

система. Никто не может проследить последствия конкретного действия через хитросплетения общественной ткани, если сама эта ткань не сохраняет определенную степень целостности.

Я полагаю, что пренебрежение интерактивными аспектами морали можно обнаружить в целом в трактовке моими критиками того, что я назвал внутренней моралью права. По-видимому, никто из них не желает выразить моральное осуждение законодателю, который по своему безразличию к требованиям своего положения беспорядочно или неверно расставляет правовые вехи, посредством которых люди координируют свои действия. Например, Коэн утверждает, что «в принятии противоречивых законов нет ничего, оскорбляющего мораль. Конечно, это не означает того, что такие законы не могут быть приняты по причинам, которые сделают их эти законы безнравственными, или что непреднамеренно созданная ситуация не может быть использована аморальным образом»⁴⁶.

В том же духе Дворкин осуждает законодателя, который отступает от принципов законности, чтобы «преднамеренно спровоцировать на уголовно наказуемое деяние» некую невинную жертву⁴⁷, но не желает осуждать законодателя, чья небрежность при исполнении своих обязанностей приводит к состоянию правовой неопределенности, которая может предоставить кому-либо другому возможность для осуществления подобной провокации.

Дороти Эммет в своей книге «Правила, роли и отношения» [*Rules, Roles and Relations* (1966)] оказала этической философии огромную услугу тем, что пронизательно и убедительно вновь ввела в рассмотрение проверенное временем понятие социальной роли. Мораль, связанная с ролью, с очевидностью является моралью взаимодействия. Но способы анализа, применимые к проблемам ролевой морали, также пригодны для рассмотрения моральных проблем, которые не связаны с исполнением ролей, воспринимаемых в качестве таковых. Именно по этой причине я полагаю, что изучение комплексных требований

⁴⁶ См. выше, прим. 6, р. 652.

⁴⁷ См. выше, прим. 6, р. 637.

внутренней морали права может углубить наше понимание моральных проблем в целом.

В частности, подробное изучение проблем, которые возникают при попытке достичь законности и поддерживать ее, непременно поставит перед нами проблему, которую я назвал проблемой «антиномий», то есть с тем видом дилеммы, с которым мы встречаемся, когда оказывается необходимым отойти от одного принципа правовой морали, чтобы сохранить другой. Иллюстрации этого феномена, приведенные во второй главе, касаются главным образом случаев, когда исправление какой-либо неудачи или промаха требует отхода от нормальной практики законности, например, введения исправляющего законодательства, по необходимости имеющего обратную силу.

То, что этические философы не всегда готовы иметь дело с дилеммой такого рода, видно из вопроса Коэна, не «отказываюсь» ли я от своих доводов, когда «признаю», что в некоторых обстоятельствах ретроспективное законодательство может быть благотворным⁴⁸. Если бы я сказал, что, по моему мнению, лгать безнравственно, но следует сделать исключение, когда ложь произносится во спасение невинной жизни, не думаю, что Коэн заявил бы, что я, признав это исключение, «отказался» от своего утверждения, что лгать нехорошо. В обоих случаях оговорка возникает из-за особого социального контекста. Разница состоит в том, что в одном случае требования, возникающие из этого контекста, ясно видимы и совершенно понятны, — можно представить сумасшедшего, врывающегося с требованием сообщить ему, где скрывается его будущая жертва, — тогда как в другом случае социальный контекст сложен, а связанные с ним взаимодействия не являются непосредственными и легко наблюдаемыми.

Если у Коэна возникают затруднения с моей «посылкой», что имеющие обратную силу правовые акты, исправляющие прошлые отступления от принципов законности, могут в конечном итоге оказаться благотворными, что еще труднее ему принять идею, что антиномии во

⁴⁸ См. выше, прим. 5, р. 652.

взаимоотношениях между принципами правовой морали можно встретить при рассмотрении устройства правовых институтов. Разобравшись с «посылкой», подразумеваемой в моих комментариях относительно корректирующих правовых актов, Коэн продолжает: «Но уступки Фуллера идут еще дальше. Он признает, что всякий раз, когда судья выносит решение по делу, нормы которого неясны, он создает закон, имеющий обратную силу. Было неожиданно встретить у Фуллера такую разновидность правового реализма, которая не вполне совместима с его обоснованным утверждением, что если судья не примет никакого решения по такому делу, то он “не выполнит своей обязанности урегулировать споры, возникающие на основе существующего корпуса законов”»⁴⁹.

Процитированное заявление вряд ли мог сделать тот, кто способен наглядно представить себе контекст, в котором две стороны, споря о значении правового акта для их соответствующих прав, обращаются к судье и просят его разрешить этот спор. По Коэну получается, что судья должен сказать: «Вы, господа, оказали услугу обществу, указав на существенную двусмысленность в этом законе. Хотя ваши доводы по этому делу по сути дела уравнивают друг друга, я разрешаю ваш спор о смысле закона в пользу утверждения, сделанного стороной А. Однако, поскольку я не хочу создавать закон, имеющий обратную силу, это истолкование будет действительным лишь для ситуаций, которые возникнут в будущем. Что до конкретного спора между вами, я оставляю его без вынесения решения». Монологической этике вряд ли представится случай распознать проблемы такого рода или разрешить их, в то время как мораль, занимающаяся социальным взаимодействием, неизбежно столкнется с ними и разрешит их, насколько это будет возможно, а это означает, что в соответствии с ней зачастую придется взвешивать преимущества и недостатки того или иного образа действия, либо той или иной институциональной структуры⁵⁰.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ В *Anatomy of the Law* (1968), на с. 84–112 я попытался в этих терминах сравнить англо-американское общее право и системы, основанные на всеобъемлющей кодификации.

Наконец, я с некоторой неохотой перехожу к краткому рассмотрению спора «позитивизм против естественного права». Если бы сегодняшняя полемика разгорелась тридцать лет назад, то упомянутый спор, вероятно, рассматривался бы как центральный пункт всей дискуссии. Определенно было время, причем на памяти нынешнего поколения, когда непочтительные слова о правовом позитивизме навлекали на их высказавшего подозрение в приверженности некоей маловразумительной, туманно мотивированной, метафизической и, возможно, как-то связанной с церковью версии естественного права.

К счастью, теоретические ветры, похоже, сменили направление. Позитивизм теперь испытывает атаки по многим фронтам, особенно в лингвистике и в философии науки и искусства. В социологии и правовой антропологии есть заметная тенденция отхода от структурных теорий в сторону исследований процессов взаимодействия; мне говорили, что похожий сдвиг происходит на протяжении последних пятнадцати лет в психиатрии и психоанализе. Что касается права, то Рональд Дворкин, один из моих самых бескомпромиссных критиков, недавно опубликовал то, что сам он описывает как «атаку на позитивизм»⁵¹. В этом новом интеллектуальном климате больше не нужно ни приносить извинений за критическое отношение к позитивизму, ни опасаться того, что отказ от позитивизма вызовет подозрения в претензии на установление прямого контакта с Абсолютной Истиной.

В условиях по-видимому происходящей смены ориентиров появляется надежда на возрождение несколько большей терпимости и нового интереса к великой традиции, воплощенной в литературе по естественному праву. В этой литературе можно найти много глупостей и того, что неприемлемо для современного интеллектуального вкуса; здесь также найдется и практическая мудрость, примененная к проблемам, которые в широком смысле можно назвать проблемами социальной архитектуры. Св. Фома Аквинский для многих является символом всего, что есть догматического и теологического в традиции естественного

⁵¹ См. выше, прим. 34.

го права. И все же, как указал недавно один автор⁵², Фома Аквинский в некоторой мере признавал и учитывал все восемь принципов законности, изложенные во второй главе. Мне не известен ни один автор позитивистского направления, который был бы, кроме как чисто формально, заинтересован общей проблемой достижения и поддержания законности.

