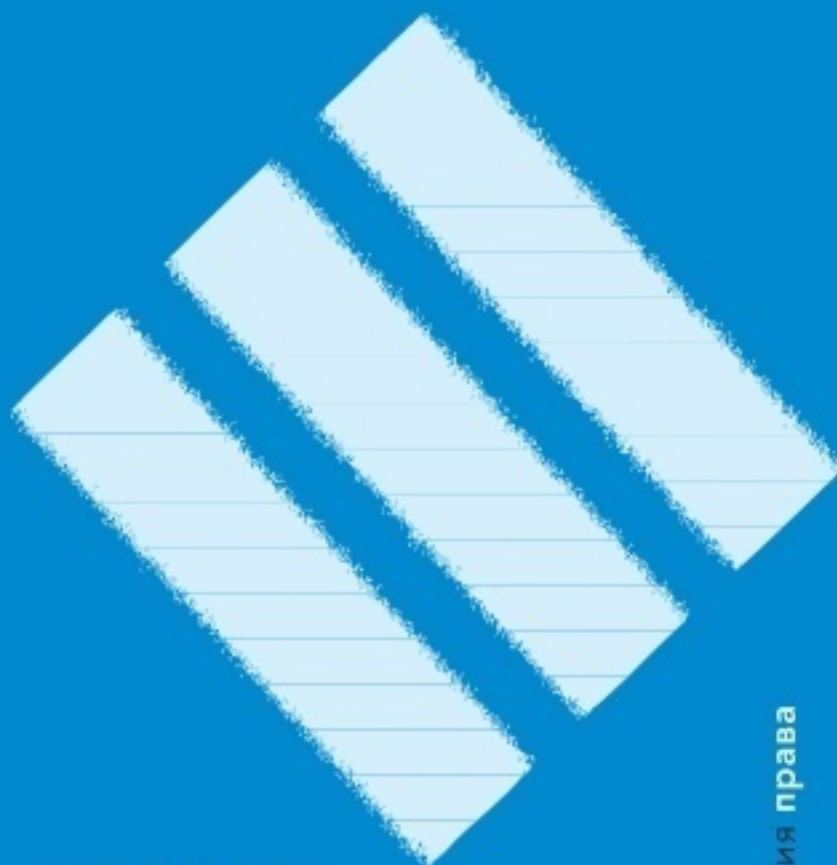


Герберт Харт

Право,  
**свобода**  
и мораль



ИЗДАТЕЛЬСТВО  
ИНСТИТУТА  
ГАЙДАРА

философия права

Герберт Харт

**Право, свобода и мораль**

«Институт экономической политики имени Е.Т. Гайдара»

1963

## **Харт Г. Л.**

Право, свобода и мораль / Г. Л. Харт — «Институт экономической политики имени Е.Т. Гайдара», 1963

ISBN 978-5-93255-561-3

В этой книге, отличающейся прямоотой и ясностью изложения, рассматривается применение уголовного права для обеспечения соблюдения моральных норм, в особенности в сфере сексуальной морали. Эта тема вызывает интерес правоведов и философов права с публикации доклада комиссии Вулфендена в 1957 г. Настоящая книга представляет собой полемику с британскими правоведами Джеймсом Фитцджеральдом Стивенсом и Патриком Девлином, выступившими с критикой тезиса Джона Стюарта Милля, что «единственная цель, ради которой сила может быть правомерно применена к любому члену цивилизованного общества против его воли, – это предотвращение вреда другим». Харт рассматривает в ней важнейшие проблемы свободы, толерантности, права на частную жизнь и сексуальной морали, оснований и пределов вмешательства государства в жизнь граждан. Книга послужила большим стимулом для дальнейшего обсуждения этой проблематики и формирования современных концепций «принципа вреда», юридического патернализма и юридического морализма. В формате a4.pdf сохранен издательский макет.

ISBN 978-5-93255-561-3

© Харт Г. Л., 1963  
© Институт экономической политики  
имени Е.Т. Гайдара, 1963

# Содержание

Предисловие	5
I	9
Поддержание морали при помощи права	9
Заговор с целью подрыва общественной морали	12
Проституция и гомосексуализм	16
Позитивная и критическая мораль	18
Конец ознакомительного фрагмента.	20

# Г. Л. А. Харт

## Право, свобода и мораль

### Предисловие

Я пользуюсь возможностью, связанной с недавним переизданием этой книги, чтобы сделать несколько кратких замечаний, которые, возможно, помогут объяснить идею и область исследования этой книги там, где, как я полагаю, они неверно понимаются некоторыми из моих критиков, и ответить на один из важных критических доводов, выдвинутых лордом Девлином. Я также добавил список наиболее важных и содержательных публикаций, касающихся той же проблематики, что и главные аргументы этой книги.

### I

Три лекции, составляющие данную книгу, были прочитаны в Стэнфордском университете в 1962 г. и, подобно двум моим ранее опубликованным статьям, «Безнравственность и измена»<sup>1</sup> и «Применение уголовного права и злоупотребление им»<sup>2</sup>, предназначались для того, чтобы внести вклад в общественную дискуссию в Англии о должной сфере действия уголовного права, стимулом для которой послужила публикация в 1959 г. доклада Комиссии по гомосексуальным правонарушениям и проституции («доклад Вулфендена»).<sup>3</sup> Доклад рекомендовал отмену уголовных санкций за гомосексуальные практики между взрослыми людьми, осуществляемые по взаимному согласию частным образом, на том основании, что, даже если такие практики считаются аморальными, необходимо продемонстрировать нечто большее, чтобы оправдать применение уголовного права: контроль над тем или иным поведением просто потому, что оно аморально, согласно принятым общественным нормам, не является делом права. Этот аргумент, использованный комиссией Вулфендена, был подвергнут критике лордом Девлином, который был тогда лордом-судьей Апелляционного суда и считался выдающимся юристом, в его Маккавейской лекции на тему «Поддержание морали», прочитанной в Британской академии в 1959 г., которая впоследствии была включена вместе с другими очерками в книгу под таким же названием, опубликованную в 1965 г. Главный аргумент Девлина заключался в том, что разделяемая всеми мораль того или иного общества была столь же необходима для его существования, как и его признанная власть, и ее поддержание при помощи права состояло просто в том, что право может применяться для сохранения всего, что жизненно важно для существования общества. Лорд Девлин обнаружил аналогию между аморальностью – в смысле нарушения разделяемых всеми нравственных норм того или иного общества— и изменой и доказывал, что подавление такой аморальности в такой же мере является делом закона – и столь же оправдано на тех же основаниях, – как и подавление подрывной деятельности.

Для понимания этой книги важно осознавать, что ее аргументы носят преимущественно негативный характер, и они призваны ответить на конкретные доводы, представленные лордом Девлином для обоснования применения уголовного наказания в случае отклонения от общепринятой морали того или иного общества. Я попытался сделать это ясным, проведя разграничение между «позитивной» моралью некоторого общества, реально общей для его чле-

---

<sup>1</sup> H. L. A. Hart, «Immorality and Treason», *The Listener*, July 30, 1959, p. 162.

<sup>2</sup> H. L. A. Hart, «The Use and Abuse of the Criminal Law», *Oxford Lawyer*, 1961, vol. 4, no. 1, p. 7–12.

<sup>3</sup> Committee on Homosexual Offences and Prostitution, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (London: Her Majesty's Stationery Office, 1957).

нов, и «критической» моралью, и подчеркивал, что ключевой вопрос в споре между лордом Девлином и мной заключается в важности, которую следует приписывать тому голому факту, что некоторое поведение, каким бы оно ни было, запрещено позитивной моралью некоторого общества. Некоторые из моих критиков упрекают меня в том, что я перенял у лорда Девлина ошибочное и вводящее в заблуждение определение морали. Они отрицают, что сам факт распространности в некотором конкретном обществе стандартов поведения, которые сильно поддерживаются чувствами «нетерпимости, возмущения и отвращения» (что является для лорда Девлина отличительными чертами той морали, обеспечивать соблюдение которой может право), служит достаточным основанием для описания этих стандартов в качестве «морали». Мои критики также сетуют на то, что мне не удалось поднять в этой книге вопрос о том, чем на основании некоторого более удовлетворительного определения морали можно было бы обосновать обеспечение соблюдения ее требований. Эти критические замечания, несомненно, указывают на важные проблемы, но я убежден, что доводы того рода, что были высказаны лордом Девлином, имеют сильную *prima facie* привлекательность для многих обычных мужчин и женщин, которые думают о традиционной морали, которой они придерживаются, во многом так же, как он, и расценивают ее так же, как и он, как «незримые узы», соединяющие общество. Более того, как я попытался продемонстрировать в написанном мной позже эссе «Общественная солидарность и поддержание морали»<sup>4</sup>, имеется поразительное сходство между этими взглядами и повсеместно влиятельными социологическими теориями Эмиля Дюркгейма и Толкотта Парсонса. Поэтому я посчитал, что такие взгляды достаточно важны, чтобы заслуживать тщательного изучения сами по себе, даже если бы и имелись совершенно иные основания, которыми можно было бы обосновать обеспечение соблюдения по-иному определяемой морали.

## II

В дополнение к оспариванию основных линий аргументации лорда Девлина я также полемизирую в этой книге с тем, как он опирается на некоторые положения английского права в качестве свидетельства того, что право действительно пытается обеспечивать соблюдение требований позитивной морали «как таковой». В частности, я утверждал, что положение нашего уголовного права о том, что согласие жертвы не является оправданием при обвинении в убийстве или умышленном физическом насилии, которое лорд Девлин приводил в качестве примера поддержания морали при помощи права, может быть объяснено как проявление юридического патернализма: применения права для предотвращения нанесения человеком вреда себе или согласия на то, чтобы ему причинили вред другие. Я признал, что Джон Стюарт Милль не посчитал бы это допустимым, и критиковал Милля за слишком абсолютное и догматическое отрицание патернализма в силу излишней уверенности в представлении о том, что взрослые индивиды всегда лучше всего знают свои собственные интересы и что принуждение того или иного индивида к тому, что отвечает его же собственным интересам, всегда тщетно.

Ответ лорда Девлина на мое разграничение между обеспечением соблюдения позитивной морали и патернализмом содержится в «Очерке о моральных устоях и современной общественной морали», включенном в его книгу, и, я полагаю, является самым важным из всех его критических замечаний в адрес моей книги. Он утверждает, что признание какой-либо формы патернализма в качестве должной функции уголовного права не может закономерно останавливаться на том, что он называет «физическим патернализмом» или «контролем над физическим благополучием индивида». После признания допустимости патернализма он дол-

---

<sup>4</sup> H. L. A. Hart, «Social Solidarity and the Enforcement of Morality», *The University of Chicago Law Review*, 1967, vol. 35, no. 1, p. 1–13.

жен быть распространен на патернализм в области морали («моральный патернализм»), контроль над нравственным благополучием индивида для защиты его от морального вреда, а это неотличимо от применения уголовного права для обеспечения соблюдения морали.

Этот аргумент может звучать правдоподобно благодаря использованию неясных выражений вроде «морального благополучия», «морального блага» и «морального вреда», как если бы они были легко доступными пониманию соответствиями блага, или благополучия, или защиты от вреда, которые обеспечиваются тогда, когда человека принуждают в его же собственных интересах принять меры предосторожности против телесного вреда, как это происходит тогда, когда его заставляют носить защитный шлем во время езды на мотоцикле или ремень безопасности в автомобиле и тем самым спасают от травм, боли или смерти. Я считаю, что совершенно непонятно, почему принуждение человека под угрозой наказания по закону к соблюдению моральных требований, допустим, касающихся его сексуального поведения, должно рассматриваться как обеспечивающее для него благополучие или какого-либо рода благо. Это серьезный вопрос, независимо от того, какое определение дается морали; но он особенно серьезен, если рассматриваемая мораль определяется просто как пользующиеся широкой поддержкой правила, принятые в том или ином конкретном обществе. Должен ли сам тот голый факт, что некоторый человек отклоняется от каких-либо принятых нравственных норм, что в данном контексте лорд Девлин и подразумевает под моралью, считаться сам по себе какого-либо рода *вредом* для него? Было бы странно считать, что чернокожий южноафриканец, отказывающийся подчиняться нравственным нормам апартеида, или индийская женщина, отказывающаяся соблюдать обряд «сати»<sup>5</sup>, когда это считается ее нравственным долгом, тем самым причиняют «моральный» вред себе. И это же, конечно, применимо и к гомосексуалистам там, где господствующая общественная мораль запрещает такой вид сексуальной активности. Несомненно, что для того, чтобы понятия «моральное благополучие» и «моральный вред» имели какой-то смысл, а не всего лишь произвольно использовались как синонимы соответствия морали общества и отклонения от нее, должен быть некоторый критерий «вреда», независимый от (предполагаемой) аморальности поведения. Если такового нет, то нет и доводов в пользу того, что те, кто признает «физический патернализм», должны также признавать поддержание морали общества как охраняющее моральное благополучие действующего лица или предотвращающее нанесение ему морального вреда.