В философии науки переориентация, связанная с именами Майкла Полани и Томаса Куна, была отмечена сдвигом интереса от концептуализации и логического анализа научной верификации в сторону исследования действительных процессов, посредством которых совершались научные открытия. Возможно, со временем философы права перестанут заниматься главным образом выстраиванием «концептуальных моделей» для представления правовых феноменов, оставят свои бесконечные споры о дефинициях и повернутся к анализу социальных процессов, которые и составляют правовую реальность.

⁵² Lewis, "The High Court: Final... but Fallible," 19 *Western Reserve Law Review* 528–643, at p. 565 (1968). (С известной натяжкой можно сказать, что Фома Аквинский признавал принцип соответствия официальный действий провозглашенному закону.)

РЕЦЕНЗИИ И ОТЗЫВЫ НА КНИГУ «МОРАЛЬ ПРАВА»

- Andrews, 89 *Library Journal* 3012 (1964).
Bartholomew, 58 *American Political Science Review* 984 (1964).
Baum, 10 *St. Louis University Law Journal* 435-441 (1966).
Bedau, *The Nation* (April 12, 1965), pp. 398-401.
Berns, *The National Review* (August 11, 1964), pp. 690-691.
Binkley, 1965 *Duke Law Journal* 668-670 (1965).
Blackshield, *Reading Guide of the University of Virginia Law School*, (Feb. 1965), pp. 11-16.
Boyé, *Revue Historique de Droit Français et Étranger* (July-Sept. 1965), pp. 504-505.
Brady, 43 *Texas Law Review* 258-259 (1964).
Braybrooke, 3 *Dialogue* 441-444 (1965).
Burrus, 17 *Hastings Law Journal* 861-864 (1966).
Campbell, 28 *Modern Law Review* 370-373 (1965).
Denonn, 50 *American Bar Association Journal* 1077 (1964).
Dias, 1965 *Cambridge Law Journal* 157-159 (1965).
Dowrick, 81 *Law Quarterly Review* 602-603 (1965).
Golding, 76 *Ethics* 225-228 (1966).
Gross, 40 *New York University Law Review* 1220-1229 (1965).
Grunbaum, *Church & State* 473-475 (1966?).
Hanft, 43 *North Carolina Law Review* 238-244 (1964).
Hart, 78 *Harvard Law Review* 1281-1296 (1965).
Hosking, 40 *California State Bar Journal* 90-94 (1965).
Hughes, 17 *Stanford Law Review* 547-559 (1965).
Jacobs, F. G., 10 *N.S., Juridical Review* 92-93 (Edinburgh, 1965).
Jacobs, Francis, 75 *N.S. Mind* 605-607 (1966).
Johnson, 33 *Tennessee Law Review* 563-565 (1966).
129 *Justice of the Peace and Local Government Review* 44 (London, Jan. 16, 1965).
Kurczewski, *Studia Filozoficzne* 274-280 (Warsaw, 1967).
235 *Law Times* 502 (London, Sept. 4, 1964).
Lewis, 17 *Western Reserve Law Review* 349-357 (1965).
McDowell, 44 *Boston University Law Review* 587-590 (1964).
Mandelbaum, 10 *New York Law Forum* 648-650 (1964).
Meyer, 10 *McGill Law Journal* 380-383 (1964).
Montrose, 16 *University of Toronto Law Journal* 451-455 (1966).
Morison, 5 *Sydney Law Review* 181-185 (1965).
Perelman, 10 *Natural Law Forum* 242-245 (1965).
Review of Metaphysics, p. 367 (December 1966).
Rose, 39 *Tulane Law Review* 387-395 (1965).
Savarese, 53 *Georgetown Law Journal* 250-258 (1964).

- Schwartz, 359 *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* 190 (1965).
- Selznick, 30 *American Sociological Review* 947-948 (1965).
- Summers, 18 *Journal of Legal Education* 1-27 (1965).
- Tucker, 40 *Indiana Law Journal* 270-279 (1965).
- Tunc, 3 *Revue Internationale de Droit Comparé* 519-521 (1965).
- Wasserstrom, 19 *Rutgers Law Review* 581-586 (1965).
- Woozley, 16 *Philosophical Quarterly* 89-90 (St. Andrews Univ., 1966).
- Wróblewski, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 224-230 (Poznań, 1966).

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПРОБЛЕМА ДОНОСЧИКА

Вы были с небольшим перевесом голосов избраны министром юстиции своей страны, население которой насчитывает примерно двадцать миллионов человек. В начале своего пребывания на этом посту вы столкнулись с серьезной проблемой, которая будет описана ниже. Но сначала следует ознакомиться с историческими корнями этой проблемы.

Многие десятилетия ваша страна пользовалась всеми преимуществами мирного, конституционного и демократического правления. Однако несколько лет назад наступили тяжелые времена. Нормальные общественные отношения были разрушены углубляющейся экономической депрессией и растущим антагонизмом между группировками, сформировавшимися по экономическому, политическому и религиозному признаку. Пресловутый «всадник Апокалипсиса» явился в виде вождя политической партии или организации, члены которых называли себя «пурпурные рубашки».

На общенациональных выборах, сопровождавшихся множеством беспорядков, вождь был избран президентом республики, а его партия получила большинство мест в Генеральной Ассамблее. Успех на избирательных участках партии принесла отчасти кампания безответственных обещаний и хитроумных фальсификаций, а отчасти физическое запугивание, осуществлявшееся путем ночных налетов «пурпурнорубашечников», из-за чего многие избиратели, которые проголосовали бы против этой партии, побоялись прийти на выборы.

Когда «пурпурные рубашки» пришли к власти, они не предприняли никаких шагов для отмены старинной Конституции или каких-либо ее положений. Они оставили нетронутыми гражданский и уголовный кодексы, а также процессуальный кодекс. Не предпринималось никаких официальных действий для увольнения каких-либо правительственных должностных лиц или для отрешения кого-либо из судей от должности. Продолжали периодически проводиться выборы, и бюллетени подсчитывались по-видимому честно. Тем не менее в стране царил террор.

Судей, которые выносили решения вопреки желаниям партии, избивали и убивали. Общепринятый смысл уголовного кодекса был извращен так, чтобы засадить в тюрьму политических противников. Принимались тайные статуты, содержание которых было известно лишь на высшем уровне партийной иерархии. Вводились в действие законы, задним числом превращавшие в преступления те действия, которые при их совершении были законными. Правительство не обращало внимания на конституционные ограничения, на принятые ранее законы и даже на свои собственные законы. Были распущены все оппозиционные политические партии. Тысячи политических противников были методично истреблены либо в тюрьмах, либо в спорадических ночных террористических налетах. Была объявлена общая амнистия для лиц, приговоренных за действия, «совершенные при защите Отечества от подрывной деятельности». Эта общая амнистия обернулась освобождением всех заключенных, состоявших в партии «пурпурных рубашек». Ни один из тех, кто не состоял в партии, не был освобожден по этой амнистии.

«Пурпурные рубашки» из соображений политической предусмотрительности сохранили в своей деятельности элемент гибкости, оказывая влияние то через массовую уличную активность партии, то через государственный аппарат, который они контролировали. Выбор между двумя этими методами был просто вопросом целесообразности. Например, когда узкий круг руководителей партии решил разорить всех бывших социалистов-республиканцев (партия которых отчаянно сопротивлялась новому режиму), возник спор о том, как наилучшим образом конфисковать их собственность. Одна фракция, возможно, все еще находясь под влиянием дореволюционных концепций, хотела добиться этого с помощью закона, объявив их имущество конфискованным за преступления. Другая хотела силой оружия принудить владельцев отдать свою собственность. Эта группа выступала против предложенного закона на том основании, что он вызовет нежелательный отклик за рубежом. Вождь принял решение в пользу прямых действий с помощью партии, сопровождаемых принятием тайного закона, санкционирующего действия партии и подтверждающего права, полученные под угрозой физического насилия.

Но вот «пурпурные рубашки» свергнуты, и восстановлено демократическое, конституционное правление. Однако низложенный режим оставил в наследство некоторые трудные проблемы. Вы и ваши коллеги в новом правительстве должны найти некий способ решения этих проблем. Одна из этих проблем — «проблема доносчика».

При режиме «пурпурных рубашек» очень многие люди вымещали злобу на своих врагов доносами, направляемыми в партийные или правительственные органы. Предметом доноса могло стать, например, высказанное в частном порядке критическое мнение о правительстве, слушание зарубежных радиопередач, связь с известными вредителями и хулиганами, создание запасов яичного порошка более разрешенной нормы, несообщение об утере удостоверяющих личность документов в течение пяти дней, и тому подобное. В соответствии с состоянием правоприменительной практики в то время любое из этих действий, будучи доказанным, могло вести к смертному приговору. В некоторых случаях такой приговор санкционировался законами «о чрезвычайном положении»; в других он выносился без обоснования нормами закона, хотя и судьями, надлежащим образом назначенными на свою должность.

После свержения «пурпурных рубашек» общество решительно потребовало наказания доносчиков. Временное правительство, предшествовавшее тому, в которое вошли вы, на спешило принимать решение. Тем временем этот вопрос превратился в жгучую проблему, и его решение больше откладывать нельзя. Соответственно, ваш первый шаг как министра юстиции должен состоять в том, чтобы определить свое отношение к нему. Вы попросили пятерых своих заместителей поделиться мыслями об этой проблеме на совещании, и вынести свои рекомендации. На этом совещании заместители высказываются по очереди следующим образом.

ПЕРВЫЙ ЗАМЕСТИТЕЛЬ. — «Мне совершенно ясно, что мы ничего не сможем сделать с этими так называемыми доносчиками. Действия, о которых они сообщали, были незаконны в соответствии с нормами, установленными правительством, которое в то время управляло делами страны. Приговоры их жертвам были вынесены в соответствии

с принципами права, применявшимися в то время. Эти принципы отличались от тех, что нам известны, причем то, чем именно они отличались, мы считаем отвратительным. Однако в то время они были законом страны. Одно из принципиальных различий между тогдашним законом и нашим собственным заключается в том, что он наделял судей по уголовным делам гораздо большим правом судебного усмотрения. Эта норма и ее последствия столь же достойны нашего уважения, как и поправка, которую «пурпурные рубашки» внесли в закон о завещаниях, в соответствии которой вместо трех свидетелей требовались лишь два. Совершенно несущественно, что норма, наделявшая судью более или менее неконтролируемым правом усмотрения в уголовных делах, никогда не принималась официально, но была предметом молчаливого одобрения. В точности то же самое можно сказать о противоположном правиле, строго ограничивающем право усмотрения судьи, которое мы одобряем. Различие между нами и «пурпурными рубашками» не в том, что их правительство было незаконно (это противоречие в терминах), а лежит, скорее в идеологической сфере. Не найти человека, которому «пурпурнорубашечники» были бы так ненавистны, как мне. И все же фундаментальное различие между нашей и их философией состоит в том, что мы допускаем различия в точках зрения и проявляем к ним терпимость, в то время как они пытались навязать каждому свой монолитный кодекс. Вся наша система правления предполагает, что право есть вещь гибкая, пригодная для выражения и осуществления множества различных целей. Важнейшее положение нашего кредо состоит в том, что когда цель надлежащим образом инкорпорирана в закон или судебное постановление, ее должны условно признать даже те, кому она ненавистна и кто вынужден ждать своего шанса на выборах или во время другого судебного разбирательства чтобы обеспечить юридическое признание своим целям. В то же время «пурпурные рубашки» попросту игнорировали законы, которые заключали в себе не одобряемые ими цели, не считая их даже достойными усилий, связанных с их отменой. Если теперь мы, стремясь исправить последствия действий режима «пурпурных рубашек», объявим их судебные решения недействительными

ми, статуты ничтожными, а приговоры чрезмерными, мы совершим в точности то самое, что осуждаем в них самих. Я признаю, что для осуществления рекомендуемой мною программы потребуются смелость, мы должны будем противостоять сильному давлению со стороны общественного мнения. Мы должны также быть готовы к тому, чтобы воспрепятствовать попыткам народа взять осуществление закона в свои руки. Но я уверен, что в долгосрочной перспективе только рекомендованный мною курс обеспечит торжество тех представлений о праве и правительстве, в которые мы верим».

ВТОРОЙ ЗАМЕСТИТЕЛЬ. — «Любопытно, что я пришел к такому же заключению, как и мой коллега, совершенно противоположным путем. Мне кажется абсурдным называть режим «пурпурных рубашек» законным правительством. Правовая система не существует только лишь потому, что полицейские продолжают патрулировать улицы и носить униформу, или потому что на полке стоят неотмененные конституция и кодексы. Правовая система предполагает, что законы известны, или могут стать известными тем, кто их должен выполнять. Она предполагает также некое единообразие действий и то, что подобные случаи будут рассматриваться подобным образом. Она предполагает отсутствие какой-либо незаконной силы, вроде партии «пурпурных рубашек», стоящей над правительством и способной в любое время вмешаться в осуществление правосудия всякий раз, когда оно действует вопреки прихотям этой силы. Все эти предположения входят в само понятие правопорядка и не имеют никакого отношения к политическим и экономическим идеологиям. По моему мнению, право в каком бы то ни было обычном смысле слова прекратило существовать, когда к власти пришли «пурпурные рубашки». На протяжении существования их режима у нас фактически имел место перерыв, в течение которого отсутствовало верховенство права. Вместо господства законов у нас была война всех против всех, которая велась при закрытых дверях, в темных переулках, во дворцовых интригах и на подпольных сходках в тюремных дворах. Действия этих так называемых доносчиков были лишь одной

из составляющих этой войны. Для нас осуждение этих действий как преступных было бы такой же несообразностью, как и попытки применить юридические понятия к борьбе за существование, которая идет в джунглях или в морских глубинах. Эту темную, незаконную главу нашей истории мы должны оставить позади, как дурной сон. Взболтав этот настой ненависти, мы отчасти навлечем на себя его злой дух, и подвергнем себя риску заразиться его миазмами. Поэтому я, как и мой коллега, говорю: пусть прошлое останется в прошлом. Давайте ничего не будем делать с так называемыми доносчиками. Сделанное ими ни законно, ни незаконно, потому что они жили не при правовом режиме, а при режиме анархии и террора».

ТРЕТИЙ ЗАМЕСТИТЕЛЬ. — «У меня вызывают глубокие подозрения любые рассуждения, которые исходят из альтернативы «или — или». Я думаю, что мы не должны предполагать ни то, что режим «багровых рубашек» неким образом находился целиком за пределами права, ни то, что все его деяния заслуживают полного доверия как акты законного правительства. Двое моих коллег невольно предоставили сильные аргументы против этих крайностей, показав, что обе они ведут одному и тому же абсурдному заключению, которое неприемлемо политически и этически. Если подумать об этой проблеме без эмоций, то станет ясно, что при режиме «пурпурных рубашек» не было никакой «войны всех против всех». Под спудом продолжалось то, что мы называем обычной человеческой жизнью — заключались браки, продавались товары, составлялись и исполнялись завещания. Эта жизнь сопровождалась обычными неурядицами — автомобильными авариями, банкротствами, незасвидетельствованными завещаниями, дискредитирующими ошибками в газетах. Большая часть этой обычной жизни и большая часть столь же обычных неурядиц не была затронута идеологией «пурпурных рубашек». С юридическими вопросами, которые возникали в этой сфере, суды справились так же, как прежде, и как справляются сегодня. Если бы мы объявили все, происходившее при «багровых рубашках», не имеющим законного основания, это создало бы недопустимый хаос. В то же время