### III

Имеются, однако, два места, где допущенные мной небрежности в тексте могли способствовать некоторому недопониманию. На странице 20 этой книги я предложил три различных формулировки вопроса, который в ней рассматривается. Достаточно ли того, что определенное поведение по общим стандартам является аморальным, чтобы оправдать введение наказуемости этого поведения по закону? Является ли морально допустимым поддержание морали как таковой? Должна ли аморальность как таковая быть преступлением? С моей стороны было небрежностью не повторить в последних двух формулировках выражения «по общим стандартам», поскольку, как указывают мои критики, без включения этих слов данные три вопроса не являются равнозначными. Я, однако же, надеюсь, что настойчиво проводимое мной различие между позитивной и критической моралью и мое утверждение на странице 38 о том, что вопрос, рассматриваемый в этой книге, касается поддержания позитивной морали при помощи права, возможно, сделал мои намерения ясными для большинства читателей.

Однако же, обращаясь к взглядам Джона Стюарта Милля, я аналогичным образом не указал, что, в то время как он отверг бы аргументы лорда Девлина в пользу обеспечения соблю-

<sup>5</sup> Самоожжение вдовы на могиле мужа. – Прим. пер.

дения позитивной морали того или иного общества как таковой, его собственные утверждения, в том виде, как они изложены в эссе «О свободе», оправдывают вмешательство в свободу индивида только на том основании, что его поведение является моральным злом, хотя здесь, конечно, критерием морального зла является не общепринятая мораль некоторого общества, а тот факт, что такое поведение наносит вред другим.

*Март 1981 г.*

### **Избранная литература по теме**

Brown, Donald G. «Mill on Liberty and Morality», *Philosophical Review*, 1972, p. 133–158.

Dworkin, Ronald M. «Lord Devlin and the Enforcement of Morals», *Yale Law Journal*, 1966, vol. 75, no. 6, p. 986–1005; переиздано под названием «Liberty and Moralism», in Dworkin, Ronald M. *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), p. 240–258; русское издание: Дворкин, Рональд «Свобода и нравственное поведение», в Дворкин, Рональд. *О правах всерьез* (Москва: РОССПЭН, 2004), с. 326–349.

Devlin, Lord. *The Enforcement of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1961).

Dybikowski, J. C. «Lord Devlin's Morality and its Enforcement», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1966, vol. 75, no. 1, p. 89–110.

Mitchell, Basil. *Law, Morality, and Religion in a Secular Society* (Oxford: Oxford University Press, 1967).

Sartorius, Rolf E. «The Enforcement of Morality», *Yale Law Journal*, 1972, vol. 81, no. 5, p. 891–910.

Ten, C. L. «Crime and Immorality», *Modern Law Review*, 1969, vol. 32, no. 6, p. 648.

—. «Paternalism and Morality», *Ratio*, 1971, vol. 5, no. 2, p. 191–201.

—. «Enforcing a Shared Morality», *Ethics*, 1972, vol. 82, no 4, p. 321–329.

—. *Mill on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1980).

# I

## Поддержание морали при помощи права

ЭТИ ЛЕКЦИИ касаются одного вопроса о связи между правом и моралью. Я намеренно говорю «одного вопроса», потому что в пылу споров, часто возникающих тогда, когда право и мораль упоминаются в сочетании, часто упускается из виду, что имеется не всего лишь один вопрос, касающийся их соотношения, но множество различных вопросов, нуждающихся в совершенно отдельном рассмотрении. Поэтому я начну с различения четырех таких вопросов и выявления того, которым я здесь буду заниматься.

Первый – это исторический и причинно-следственный вопрос: оказывает ли мораль влияние на развитие права? Ответ на этот вопрос, что очевидно, «да», хотя, конечно, это не означает, что некоторый утвердительный ответ не может быть также дан на обратный вопрос: влияет ли право на развитие морали? Последний вопрос к настоящему времени едва ли получил достаточное рассмотрение, но сейчас имеются заслуживающие восхищения американские и английские исследования, посвященные первому вопросу. Они демонстрируют множество путей, которыми мораль определяет ход развития права, иногда скрыто и медленно, через судебную процедуру, иногда открыто и резко, через законодательство. Здесь я не буду более говорить об этом историческом причинно-следственном вопросе за исключением предостережения о том, что утвердительный ответ, который может быть дан на него и на обратный вопрос, не означает, что утвердительный ответ должен даваться на другие весьма отличные вопросы о взаимосвязи права и морали.

Второй вопрос может быть назван аналитическим или дефинициональным. Должно ли некоторое указание на мораль входить в адекватное определение права или правовой системы? Или же это всего лишь зависящий от обстоятельств факт, что право и мораль нередко частично совпадают (как тогда, когда они вместе запрещают некоторые формы насилия или нечестности) и используют общую для них терминологию прав, обязанностей и обязательств? Это известные вопросы в долгой истории философии права, но, возможно, они не настолько важны, как это позволяет предположить количество затраченного на них времени и чернил. Две вещи вступили в сговор для того, чтобы сделать обсуждение их бесконечным или кажущимся таковым. Во-первых, то, что данный вопрос затемняется употреблением высоких, но туманных слов, таких как «позитивизм» и «естественное право». Размахивают знаменами и формируются партии в ходе шумных, но часто путаных дебатов. Во-вторых, среди этих криков слишком мало говорится о критериях для суждения об адекватности того или иного определения права. Должно ли такое определение формулировать, что простой человек хочет выразить, когда употребляет выражения «право» или «правовая система»? Или же оно скорее должно, отграничивая определенные социальные явления от других, стремиться дать некоторую классификацию, полезную или информативную в теоретическом плане?