мы, конечно, не можем сказать, что убийства, совершенные на улицах членами партии, действующими по приказу ее вождя, были законными по той лишь причине, что партия добилась контроля над правительством, а ее глава стал президентом республики. Если мы должны осудить преступные действия партии и ее членов, было бы нелепостью поддерживать каждый акт, проведенный через аппарат правительства, которое стало, по существу, *alter ego** партии «пурпурных рубашек». Поэтому нам следует в этой ситуации, как и в большинстве дел человеческих, проводить различия. В тех случаях, когда в дело вторгалась философия «пурпурных рубашек», извращая нормальные цели и смыслы при отправлении правосудия, мы должны вмешаться. Подобным извращением правосудия я бы счел, например, дело человека, который был влюблен в жену другого, и стал причиной смерти ее мужа, сделав на него донос о самом пустяковом нарушении, а именно о том, что тот в течение пяти дней не сообщил об утере документов, удостоверяющих личность. Этот доносчик был убийцей по уголовному кодексу, который фактически действовал во время его деяния, и который «пурпурные рубашки» не отменили. Он принес смерть тому, кто стоял на пути его незаконной страсти, и использовал суд для реализации своего смертоносного намерения. Он знал, что сами суды были покладистыми орудиями любой политики, которую «пурпурные рубашки» сочли бы на тот момент целесообразной. Есть другие дела, которые столь же очевидны. Я признаю, что есть и менее ясные дела. Мы, например, будем завалены делами обычных любителей лезть в чужие дела, которые сообщали властям обо всем, что выглядело подозрительным. Некоторые из этих лиц поступали так не из стремления избавиться от тех, кого они обвиняли, а из желания снискать благосклонность партии, отвести от себя подозрения (возможно, необоснованные), или просто из-за навязчивости. Я не знаю, как следует разрешать эти дела, и у меня нет рекомендаций относительно них. Но тот факт, что эти неприятные дела существуют, не должен удерживать нас от того, чтобы предпринять немедленные действия во

* Другое «я» (лат.). — Прим. ред.

всех ясных случаях, которых слишком много, чтобы мы могли позволить себе пренебречь ими» .

ЧЕТВЕРТЫЙ ЗАМЕСТИТЕЛЬ. — «Я, как и мой коллега, не доверяю рассуждениям по принципу «или — или», но я полагаю, что мы должны побольше, чем он, поразмыслить о том, куда мы направляемся. Его предложение разборчиво подходит к действиям свергнутого режима вызывает решительное возражение. По существу, это и есть идеология «пурпурных рубашек» в чистом виде. Нам этот закон нравится, поэтому мы будем его применять. Нам этот приговор нравится, так пускай он остается в силе. А этот закон нам не нравится, значит, это вообще не закон. Этот правительственный акт мы не одобряем, так пусть он считается ничтожным. Если мы будем продолжать в таком духе, мы применим по отношению к законам и действиям правительства «пурпурных рубашек» в точности тот же самый беспринципный подход, который они применили по отношению к законам и действиям правительства, чье место они заняли. Мы получим хаос, когда каждый судья и каждый обвинитель станет сам себе законом. Предложение моего коллеги вместо того, чтобы покончить со злоупотреблениями режима «багровых рубашек», увековечит их. Есть лишь один способ справиться этой проблемой, который совместим в нашей философии права и государства, и он заключается в том, чтобы подходить к ней в соответствии с надлежащим образом принятым законом, — я имею в виду посвященный ей специальный статут. Давайте изучим проблему доносчика в целом, соберем все значимые факты и составим всеобъемлющий закон для ее разрешения. В этом случае мы не будем подгонять старые законы к целям, для которых они никогда не предназначались. Кроме того, мы обеспечим наказания, соответствующие тяжести преступления, и не будем рассматривать каждого доносчика как убийцу только лишь потому, что человек, о котором он сообщил, в конечном счете был казнен. Я признаю, что мы столкнемся с некоторыми сложными проблемами, связанными с составлением закона. Среди прочего, мы должны будем придать определенное юридическое значение слову «доносчик», и это будет нелегко. Од-

нако эти трудности не должны удерживать нас от того, чтобы принять единственный курс, который выведет нас из состояния незаконного единоличного правления».

ПЯТЫЙ ЗАМЕСТИТЕЛЬ. — «Последнее предложение кажется мне довольно парадоксальным. Оно говорит о том, чтобы положить решительный конец злоупотреблениям партии «пурпурных рубашек», и все же предлагает делать это, обратившись к одному из самых ненавистных орудий их режима, — к уголовному закону *ex post facto**. Мой коллега боится путаницы, которая последует, если мы попытаемся в отсутствие статута вернуться к прежнему положению вещей и исправить последствия в случае «неправильных» правовых актов свергнутой власти, и в то же самое время сохранить и проводить в жизнь ее «правильные» правовые акты. И все же он, по-видимому, не представляет себе, что предложенный им закон является абсолютно ошибочным средством избавления от этой неопределенности. Легко привести внешне убедительный аргумент в поддержку еще не написанного закона; все мы согласны с тем, что было бы здорово изложить все чернилами на бумаге. Но что именно нам даст этот закон? Один из моих коллег говорит о человеке, который в течение пяти дней не сообщил об утере удостоверения личности. Мой коллега имеет в виду, что судебный приговор, вынесенный за это нарушение, а именно смерть, был настолько несоразмерен, что являлся очевидно неправильным. Но мы должны помнить, что в то время ширилось подпольное движение против «пурпурных рубашек», и что «пурпурнорубашечники» были в постоянной тревоге по поводу людей с фальшивыми удостоверениями личности. С их точки зрения, это была реальная проблема, и единственное возражение, которое мы можем противопоставить их решению этой проблемы (помимо того, что мы вовсе не хотели, чтобы они ее решили) состоит в том, что они действовали намного более сурово, чем того требовали обстоятельства. Как мой коллега разрешит этот случай в своем законе, а также другие близкие и не очень близкие случаи? Я не далее описывать

* С обратной силой (лат.). — Прим. ред.

трудности, связанные с написанием предлагаемого закона, поскольку они достаточно очевидны всякому, кто об этом задумается. Вместо этого я перейду к моему собственному решению. Один очень уважаемый крупный специалист говорил, что главная цель уголовного права — дать выход человеческому инстинкту мести. Бывают времена — и я полагаю, что мы живем именно в такое время — когда мы должны позволить тому инстинкту проявить себя непосредственно, без вмешательства той или иной формы права. Этот вопрос о доносчиках уже решается сам собой. Почти каждый день пишут о том, что бывший лакей режима «пурпурных рубашек» получил по заслугам в каком-нибудь укромном месте. Народ спокойно справляется с этим своими собственными методами, и если мы оставим его в покое, и прикажем нашим прокурорам поступать так же, нам скоро нечего будет решать. Разумеется, произойдут некоторые беспорядки, и будут разбиты несколько невинных голов. Но наше правительство и наша правовая система не будут впутаны в это дело, и мы не окажемся безнадежно погрязшими в попытках разбора всех деяний и преступлений «пурпурных рубашек».

Какую из этих рекомендаций приняли бы вы как министр юстиции?

ПРЕДМЕТНО-ИМЕННОЙ УКАЗАТЕЛЬ

А

- Адамс Брукс 91 сн.
- Азартная игра 16—19
- Аллен Фрэнсис 197
- Американская арбитражная ассоциация 137
- Аристотель 15, 30, 81, 115
- Арнольд Турман 66

Б

- Баркан Майкл 279—280
- Барнард Честер 41 сн.
- Барт Карл 13
- Безусловная (абсолютная) ответственность. См.: Объективная ответственность
- Бейсбол, награды и санкции в 44
- Бентам Иеремия 16, 17, 29, 80 сн., 83 сн.
- Берглер Эдмунд 18 сн.
- Берман Гарольд 240, 241
- Блау Питер М. 253
- Блэк Дункан 211 сн.
- Блэк Хьюго 125 сн.
- Бонэма дело 122—124, 123 сн.
- Брандт Ричард Б. 14 сн.
- Браун Джетро 64 сн.
- Бриджмен П. У. 144

В

- Вестминстерский статут (1931 г.) 155
- Взаимность
 - между законодателем и подданным 54, 63, 79, 165—168
 - и мораль долга 30—39
 - и обратимость ролей 36
 - равенство увеличивает моральную силу взаимности 34
 - См. тж.: Взаимодействие; Мораль долга
- Взаимозависимость как элемент права 54, 227, 230—231, 260—264, 275
- Визански Ч. 155 сн., 273
- Витгенштейн Л. 167, 221
- Внутренняя мораль науки 146
- Внутренняя мораль права

- бессмысленна, когда право абстрагируется от всякой общей цели 176—177
- взаимодействие с материальными целями 183—200
- включают как простые, так и сложные виды ответственности 114—116
- ее требования ослабляются, когда закон соответствует общепринятым представлениям о правильном и неправильном 65, 114
- ее требования различны для разных отраслей права 114—115
- имеет ли право называться «моралью» 237—264
- как выраженная традиции естественного права 117—129
- как проясняющая соотношение права и морали 158
- необходимо нарушается законами, направленными против пороков, не поддающихся определению 191—194
- особое внимание в XVII в. 121—124
- отношение к материальной справедливости 188—190
- отношение к результативности закона 186—188
- отход от, имеет тенденцию накапливаться 113
- прежде всего это мораль стремления 59
- применительно к секретным законодательным предписаниям 113
- сводится ли менее чем к восьми принципам 88—89 сн.
- трактовка позитивистами 119
- требует смотреть на человека как на ответственного агента 194—200
- в управленческом контексте 247
- См. тж.: Ясность законов; Соответствие официального действия с объявленным правилом; Неизменность права во времени; Противоречия в праве; Невозможность, закон, предписывающий невозможное; всеобщность права; Обнародование; Законы, имеющие обратную силу
- Военная организация в сравнении с правовой иерархией 137

Всеобщность права 48, 62—65
билли об опале 67 сн., 119—120,
134, 158
как необходимое свойство верховен-
ства права 248
конституционный запрет на «частные
законы» и «специальное законода-
тельство» 62
отношение к справедливости 188—
190, 197, 230—232
и управление 247

Г

Гамильтон Александр 124
Гебель А. 131—132, 244
Георг III 187
Гитлер А., германское право при нем 55,
70—71, 79, 131, 186, 189
Готлиб Гидон 265 сн.
Грей Дж. 64 сн., 68 сн., 104, 120, 136, 267
Грехи смертные 26

Д

Дворкин Рональд 224 сн., 226, 228 сн.,
235, 236, 237, 238, 262, 263, 281, 284
Декларация независимости 187
Джефферсон Томас 99, 175
«Добродетель» 26
Добрый самаритянин 217
Доджсон Чарльз 211
Долг, его концепция, у древних греков 15
в примитивном обществе 171—173
См. тж: Мораль долга
Дайси о парламентском суверенитете
139—142, 139—141 сн.
Древние греки, концепция морали 15,
24—26

Е

Естественное право
и внутренняя мораль права 118—129
как один из пунктов спора с критика-
ми 284—285
в Конституции США и его толкова-
ние 121, 124—129
концепция Г. Л. А. Харта 185—186,
218—221
особое качество в XVII в. 121—124
поддержание общения как основной
принцип материального естествен-
ного права 220—221

различение процедурного и матери-
ального 118—119

Ж

Жестокое и необычное наказание 128

З

Закон о мошенничестве 109—110, 163
Закон о пособиях по нетрудоспособности
95—96
Законности принцип, некоторое уваже-
ние к нему как условие существования
права 234—237. *См. тж:* Внутренняя
мораль права
Законодательное намерение, кому оно
вменяется 106—107
Зидмен Роберт 277
Зиммель Георг 54, 79, 256
Золотое правило 32

И

Избирательное применение законов 18,
98, 113
Израильский Закон о возвращении 193
Исключения из клубов, школ, ассоциа-
ций как предмет судебного пересмотра
150—155

К

Калигула 115
Кант Иммануил 31—32, 183
взгляд Пашуканиса на 37—38
Кельзен Ганс 9, 68 сн., 83 сн., 134 сн.,
135, 144, 227, 228, 267, 274, 278
Кларк Том 197
Кок Эдвард, сэр 103 сн., 122—124
Комиссия по междуштатной торговле 209
Конан Дж. Б. 145
Конституции, достоинства и недостатки
писанных 139
Конституционное право
и внутренняя мораль права 124—129
судебный пересмотр дисципли-
нарного взыскания в частных
ассоциациях как его отрасль 155
Конституция США 67, 113, 124—126,
178
Контрацепция и право 184

Коэн Маршалл 226—227, 234—235,
238 сн., 281, 283—283
Кук У. У. 164 сн.
Кэмпбелл лорд 107 сн.

Л

Лильберн Джон 47, 84, 257
Линдсэй 14—15 сн.
Ллуэллин Карл 229
Лояльность закону, обязанность 54—56

М

Маркс Карл, тема отчуждения 38
Марксизм. См.: Пашуканис Е.
Международное право 274—277, 279
Мид Маргарет 173—174
Миль Дж. Ст. 29. 201—202
Мораль
в отличие от права 16—17, 19,
156—159
выводы из полемики с моими крити-
ками 280—284
ее принципы в сравнении с принци-
пами экономической науки 26—42
лексикон, смешение морали долга
с моралью стремление 24—26
Мораль долга 15
наивысшего выражения достигает
в обществе экономических торгов-
цев 35—36
ее отношение к азартным играм
16—18
отношение к взаимности и экономи-
ческому обмену 30—41
подразумевает ограничения, а не
творческие акты 57
См. тж.: Взаимность
Мораль стремления 15
аналог предельной полезности в эконо-
мической теории 28—30, 40
ее отношение к азартным играм
18—19
не сосредоточена исключительно на
ценностях индивида 23
не подлежит дискурсивному обосно-
ванию 25
подразумевается в конституционном
праве 127
требует позитивных действий 57
управляет внутренней моралью права
56—59
См. тж.: Предельная полезность

Моральная шкала. См.: Указатель, раз-
деляющий мораль долга и мораль
стремления
Моральное сообщество 216—218
Мэдисон Джеймс 100
Мэйс Вилли 44
Мэнсфилд лорд 107

Н

Нагель Эрнст 29 сн., 224
Нагорная проповедь 31
Награды, критерии распределения
43—45
Надлежащая процедура 101
Наказания, критерии наложения 43—44
Наука
внутренняя мораль науки 146
иерархическое упорядочивание зна-
ния о природе 144
определение как способности пред-
сказывать и контролировать 144
реформа научного образования 145
теории науки в сравнении с теориями
права 143—147
Национальный комитет по трудовым от-
ношениям 207
Нацистов право. См.: Гитлер
Невозможность
закон, предписывающий невозмож-
ное 51, 54, 60, 88—99
закон, требующий придерживаться
политических или религиозных
убеждений 99, 114, 121—122,
123
не всегда возможно провести границу
между крайней трудностью и не-
возможностью 98—99
невозможность исполнения и управ-
ленческие распоряжения 246—247
объективная гражданская ответст-
венность 94—97
ответственность, основанная на вине
89—90
ответственность, основанная на не-
справедливом обогащении 92
ответственность, основанная на пре-
ступном намерении 90—91
Неизменность законов во времени 51—
52, 60—61, 99—100, 113—114
как затрагивающая управленческие
порядки 246
Ницше Ф. 117
Ноттингем лорд 107 сн.