Третий вопрос касается возможности и форм моральной критики права. Открыто ли право для моральной критики? Или же признание того, что некая норма является валидной юридической нормой, исключает моральную критику или осуждение ее с указанием на нравственные стандарты или принципы? Возможно, немногие в этой аудитории обнаружат какое-либо противоречие или парадокс в утверждении о том, что та или иная норма права валидна и, тем не менее, противоречит некоторому обязывающему нравственному принципу, требующему поведения, противоположного тому, что требуется этой нормой права. Однако в наши

дни Кельзен<sup>6</sup> отметил, что в таком утверждении имеется логическое противоречие, если только не интерпретировать его как всего лишь автобиографическое высказывание или психологическое свидетельство говорящего о его разнонаправленных побуждениях и повиноваться закону, и не повиноваться ему, следуя этому нравственному принципу.

В этом третьем вопросе кроются многие подчиненные ему. Даже если мы допускаем, как это сделало бы большинство, возможность моральной критики права, можно задаться вопросом, есть ли какие-то формы моральной критики, которые единственно или исключительно значимы для права. Исчерпываются ли все релевантные формы критикой в плане справедливости? Или же «хороший закон» означает нечто отличающееся от «справедливого закона» и шире его по смыслу? Является ли справедливость, как, по-видимому, думал Бентам, всего лишь наименованием для эффективного распределения полезности или благополучия или же иным образом сводится к ним? Явным образом здесь стоит вопрос об адекватности утилитаризма как моральной критики общественных институтов.

Четвертый вопрос является предметом этих лекций. Он касается поддержания морали при помощи права и формулируется множеством различных образов: достаточен ли тот факт, что определенное поведение по общим стандартам является аморальным, чтобы оправдать введение наказуемости этого поведения по закону? Является ли морально допустимым обеспечение соблюдения морали как таковой? Должна ли аморальность как таковая быть преступлением?

На этот вопрос Джон Стюарт Милль сто лет назад дал решительный отрицательный ответ в своем эссе «О свободе», и знаменитое предложение, в котором он формулирует этот ответ, выражает главное доктринальное положение его эссе. Он заявил, что «единственная цель, ради которой сила может быть правомерно применена к любому члену цивилизованного общества против его воли, – это предотвращение вреда другим»<sup>7</sup>. И чтобы идентифицировать те многие различные вещи, которые он намеревался исключить, он добавляет: «Его собственное благо, физическое или моральное, не является достаточным основанием. Его нельзя правомерно заставить делать или не делать что-либо, потому что для него будет лучше так поступить, потому что это сделает его счастливее, потому что, по мнению других, сделать так было бы мудро или даже правильно»<sup>8</sup>.

Эта доктрина, говорит нам Милль, должна применяться только к людям, достигшим «зрелости своих способностей»; она неприменима к детям или к отсталым обществам. Но даже при всем этом она является объектом значительной научной критики по двум различным, и даже несовместимым, основаниям. Некоторые критики убеждают, что та разграничительная линия, которую Милль старается провести между действиями, в которые может вмешиваться закон и теми, в которые нет, является иллюзорной. «Ни один человек не является островом», и в организованном обществе невозможно выявить типы действий, которые не вредят никому или никому кроме совершающего их индивида. Другие критики допускают, что такое разграничение действий может быть осуществлено, но настаивают на том, что со стороны Милля является всего лишь проявлением догматизма ограничивать принуждение при помощи права тем типом действий, которые вредят другим. Имеются веские основания, утверждают эти критики, для того, чтобы принуждать к подчинению общественной морали и наказывать отклонения от нее даже тогда, когда они не вредят другим.

Я буду рассматривать этот спор в основном в связи с конкретной темой сексуальной морали, где представляется на первый взгляд правдоподобным, что имеются действия, аморальные согласно принятым стандартам и, тем не менее, не наносящие вреда другим. Но чтобы

---

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949), p. 374–376, 407–410.

<sup>7</sup> John Stuart Mill, *On Liberty* (London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1869), ch. I.

<sup>8</sup> *Ibid.*

предотвратить недопонимание, я хочу ввести *оговорку*; я не предлагаю и не защищаю все, сказанное Миллем, ибо сам я полагаю, что могут быть основания, оправдывающие принуждение индивида при помощи закона, иные, чем предотвращение вреда другим. Но в более узком аспекте, касающемся поддержания морали, мне представляется, что Милль прав. Конечно, возможно просто утверждать, что проводимое обществом поддержание при помощи права принятой в нем морали не нуждается ни в каких аргументах для своего обоснования, потому что в жизнь проводится мораль. Но критики Милля не прибегают к этому грубому утверждению. На самом деле они выдвинули множество различных аргументов для обоснования обеспечения соблюдения морали, но все они, как я попытаюсь показать, базируются на необоснованных допущениях в том, что касается фактов, или же на некоторых оценках, чье правдоподобие в большой мере из-за двусмысленности, или туманности, или неточности формулировок снижается (если вообще не исчезает), когда их подвергают критическому рассмотрению.

## Заговор с целью подрыва общественной морали

В АНГЛИИ в последние несколько лет вопрос о том, должно ли уголовное право применяться для наказания аморальности «как таковой», приобрел новую практическую значимость; ибо здесь, я полагаю, имеет место возрождение того, что можно было бы назвать *юридическим морализмом*. Судьи как при выполнении своих судебных функций, так и в высказываниях, сделанных во внесудебном порядке, изо всех сил стараются выразить ту точку зрения, что поддержание сексуальной морали является надлежащим образом частью того, чем должно заниматься право – в такой же степени его делом, как утверждал один судья, как и подавление измены. Неясно, чем было вызвано это возрождение юридического морализма: здесь, по-видимому, действовало множество факторов и среди них, возможно, та идея, что общее ужесточение санкций, связанных с любой формой аморальности, может быть одним из способов противостоять общему росту преступности, который нас всех очень тревожит. Но, что бы ни было его причиной, такая динамика судебных мнений зашла довольно далеко. В прошлом году палата лордов в деле *Shaw v. Director of Public Prosecutions*<sup>9</sup> вызвала из могилы (как многие думали) находившееся там с XVIII в. представление (являющееся творением Звездной палаты<sup>10</sup>) о том, что «заговор с целью подрыва общественной морали» является преступлением по общему праву. В результате этого решения правоохранительные органы в Англии ныне могут смело смотреть в лицо своим сложным проблемам, вооруженные изречением лорда Мэнсфилда, произнесенным в 1774 г., к которому апеллировали в своих речах некоторые из судей, рассматривавших дело Шоу:

Все, что *contra bonos mores et decorum*, запрещено принципами наших законов, а Королевский суд как главный цензор и страж общественной морали обязан обуздывать и наказывать<sup>11</sup>.