- Обмена экономическая теория, в сравнении с моралью долга 30—39. *См. тж.*:
 Предельная полезность; Взаимность.
- Обнародование законов 49, 58—59, 65—67
 применительно к управлению 247
 является ли необходимым для правил, регулирующих внутреннюю процедуру функционирования правительства 65—66, 69—70, 113, 120—121, 129, 168, 198
- Обратная сила законов 50, 59, 67—80
 в связи с судебным законотворчеством 71—75, 282
 в сравнении с законами, исправляющие последствия оплошностей 93
 влияние на реализацию верховенства права 249—251
 влияние на управленческие распоряжения 247
- Дайси о 140
 закон, увеличивающий обязательства по договору 126—127
 использование в СССР 240
 конституционные оговорки о 67 сн., 68 сн.
 корректирующие законы 69—71, 282
 отношение к проблеме неизменности права во времени 99—100, 113—114, 123
 применительно к мерам, направленным на перевоспитание 197
 что это такое 75—80
- Объединения добровольные
 законы, касающиеся такого пересмотра, как отрасль конституционного права 155
 их решения, подлежащие судебному пересмотру 151—156
 как отправляющие собственные правовые системы 150—156
- Объективная ответственность
 и закон, предписывающий невозможное 91—92, 94—98
 не может стать общим принципом 96, 199
- Обыденного языка философия 232—234, 236. *См. тж.*: Дж. Л. Остин
- Обычного права толкование 268—270
 как составная часть «сотворенного» права 273—274, 276—277
 природа 274—279
 проблемы перехода от, к писаному праву 276—279

Обязанности

- нормы права, налагающие их, и нормы, наделяющие полномочиями 114—115, 160—165
 сфера общества, внутри которой обязанности значимы 216—217
 экономическое размещение ресурсов не может быть организовано ими 203—210
- Оден У. Х. 183
- Однонаправленная проекция власти, закон как 227—232
- Омбудсмен 102, 211
- Опала, билли о 67 сн.
- Особые законы. *См.*: Всеобщность права
- Остин Дж. Л. 232—233
- Остин Джон 64, 68—69 сн., 119, 134, 228, 255 сн., 266—267
- П
- Парламентский суверенитет 138—142
 зависимость от успешного функционирования процедурных законов 139, 177
 политические достоинства в сравнении с писаной конституцией 139
 правовая теория 140—142
- Паунд Роско 117, 202
- Пашуканис Евгений 36—38, 137
- Писанные конституции 139
- Платон 15, 20, 21, 25—26
- Повышение в должности, произвол в этом деле 44
- «Поднятие» конституционных вопросов 101
- Позитивистские теории права 129—143, 174—181
- Полани М. 41, 143—146, 284
- Полицейская беззаконность
 неадекватность судебного контроля 101—102
 пример 190
- Полномочия. правовые нормы, наделяющие ими, в отличие от норм, налагающих обязанности 161—166
 неприменимость этого разграничения к базовым посылкам системы права 166—169
- Попечитель, право на возмещение расходов 161—162
- Порталис Дж. 170
- Почет. *См.*: Награды
- Право (law)
 значение для внутренней морали права 113—114

Р

- множественные 149—155
 пределы эффективного действия 200—202
 существование, вопрос степени 149—150
 является ли отсутствие права нейтральным с моральной точки зрения 242—245
- Право, определение
 как предсказание действий со стороны государства 129—131
 как иерархическая цепочка команд 134—137, 178
 как правила, обеспечиваемые силой 131—132, 142—143
 как публичный порядок 130—131, 142
- Право (right)
 древнегреческая концепция 15
 имеет тенденцию стремиться к абсолюту 41—42
- Правовая мораль. См.: Внутренняя мораль права
- Предельная полезность, принцип влияния на реализацию внутренней морали права 59—61
 влияние на проектирование институтов 211—216
 делает судебное разбирательство неподходящим для размещения экономических ресурсов 203—211
 как определение предмета экономической науки 27
 экономический аналог морали стремления 28—30
 См. тж.: Экономическая наука; Обмен; Взаимность
- Прецедентное право, проблемы поддержания соответствия между официальными действиями и объявленным правилом 102. См. тж.: Судебные решения
- Прецедента сила как выражение приверженности законодателя применять объявленный закон 258
- Противоречия в законе 50, 83—88, 113—114, 121—122, 123—125, 135—138, 139—140, 156—157
 как затрагивающие управленческие порядки 246—247
 между институтами 123
 представляют ли они моральную проблему 280—281
- Процедуры канонизации Католической церкви 44—45
- Расовая дискриминация и право 191—194, 218
 Реализм, правовой американский 227
 Регулирование дорожного движения как иллюстрация важности сотрудничества в правовом предприятии 260—261
 Редфорд 207
 Рецензии на эту книгу 224 сн., 287—288
 Роль, социальная концепция 229, 258, 281—282
 Руссо Ж.-Ж. 27

С

- Саммерс Р. С.
 согласие с необходимостью минимума уважения к принципу законности 235
 «The New Analytical Jurists» 226—226
- Самуэльсон П. 27 сн.
 Сарториус Ролф 228 сн.
 Секретные законодательные акты 113
 Сецессия плебеев в Древнем Риме 65
 Силы применение, как отличие права от морали 131—134
 Скиннер Б. Ф. 196
 Смешанные браки 192—193
 Смит А. 16
 Совершенство
 идеал, в связи с распределением наград и наказаний 44—45
 отклонение от, как тест на зло 20—22
 в реализации внутренней морали права 56—59
- Соответствие официальных действий с объявленным правилом 52—53, 53—54, 60, 63—64, 72—73, 101—112, 113—114, 121—122, 139—140, 223—225, 226, 227, 229—230, 230—231
 как включающая в себя толкование законов 265, 272—273
 как затрагивающего управленческую сферу 246—247
 как подразумевающая элемент обязательства со стороны законодателя 256—258
 как составная часть принципа верховенства права 247—248
- Социальное измерение, отсутствие в позитивистских теориях права 229—230
 Стивен Дж. Ф. 201—202

Стремление. См.: Мораль
Судебные решения
не обязательные для системы права
71—73
не приспособленные к назначенным
заданиям 61—62, 204—209
не приспособленные к проблемам
институционального проектирова-
ния 211—216
система права может содержать их
156—158, 173—174
Суды, право не всегда требует их наличия
71—72. См. тж.: Судебные решения
Сухой закон 111—112

Т

Талмуд 218
Телеологический подход к праву
возражения против 175
отношение Харта к 225
цена отказа от 177—187
Товарообменная теория права 37—39
Толкование
влияние антиномий между принци-
пами законности 270—271
влияние взаимных ожиданий в рам-
ках правовой системы 273
Закон о мошенничестве 109—110
закона, направленного на то, чтобы
не допустить возвращения «старого
салуна» 111
как аспект, обеспечивающий соответ-
ствие между официальными дей-
ствиями и объявленным правилом
102—112
обычаев 270
теории толкования, подразумеваемые
в споре с критиками 264—274
требующее творческой роли судьи
107—108

У

Уголовное право
объективная ответственность
в 96—98
злоупотребление идеалом перевоспи-
тания 197
и обратная сила закона 75—76
и ответственность человека 195—200
Уикстид Ф. 39
Указатель, разделяющий мораль долга
и мораль стремления 20—23, 39—40

его аналог, разделяющий экономи-
ческие теории обмена и предельной
полезности 40
применительно к внутренней морали
права 56—59
применительно к спектру правитель-
ственной деятельности 204

Уменьшение суммы взыскиваемых убыт-
ков 162
Университеты, судебный пересмотр нало-
женного ими дисциплинарного взыс-
кания 151—154
Управление
в отличие от права 246—248
юридические аспекты управленче-
ской системы 246—248
Управление гражданской авиации 61,
205, 207
Урегулирование споров — не исключи-
тельная цель права 71—72
Утилитаризм 234
и законы, имеющие обратную силу
280

Ф

«Федералист» 100, 124
Федеральная комиссия по связи США
61—62, 205—207
Финдлэй Дж. М. 14 сн., 15 сн.
Фома Аквинский 30, 120, 220, 284
Франкфуртер Феликс 125 сн.
Френди Г. Дж. 205—209, 205 сн.
Фридман У. 131
Фуллер Лон А. 29 сн., 36 сн., 54 сн.,
62 сн., 105 сн., 113 сн., 274 сн.,
283 сн.

Х

Хайек Ф. А. 36, 82
Харт Г. Л. 14 сн.
его анализ права, построенного на
модели управления 253—256,
266, 280
критика данной книги 223—224,
225—227, 234, 238
минимум естественного права 185,
218—221
о законодательной морали 159 сн.
о значимости внутренней морали
права 183—186, 234
о концепциях «оспоримых понятий»
42, 118 сн.

отличие между правовой системой и ситуацией бандита 168
«патология правовой системы» 185—186, 187—188
«правило признания» 160—173, 228
переход от примитивного общества к «правовому миру» 171—173
правила, налагающие обязанности, в отличие от правил, наделяющих полномочиями 161—165
проблема неизменности права 170, 179

Харт Генри М. 66 сн., 98 сн., 215, 263

Хейдона дело 103

Холмс О. У. 41—42, 130, 143—144, 183

Холт лорд 109

Хохфелда анализ 161, 163—165

Хэмпшир Стюарт 233

Ц

Цензоров комитеты в ранней истории

Америки 210—211

«Ценностные суждения» 24

Ч

Частные законы. См.: Всеобщность права

Чефи Закария 156 сн.

Ш

Шомло Феликс 64 сн., 68 сн.,

о законах, имеющих обратную силу

120 сн., 135 сн., 136 сн.

Э

Экономическая наука

определения 26—29

параллелизм с моралью 28—42

судебное разбирательство как неподходящее средство для решения задачи государственного регулирования экономики 203—210

См. *тж.*: Обмен; Предельная полезность; Взаимность

Эктор Л. 208

Элсмир лорд 86 сн.

Эммет Дороти 281

Эскарра Джин 172 сн.

Ю

ЮАР, расовые законы 192

Юрисдикция над содержанием работы в управлении коммерческими организациями 219

Я

Язык, теории. связь с толкованием законов 105—106, 268—269

Ясность законов 50—51, 58—59, 60—61, 80—82, 113—114, 124—127, 130—131, 139—140

как затрагивающая управленческую сферу 246—247

как представляющая моральную проблему в отправлении правосудия 251—254

А

Adamson v. Carlifornia 125 сн.

Aigler R. W. 80 сн.

Anastaplo George 224 сн.

Ash v. Abdy 107 сн.

В

Baker v. Carr 212

Boorstin D. J. 175 сн.

С

Conseil d'État 210

Corbin A. L. 161 сн., 163 сн.

Council on Tribunals 210

Д

Del Vecchio G. 35 сн.

Devlin P. A. 159 сн.

Г

Gough J. W 122 сн.

Graham v. Goodcell 71 сн.

H

Hale R. L. 68 сн., 126 сн.
Hall J. 98 сн.
Harrod R. F. 27 сн.
Hochman C. B. 68 сн.
Hughes Graham 224 сн., 265 сн.

J

Jhering Rudolph von 84 сн.
Jones J. W. 15 сн.

K

Kelsen Hans 64 сн., 68 сн., 83 сн., 135 сн., 136 сн., 267 сн.
King B. E. 224 сн.
Kingston v. Preston 107 сн.

L

Lamont W. D. 14 сн., 23 сн.
Lange Oskar 36 сн.
Lewan Kenneth M. 224 сн.
Lewis Ovid 285 сн.
Lloyd D. 154 сн.

M

Macbeath A. 14 сн.
Malinowski B. 202 сн.
McCall George J. 231 сн.
McHugh Peter 265 сн.
Model Penal Code 98 сн.

N

Newton Norman T. 25 сн.

O

Ochoa v. Hernandez y Morales 100 сн.
Ozawa v. United States 193

P

Pappe H. O. 55
Paterson E. W. 64 сн.
Perelman C. 87
Perez v. Sharp 192
Pomerantz v. Clark 274 сн.

R

Reichenbach Hans 144 сн.
Richards I. A. 25
Robbins Lionel 27 сн.
Robinson v. California 128 сн.

S

Sidgwick H. 26
Simmons J. L. 231 сн.
Smith v. Westfall 109 сн., 110 сн.
Sturm Douglas 224 сн.
Suzman A. 192 сн.

T

Thorne S. E. 86 сн., 123 сн.
Tot v. United States 80
Tucker Robert C. 38 сн.

U

United States v. Cardiff 85
United States v. Thind 193

V

Vaughan C. J. 47

W

Weber Max 172 сн., 178 сн.
Wechsler Herbert 64 сн.
Wynne's Lessee v. Wynne 70

Лон А. Фуллер

МОРАЛЬ ПРАВА

Редактор *Ю. Кузнецов*
Корректор *О. Силина*
Компьютерная верстка *С. Фомченко*
Дизайнер серии *Е. Тулунова*

Подписано в печать 26.02.2007. Формат 60×90 1/16.
Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Объем 19,5 печ. л. Тираж 2500 экз. Заказ № 6701.

АНО «Институт распространения информации по социальным
и экономическим наукам» (ИРИСЭН)
Москва, ул. Скаковая, 17.
Тел. (495) 945-06-41
info@irisen.ru www.irisen.ru

Отпечатано
в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».
143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.

ВЫШЛИ В СВЕТ

Котликофф Л., Бёрнс С. *Пенсионная система перед бурей*
Серия «Экономика»

В книге, ставшей бестселлером, исследуются глубокие структурные пороки современных систем пенсионного обеспечения, действующих в развитых странах. Тщательно анализируя эту проблему на примере США, авторы показывают, что в одной лишь этой стране фискальный разрыв — разница между планируемыми расходами и доходами государства — превышает 51 трлн долл. Это грозит вызвать не только большие трудности в обеспечении престарелым достойного существования, но и тяжелейший кризис всей международной финансовой системы, который затронет все страны без исключения. Авторы предлагают набор политических мер, позволяющих если не предотвратить грядущую бурю, то, по крайней мере, смягчить ее удар. Приводятся также рекомендации рядовым гражданам по сохранению личных сбережений в условиях практически неизбежного финансового кризиса.

Доминик Арментано *Антитраст против конкуренции*
Серия «Экономика»

Как показывает автор на основе анализа наиболее известных антимонопольных дел, вопреки устоявшимся стереотипам, антимонопольное законодательство вовсе не защищает конкуренцию, а наоборот, приводит к ее подавлению. Антимонопольное законодательство не только наказывает эффективных производителей, работающих лучше, чем конкуренты, но и ограничивает сферу применения как раз тех приемов ведения бизнеса, которые наиболее выгодны для потребителей. Единственными сторонами, выигравшими от такой политики, являются неэффективные производители и олигархические бизнес-структуры.

Олаф Герземанн *Ковбойский капитализм*
Серия «Экономика»

В книге проводится сопоставление американской модели «ковбойского» капитализма и европейской модели «уютного капитализма». Первая модель в большей степени полагается на использование рыночных сил; вторая — на государственную регламентацию различных сторон экономической и социальной жизни в целях достижения большей «социальной справедливости». Сравнение оказывается не в пользу европейской модели, причем не только по показателям, характеризующим экономический рост и эффективность, но и по степени социальной защищенности граждан. О. Герземанн далек от идеализации американской модели, но, по его мнению, ее серьезные недостатки вызваны не избытком экономической свободы, а многочисленными отступлениями от нее. Основной вывод состоит в том, что европейская модель, основанная на жесткой регламентации экономической жизни, оказывается гораздо менее конкурентоспособной в современном мире, чем и объясняются мотивы реформ, проводимых в последнее время правительствами европейских стран.