Конечно, уголовный кодекс Калифорнии подобно кодексам многих других штатов США включает в свой перечень преступлений заговор с целью нанесения вреда общественной морали, и американцам может показаться странным слышать, что признание этого преступления английской палатой лордов является чем-то новым. Но американцы привыкли, в отличие от англичан, что их статуты содержат много юридического хлама в виде положений об уголовной ответственности, которые больше не применяются, и меня заверяют в том, что, по крайней мере в Калифорнии, положение, делающее преступлением заговор с целью подрыва общественной морали, можно смело рассматривать как мертвую букву. У англичан сегодня это не так, и как реальное применение этого закона в деле Шоу, так и дальнейшее его применение, предусматриваемое палатой лордов, заслуживают рассмотрения.

Факты в деле Шоу не таковы, чтобы возбуждать симпатию к обвиняемому. Шоу выпускал журнал под названием *Ladies Directory*, где давались имена и адреса проституток, иногда их фотографии в обнаженном виде и кодовые обозначения оказываемых ими услуг. За это Шоу был обвинен и признан виновным по трем преступлениям: 1) публикация непристойной статьи; 2) существование на заработки проституток, которые платили за размещение своих объявлений в *Ladies Directory*; 3) заговор с целью подрыва общественной морали при помощи *Ladies Directory*.

<sup>9</sup> *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961) 2 A.E.R. 446, (1962) A.C. 223.

<sup>10</sup> Звездная палата (Star Chamber) – в XV–XVII вв. высший королевский суд в Англии, состоявший из членов палаты лордов и прославившийся своими злоупотреблениями. В переносном значении «Звездная палата» в английском языке употребляется в смысле «тирания», «неправедный суд». – *Прим. пер.*

<sup>11</sup> *Jones v. Randall* (1774). Lofft., p. 385. *Contra bonos mores (et decorum)* – «против добрых нравов» (*лат.*). – *Прим. пер.*

Все это может показаться тяжеловесным трехчастным механизмом, используемым всего лишь для того, чтобы обеспечить осуждение и тюремное заключение Шоу, но английское право всегда предпочитало политику скрупулезности. Судьи в палате лордов не только не высказали никаких возражений против включения обвинения в заговоре с целью подрыва общественной морали, но при одном голосе против (лорд Рейд) подтвердили утверждение обвинения, что это преступление, по-прежнему известное английскому праву, и настаивали на благотворном воздействии того, что это так. Они даже сделали экскурс в сферу политики, что большая редкость для английских судей, чтобы подчеркнуть это.

Чтобы показать современную потребность во вновь возрожденном уголовном законе, один из судей (лорд Симондс), бывший лорд-канцлер, сделал следующее поразительное заявление:

Когда лорд Мэнсфилд, выступая спустя много времени после упразднения Звездной палаты, сказал, что Суд королевской скамьи является *custos morum*<sup>12</sup> народа и осуществляет надзор за преступлениями *contra bonos mores*, он утверждал, как и я это сейчас утверждаю, что этот суд обладает остаточной властью, там, где никакой статут еще не вмешался с тем, чтобы заменить собой общее право, надзирать за теми преступлениями, которые пагубны для общественного благополучия. Такие случаи будут редки, потому что парламент не медлит с принятием законодательства тогда, когда к чему-либо привлекается достаточное внимание. Но пробелы остаются, и всегда будут оставаться, поскольку никто не может предвидеть все пути, которыми человеческая порочность может нарушить общественный порядок. Позвольте мне привести один пример... предположим, что однажды в будущем, возможно, уже недалеко, современные гомосексуальные практики по взаимному согласию между взрослыми мужчинами более не будут считаться преступлением. Но разве не было бы преступлением, если, пусть даже и не сопровождаясь непристойностями, такие практики публично бы пропагандировались и поощрялись бы при помощи памфлетов и рекламных объявлений? И должны ли мы ждать, пока парламент найдет время для того, чтобы рассмотреть такое поведение? Я утверждаю, мои лорды, что, если общее право в таком случае бессильно, то нам не следует более относиться к нему с почтением. Но я говорю, что его рука все еще сильна, и судьи Ее Величества должны сыграть ту роль, которую им указал лорд Мэнсфилд<sup>13</sup>.

Это, несомненно, прекрасный образец английской судебной риторики в барочной манере. Впоследствии судьи могут пренебречь многим из этого как *obiter dictum*<sup>14</sup>. Но интерпретация, которая была дана палатой лордов чрезвычайно туманной и даже невразумительной идее подрыва общественной морали, создала очень грозное оружие для наказания аморальности как таковой. Ибо ясно из той формы напутствия присяжным, которую одобрила в данном деле палата лордов, что на практике нет никаких ограничений, налагаемых необходимостью установить нечто, обычно воспринимаемое как «заговор» или «подрыв». Эти сильные слова были, как сказал лорд Рейд, «размыты», и все, что нужно было установить, – это то, что обвиняемый согласился сделать или сказать нечто, что, по мнению жюри присяжных, могло «морально сбить другого с пути»<sup>15</sup>. Более того, не обязательно должно присутствовать какое-

---

<sup>12</sup> Блюстителем нравов (лат.). – Прим. пер.

<sup>13</sup> Shaw v. Director of Public Prosecutions (1961) 2 A.E.R. 452–453. (1962), A.C. 268.