Бринк Линдси *Глобализация: повторение пройденного*
Серия «Экономика»

Экономическая глобализация, наблюдаемая в последние 15—20 лет, не является ни уникальной, ни необратимой. Мир уже переживал первую волну глобализации в конце XIX — начале XX в., и она закончилась крахом. Нынешняя волна вызвана в первую очередь всеобщим разочарованием в практике социализма и всеобъемлющего государственного регулирования. Проводившаяся с конца 70-х годов разными странами прагматическая политика дерегулирования дала неожиданный для всех побочный эффект в виде бурного развития международной торговли и финансовых рынков. Но дальнейшее движение в этом направлении вовсе не гарантировано, и мир в любой момент может сорваться в хаос протекционизма и торговых войн. Устойчивое поступательное развитие мировой экономики и повышение благосостояния широких масс требует более фундаментальных политических и идеологических изменений.

Работа Б. Линдси дает новый, неожиданный взгляд на проблему глобализации, идущий вразрез с расхожими штампами, как «глобалистскими», так и «антиглобалистскими». Автор основывает свои выводы на обширном фактическом и историческом материале, а также на опыте работы юристом-международником в ряде крупных компаний.

Мартин ван Кревельд *Трансформация войны*
Серия «Военная мысль»

В книге предпринят пересмотр всей парадигмы военно-теоретической мысли, господствующей со времен Клаузевица. Ван Кревельд характеризует эту доктрину как «рационалистическую», порожденную эпохой Просвещения. В настоящее время господствующая парадигма совсем перестала отражать реальность, и ее некритическое применение может привести к тяжелым последствиям для государства. Причины радикальной трансформации войны как вида человеческой деятельности — появление ядерного оружия, отмирание традиционных крупномасштабных войн между государствами и расцвет «локальных конфликтов» и т.п.

Автор предлагает новое видение войны как культурно обусловленного вида человеческой деятельности, в рамках которого организованное насилие ограничено правилами, и тем самым отличающегося от неорганизованного насилия. Современная ситуация связана с фундаментальными сдвигами в социо-культурных характеристиках вооруженных конфликтов. Этими изменениями в первую очередь объясняется неспособность традиционных армий вести успешную борьбу с иррегулярными формированиями в локальных конфликтах. Отсутствие адаптации к этим изменениям может дорого стоить современным государствам и угрожать им полной дезинтеграцией.

Книга, вышедшая в 1991 году, оказала большое влияние на современную мировую военную мысль и до сих пор остается предметом активных дискуссий. Русское издание рассчитано на профессиональных военных, экспертов в области национальной безопасности, политиков, дипломатов и государственных деятелей, политологов и социологов, а также на всех интересующихся проблемами войны, мира, безопасности и международной политики.

Томас Шеллинг *Стратегия конфликта*

Серия «Международные отношения»

Книга посвящена исследованию общей логики поведения участников конфликтных ситуаций — теории игр. Впервые вышедшая в 1960 г., она стала фундаментальным вкладом в эту науку (и в числе других принесла автору Нобелевскую премию по экономике), заложив основы теории стратегического поведения и принципы анализа важных классов игр — игр с неполной информацией, неантагонистических игр и др. При этом автор обходится без сложного математического аппарата и посвящает значительную часть объема книги практическим приложениям теории, в первую очередь — к сфере международной политики (военные действия, переговоры о контроле над вооружениями, политика взаимных угроз).

Мартин ван Кревельд *Расцвет и упадок государства*

Серия «Политическая наука»

Институт государства (state) в том виде, в каком он существует в наше время, представляет собой корпорацию в исконном смысле этого слова. Мартин ван Кревельд, известный израильский историк и военный теоретик, описывает процесс зарождения, вызревания и расцвета государства - корпорации. Значительная часть книги посвящена кризису этого института, происходящему на наших глазах. Причина — в потере государством легитимности ввиду его неспособности исполнять взятые на себя обязательства по поддержанию правопорядка, защите от внешних угроз и обеспечению населения «социальными благами». Упадок государства может в обозримом будущем привести к радикальной трансформации всего современного мира.

Фридрих фон Хайек *Право, законодательство и свобода*

Серия «Политическая наука»

Фридрих Август фон Хайек (1899—1992), лауреат Нобелевской премии по экономике 1974 г., был одним из наиболее ярких представителей классического либерализма. В настоящее время он считается классиком не только экономической, но и политической мысли и в таком качестве пользуется признанием не только классических либералов, но и консерваторов, а также представителей других политических течений. Книга «Право, законодательство и свобода» является наиболее развернутым изложением идей Хайека относительно эволюции социальных норм и институтов. Существующие правила и обычаи, институты собственности и контракта, а также такие ценности, как честность и мир, укоренились в обществе в силу своей целесообразности. Но мы не вполне понимаем, как они работают; они установились сами, а не благодаря сознательным усилиям людей. Именно потому, что связь между индивидуальным поведением и всеобъемлющим порядком так трудно поддается предсказанию, не следует думать, что, заставляя людей действовать определенным образом, можно создать действительно жизнеспособное общество. На социально-политической концепции автора основывается его доктрина конституционализма, весьма оригинальная и при этом критическая по отношению к существующим институтам либерально-демократического государства.

ГОТОВЯТСЯ К ИЗДАНИЮ

Роберт Нисбет *Прогресс: история идеи*

Серия «Социология»

Идея прогресса в значительной степени определила облик западной цивилизации: человечество развивается, «движется вперед» (т.е. происходит накопление знаний и рост материального богатства). Рождение идеи прогресса — результат взаимодействия христианства с античными представлениями. С 1750 до 1900 г. происходит отделение идеи прогресса от религиозных корней и «срастание» понятий прогресса и «науки». Этот процесс сопровождался угрожающими явлениями: если первоначально прогресс трактовался как расширение человеческой свободы, то примерно со второй половины XIX в. он все более стал пониматься как расширение «управляемости», т.е., попросту говоря, власти абстрактного государства над человеком и природой. Идея прогресса была поставлена на службу абсолютной власти (утопической, тоталитарной, расистской и др.). Продолжение этой тенденции угрожает самому существованию современной цивилизации.

Роберт Ноузик *Анархия, государство и утопия*

Серия «Политическая наука»

Книга посвящена обоснованию неизбежности и справедливости существования «минимального государства». В качестве отправной точки автор рассматривает «естественное состояние» общества, в котором еще нет государства и действуют базовые этические нормы — право человека распоряжаться самим собой, присваивать никому не принадлежащие материальные объекты и добровольно обмениваться с другими людьми своим имуществом. Государство, т.е. организация, обладающая монополией на насилие, может возникнуть из «естественного состояния» путем добровольного делегирования ими первичных прав. Функция такого государства — исключительно защита жизни и собственности граждан от насильственных посягательств.

Энтони де Яшаи *Государство*

Серия «Политическая наука»

В книге одного из самых оригинальных политических философов современной Европы развивается теория политической динамики государства. Автор рассматривает государство не как пассивный инструмент, служащий интересам общества в целом, класса или социальной группы и т.д., а как активно действующий субъект, преследующий собственные интересы: максимизацию объема властных полномочий для достижения собственных конечных целей. Главным инструментом при этом является завоевание поддержки тех или иных групп подданных путем перераспределения в их пользу богатства, отбираемого у других.

Lal Deepak *Unintended consequences*
Серия «Экономика»

Best Geoffrey *War and Law since 1945.*
Серия «Международные отношения»

Leoni Bruno *Freedom and the Law*
Серия «Право»

Bethell Tom *The Noblest Triumph. Property and Prosperity
Through the Ages*
Серия «История»

Shoek Helmut *Envy A theory of social behavior*
Серия «Социология»

Keegan John *A History of Warfare*
Серия «Военная мысль»