<sup>14</sup> Неофициальное мнение судьи, не носящее нормоустановительного характера (лат.). – Прим. пер.

<sup>15</sup> (1961) 2 A.E.R. 461, 466, (1962) A.C. 282.

то обращение к «публике», и рассматриваемая мораль не должна была быть «общественной» в каком-либо смысле, кроме того, что это общепринятая мораль.

Теоретики права в Англии еще не прояснили связь между этим чрезвычайно всеохватывающим преступлением по общему праву и теми статутами, которые устанавливают некоторые конкретные преступления, касающиеся сексуальной морали. Но определенно можно утверждать, что правоохранительные органы сегодня могут воспользоваться этим преступлением по общему праву для того, чтобы избежать ограничений, налагаемых статутом или положениями статута об освобождении от ответственности. Так статут<sup>16</sup>, в соответствии с которым в Англии в прошлом году была предпринята безуспешная попытка привлечь к ответственности издателей «Любовника леди Чаттерлей» Д. Г. Лоуренса, устанавливает, что интересы науки, литературы и искусства или образования должны приниматься во внимание, и, если доказано, что на этих основаниях публикация является оправданной как способствующая общему благу, то никакого преступления, предусмотренного этим статутом, не совершено. В этом деле были получены соответствующие свидетельства о таких достоинствах. Если бы издатели были обвинены в заговоре с целью подрыва общественной морали, литературные или художественные достоинства этой книги не имели бы значения и обвинение с большой вероятностью могло бы быть успешным. Аналогичным образом, хотя парламент в недавно принятых законодательных актах воздержался от того, чтобы сделать проституцию как таковую преступлением, отличным от домогательства на улице или в общественном месте<sup>17</sup>, представляется, что для судов в соответствии с доктриной дела Шоу открыта возможность делать то, чего не сделал парламент. Некоторые опасения относительно того, что она может использоваться таким образом, уже высказывались ранее<sup>18</sup>.

Важность, придаваемая судьями в деле Шоу возрождению идеи о том, что суд должен действовать как *custos morum*, или «главный цензор и страж общественных нравов», может быть оценена на основании двух вещей. Во-первых, это то, что данное возрождение явно было намеренным действием, ибо древние дела, на которые опирались в качестве прецедентов, явно допускали даже в рамках строгой английской доктрины прецедентов принятие и другого решения. Во-вторых, судьи, по всей видимости, были готовы заплатить высокую цену, пожертвовав другими ценностями ради утверждения данного суда в роли *custos morum* (или восстановления его в таком качестве). Той конкретной ценностью, которую они принесли в жертву, был принцип законности, требующий, чтобы уголовным преступлениям давалось максимально точное определение, позволяющее заранее с разумной достоверностью определить, какие действия являются преступными, а какие нет. Вследствие дела Шоу практически любые совместные действия будут преступными, если жюри присяжных *ex post facto*<sup>19</sup> посчитает их аморальными. Возможно, ближайшим аналогом этому в современной европейской юриспруденции является идея, обнаруживаемая в германских статутах нацистского периода, что наказано может быть все что угодно, если оно заслуживает наказания в соответствии с «фундаментальными концепциями уголовного права и здравыми чувствами народа»<sup>20</sup>. Таким образом, если Милль содрогнулся бы от того, что закон, сформулированный в деле Шоу, санкционирует грубые нарушения свободы личности, Бентам<sup>21</sup> пришел бы в ужас от того, как это закон пренебрегал юридическими ценностями определенности и служил примером того, что он называл *ex post facto law*<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> The Obscene Publications Act 1959.

<sup>17</sup> The Street Offences Act 1959.

<sup>18</sup> *Manchester Guardian*, January 31, 1962; комментарий к делу *Weisz v. Monahan* (1962) 2 W.L.R. 262. См. также: *R. v. Quinn* (1961) 3 W.L.R. 611.

<sup>19</sup> Впоследствии, постфактум (лат.) – Прим. пер.

<sup>20</sup> Акт от 28 июня 1935 г.

<sup>21</sup> *Principles of the Civil Code*, part I, ch. 17 (I [Bowring ed.] *Works* 326).

<sup>22</sup> Дело Шоу было подвергнуто критике на этих основаниях в следующих статьях: Glanville Williams, «Conspiring to

---

Corrupt», *The Listener*, 24 August 1961, p. 275; Hall Williams, «The Ladies' Directory and Criminal Conspiracy: The Judge As Custos Morum», *Modern Law Review*, 1961, vol. 24, no. 5, p. 626–631 (в этой статье дело было названо «судейской глупостью»); D. Seaborne Davies, «The House of Lords and the Criminal Law», *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1961, vol. 6, p. 105 (здесь дело было названо «вопиющим безобразием»). Оно приветствовалось как «важный вклад в развитие уголовного права» А. Л. Гудхартом: A. L. Goodhart, «The Shaw Case: The Law and Public Morals», *Law Quarterly Review* 1961, vol. 77, p. 560–568. (*Ex post facto law* – «закон, имеющий обратную силу».– Прим. пер.).

## Проституция и гомосексуализм

В ДЕЛЕ Шоу есть и другие интересные моменты. Что, в конце концов, означает подрывать *моральные устои* или *некоторую мораль*? Но я отложу дальнейшее рассмотрение этого момента для того, чтобы обрисовать другую проблему, которая недавно вызвала в Англии дискуссию об обеспечении соблюдения моральных норм при помощи права и стимулировала усилия по прояснению затрагиваемых принципов.

В течение долгого времени в Англии ощущалась значительная неудовлетворенность уголовным правом в отношении проституции и гомосексуализма, и в 1954 г. была назначена комиссия, более известная, как комиссия Вулфендена, чтобы рассмотреть состояние права. Эта комиссия предоставила доклад<sup>23</sup> в сентябре 1957 г. и рекомендовала некоторые законодательные изменения, касающиеся того и другого. Относительно гомосексуализма большинством 12 к 1 было рекомендовано, чтобы гомосексуальные практики между взрослыми людьми по взаимному согласию, осуществляющиеся приватным образом, более не считались преступлением; что касается проституции, то комиссия единогласно рекомендовала, чтобы саму по себе ее не делали противозаконной, но должны быть приняты законодательные положения, направленные на то, чтобы «убрать ее с улиц» на том основании, что публичные приставания к потенциальным клиентам оскорбительны и неприятны для обычных граждан. В итоге правительство приняло законодательство<sup>24</sup>, реализующее рекомендации комиссии относительно проституции, но не гомосексуализма, и попытки членов парламента, не занимающих никаких официальных постов, внести законопроекты, меняющие законодательство в этой сфере, пока что потерпели провал<sup>25</sup>.

Нас здесь интересует не столько судьба рекомендаций комиссии Вулфендена, сколько те принципы, которыми они подкреплялись. Они поразительно похожи на излагаемые Миллем в его эссе «О свободе». Так раздел 13 доклада комиссии выглядит следующим образом:

Задачей [уголовного права], как мы ее видим, является сохранение общественного порядка и приличий, защита гражданина от того, что является оскорбительным или вредным и обеспечение достаточных гарантий против эксплуатации или развращения других, особенно тех, кто наиболее уязвим в силу молодости, телесной или умственной слабости или же неопытности...

Эта концепция позитивных функций уголовного права была для комиссии главным основанием для ее рекомендаций, касающихся проституции, — относительно необходимости принятия законодательства, пресекающего оскорбительные публичные проявления проституции, но не делающего саму по себе проституцию противозаконной. Ее рекомендации о смягчении законодательства, направленного против гомосексуальных отношений между взрослыми людьми по взаимному согласию, осуществляющихся приватным образом, базировались на принципе, достаточно просто сформулированном в разделе 61 доклада следующим образом: «Должна оставаться сфера частной морали и аморальности, в которую, коротко и грубо говоря, закон не должен совать свой нос».

Довольно интересно, что у этих процессов в Англии имелись близкие аналоги в Америке. В 1955 г. Американский институт права опубликовал вместе со своим проектом Модельного уголовного кодекса рекомендацию о том, что все основанные на взаимном согласии отношения между взрослыми людьми, осуществляемые приватным образом, должны быть исключены из

---

<sup>23</sup> Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution (CMD247) 1957.

<sup>24</sup> The Street Offenses Act 1959.

<sup>25</sup> Гомосексуализм оставался в Англии уголовным преступлением во время публикации текста этих лекций Харта и еще несколько лет после этого, до 1967 г.— *Прим. пер.*

сферы охвата уголовного права. Основаниями для этого было (*inter alia*) то, что «нетипичные сексуальные практики, осуществляемые приватным образом между взаимно согласными на них взрослыми партнерами, не наносят никакого вреда светским интересам общества»<sup>26</sup>, и то, что «это фундаментальный вопрос защиты от вмешательства государства в личные дела, на которую имеет право каждый индивид, когда не причиняет вреда другим»<sup>27</sup>. Эта рекомендация была одобрена консультативным комитетом института, но отвергнута большинством голосов его советом. Поэтому рассмотрение вопроса было перенесено на ежегодное собрание института в Вашингтоне в мае 1955 г., и рекомендация, поддержанная яркой речью ныне покойного судьи Верховного суда Лернда Хэнда, после горячих дебатов была принята большинством 35 против 24<sup>28</sup>.

Из вышеизложенного, возможно, ясно, что принципы Милля по-прежнему очень актуальны для критики права, какими бы ни были их теоретические недостатки. Но дважды на протяжении столетия они оспаривались двумя большими знатоками общего права. Первым из них был великий викторианский судья и историк уголовного права Джеймс Фитцджеральд Стивен. Предложенная им критика Милля содержится в мрачной и впечатляющей книге «Свобода, равенство, братство»<sup>29</sup>, которую он написал в качестве прямого ответа на эссе Милля «О свободе». По тону этой книги очевидно, что Стивен думал, что обнаружил сокрушительные аргументы против Милля и доказал, что право может обоснованно обеспечивать соблюдение требований морали как таковой, или, как он говорил, что право должно быть «пресечением наиболее вопиющих форм порока»<sup>30</sup>. Почти столетие спустя, после публикации доклада комиссии Вулфендена, лорд Девлин, ныне член палаты лордов и один из самых выдающихся авторов исследований по уголовному праву, в своем эссе о «Поддержании нравственности»<sup>31</sup> избрал в качестве мишени утверждение доклада о том, «что должна существовать сфера частной морали и аморальности, в которую закон не должен совать свой нос», и утверждал в противоположность этому, что «подавление порока в той же мере является делом закона, как и подавление подрывной деятельности».

Хотя этих двух теоретиков права разделяет целое столетие, сходство их общего тона, а иногда и деталей их аргументации очень велико. Оставшаяся часть этих лекций будет посвящена их изучению. Я делаю это потому, что, хотя их аргументы местами и путаны, они, несомненно, все же заслуживают признания как разумное возражение. Они не только восхитительным образом оснащены конкретными примерами, но и выражают продуманные взгляды умелых, искушенных юристов, умудренных опытом отправления правосудия по уголовным делам. Взгляды, подобные тем, что были выражены ими, по-прежнему весьма широко распространены среди юристов как в Англии, так и в Америке; более того, они, возможно, более популярны в обеих странах, чем доктрина свободы Милля.

---

<sup>26</sup> American Law Institute Model Penal Code, Tentative Draft No. 4, p. 277.

<sup>27</sup> Ibid., p. 278.

<sup>28</sup> Описание этих дебатов дано в *Time*, May 30, 1955, p. 13.

<sup>29</sup> James Fitzjames Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, 2nd ed. (London: Smith, Elder & Co., 1874).

<sup>30</sup> Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, p. 162.

<sup>31</sup> Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1959).

## Позитивная и критическая мораль

ПРЕЖДЕ чем детально рассмотреть эти аргументы, необходимо, я полагаю, понять три различных, но взаимосвязанных аспекта рассматриваемого нами вопроса.

Из всех трех формулировок, данных на странице 20, ясно, что это вопрос *о морали*, но важно видеть, что он сам по себе также является и вопросом *самой морали*. Это вопрос о том, является ли обеспечение соблюдения требований морали морально оправданным; таким образом, мораль становится частью этого вопроса в двух отношениях. Важность этого аспекта вопроса в том, что для ответа на него явно недостаточно будет показать, что в определенном обществе – нашем собственном или других – действительно считалось морально правильным поддерживать при помощи наказаний по закону соблюдение требований общепринятой морали. Никто из тех, кто серьезно обсуждает этот вопрос, не будет считать, что идею Милля можно опровергнуть простой демонстрацией того, что имеются определенные общества, в которых общепринятая мораль одобряет свое собственное поддержание при помощи права и делает это даже в тех случаях, когда аморальность считается безвредной для других. Существование обществ, которые осуждают связь между белыми и цветными как аморальную и наказывают ее по закону, оставляет наш вопрос по-прежнему актуальным. Критики Милля часто придают большое значение тому факту, что английское право действительно в некоторых случаях и явно при поддержке общественной морали наказывает аморальность как таковую, особенно в том, что касается сексуального поведения; но обычно они признают, что это лишь начало, но не конец аргументации. Я же покажу, что использование некоторыми теоретиками права того, что они считают примерами поддержания морали «как таковой» при помощи права, иногда вводит в заблуждение. Но они, в любом случае, не представляют дело так, что простое указание на эти социальные факты делает их доводы доказанными. Вместо этого они пытаются основывать свое заключение о том, что морально оправданно применять уголовное право таким образом по принципам, которые считают универсально применимыми и которые, как они полагают, либо вполне очевидно рациональны, либо их рациональность станет наглядной после их рассмотрения.

Поэтому утвердительный ответ лорда Девлина на этот вопрос основывается на весьма общем принципе допустимости для любого общества предпринимать шаги, необходимые для сохранения его существования в качестве организованного общества<sup>32</sup>, и представлении, что аморальность – даже приватная сексуальная аморальность – может, подобно измене, быть чем-то, что представляет угрозу существованию общества. Конечно, многие из нас могут поставить под сомнение этот общий принцип, а не только предполагаемую аналогию с изменой. У нас может возникнуть желание заявить, что оправданность шагов общества по защите себя должна зависеть как от того, что это за общество, так и от того, каковы намеченные шаги. Если общество в основном привержено жестокому преследованию некоторого расового или религиозного меньшинства или если намеченные шаги включают ужасающие пытки, то можно утверждать, что то, что лорд Девлин называет «дезинтеграцией»<sup>33</sup> такого общества, будет морально предпочтительнее продолжения его существования, и не следует предпринимать шаги, направленные на его сохранение. Тем не менее принцип лорда Девлина, согласно которому общество может предпринимать шаги, направленные на поддержание его организованного существования, сам по себе не предлагается им в качестве элемента английской общественной морали, получающего свою неоспоримость в силу его статуса части наших институтов. Он выдвигает его как рационально приемлемый принцип, который следует использовать при оценке или кри-

---

<sup>32</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, p. 13–14.

<sup>33</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, p. 14–15.

тике социальных институтов вообще. И совершенно очевидно, что любой, кто считает вопрос о том, имеет ли то или иное общество «право» поддерживать мораль, или является ли нравственно допустимым для любого общества поддерживать свою мораль при помощи права, вообще заслуживающим обсуждения, должен быть готов задействовать некоторые такие общие принципы критической морали<sup>34</sup>. Задавая этот вопрос, мы исходим из легитимности позиции, допускающей критику институтов любого общества в свете общих принципов и знания фактов.

Чтобы пояснить этот момент, я хотел бы возродить терминологию, очень любимую утилитаристами прошлого века, которая проводила разграничение между «позитивной моралью», моралью, реально признаваемой и разделяемой некоторой социальной группой, и общими моральными принципами, применяемыми для критики реальных социальных институтов, включая позитивную мораль. Можно назвать такие общие принципы «критической моралью» и сказать, что наш вопрос – это вопрос критической морали о поддержании позитивной морали при помощи права.

Второй аспект нашего вопроса, который заслуживает внимания, заключается попросту в том, что это вопрос *обоснования*. Задавая его, мы проявляем приверженность по меньшей мере тому общему критическому принципу, что применение любым обществом принуждения при помощи права требует обоснования как нечто *prima facie*<sup>35</sup> нежелательное и терпимое только ради некоторого компенсирующего блага. Ибо там, где нет *prima facie* возражений, вреда или зла, люди не просят и не дают *обоснований* социальных практик, хотя могут просить и давать *объяснения* этих практик или пытаться продемонстрировать их ценность.

Полезно задаться вопросом, что именно *prima facie* нежелательно в поддержании морали при помощи права, ибо идея поддержания (чего-либо) при помощи права на самом деле не так проста, как часто считают. Она имеет два различных, но взаимосвязанных аспекта. Один из них – реальное наказание нарушителя. Оно обычно предполагает лишение его свободы передвижения, собственности, связи с семьей или друзьями, причинение ему физической боли или даже смерти. Все это – те вещи, которые считается неправильным причинять другим без особого обоснования, и на самом деле они так расцениваются правом и моралью всех развитых обществ. Если сформулировать это так, как это сделали бы юристы, все это вещи, которые, если они не оправданы в качестве санкций, являются деликтами или правонарушениями.

Второй аспект поддержания чего-либо при помощи права касается тех, кто, возможно, никогда не совершает ничего противозаконного, но принуждается к повиновению угрозой наказания по закону. Это, а не физические ограничения, обычно имеется в виду под ограничениями свободы при обсуждении политического устройства. Нужно отметить, что подобные ограничения могут мыслиться как требующие обоснования в силу нескольких совершенно различных причин. Беспрепятственное осуществление индивидами свободного выбора может рассматриваться как ценность сама по себе, вмешиваться в реализацию которой *prima facie*

---

<sup>34</sup> Лорда Девлина критикуют за то, что он ставит вопрос, имеет ли общество *право* обеспечивать соблюдение его суждений в вопросах морали, на том основании, что разговор о «праве» в таком контексте не имеет смысла. См.: Graham Hughes, «Morals and the Criminal Law», *Yale Law Journal*, 1962, vol. 71, no. 4, p. 672. Эта критика ошибочна именно потому, что лорд Девлин апеллирует к некоторому общему критическому принципу в поддержку своего утвердительного ответа на этот вопрос.

<sup>35</sup> На первый взгляд (*лат.*) – Прим. пер.

## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.