

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

И. Ю. Козлихин

ИЗБРАННЫЕ ТРУДЫ



Игорь Юрьевич Козлихин

Избранные труды

Серия «Теория и история государства и права»

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11155976

Избранные труды: Юридический центр-Пресс; Санкт-Петербург; 2012

ISBN 978-5-94201-638-8

Аннотация

В избранные труды и. Ю. Козлихина, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ, публикуемые к 60-летию юбилею автора, вошли главы книг и статьи по проблемам права и политики, вопросам теории и философии права, истории государства и права США. Публикуемые работы содержат авторские оригинальные концепции, имеющие первостепенное научное и практическое значение.

Книга предназначена для преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, специалистов в области права, а также всех интересующихся вопросами юриспруденции.

Содержание

От автора	7
Право и политика[1]	9
Предисловие	9
Глава I	19
§ 1. Античный архетип концепции правления права	20
§ 2. Архетип концепции правления права нового времени	53
Глава II	94
§ 1. Юридический позитивизм и правление права	94
§ 2. Естественнo-правовые концепции правления права	129
§ 3. Правление права как социально- политическая теория	181
Глава III	214
§ 1. Два архетипа концепции демократии	214
Конец ознакомительного фрагмента.	230

Игорь Юрьевич Козлихин

Избранные труды

© И. Ю. Козлихин, 2012

© ООО «Юридический центр-Пресс», 2012

*** * ***



Игорь Юрьевич Козлихин. Доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ

От автора

Прежде всего хочу поблагодарить сотрудников Издательства «Юридический центр-Пресс», в особенности Полину Асланову и Ирину Дамения, взявших на себя труд издания этой книги. Мы подобрали те статьи и книги, которые, как нам кажется, представляют наибольший интерес для читателя. Они написаны в разное время и на разные темы. Книга делится как бы на четыре части. В первой – работы, непосредственно примыкающие к моей докторской диссертации: монография «Право и политика» и учебное пособие «Политология»; во второй – статьи по философии и теории права; в третьей – по истории государства и права США и, наконец, в четвертой – две главы из моего курса лекций по «Истории политических и правовых учений», первое и второе издания которых вышли в свет именно в этом издательстве еще при жизни его основателя и моего друга Рауфа Асланова. Это лекции о политических и правовых взглядах Н. Макиавелли и И. Канта. Они Рауфу особенно понравились.

В тексты я не внес никаких изменений. Хотя сегодня, возможно, что-то я бы написал иначе. Но мне стыдиться написанного тридцать, двадцать или десять лет тому назад нет никаких оснований.

Санкт-Петербург, 28 ноября 2011 г.

Игорь Козлихин

Право и политика¹

Предисловие

О необходимости проведения полномасштабной правовой реформы, построения правового государства и утверждения демократических принципов политической жизни говорят лидеры практически всех более или менее влиятельных партий и движений. Однако этот факт отнюдь не свидетельствует о согласии, царящем в обществе по поводу основополагающих правовых и политических ценностей. Скорее наблюдается другое. Призыв к построению правового государства воспринимается как политический лозунг, наполняемый различным содержанием в зависимости от идеологических пристрастий того или иного деятеля. И это связано отнюдь не с беспринципностью его приверженцев (хотя и это может иметь место). Прежде всего, сразу следует оговорить, что в юридической науке никогда не существовало и не существует единой общепризнанной концепции правового государства. Она может обосновываться и разрабатываться с разных мировоззренческих позиций, в рамках раз-

¹ Публикуется по: Козлихин И. Ю. Право и политика. СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1996.

личных типов правопонимания, отражать реалии различных национальных политических и правовых систем и т. д.

Если сформулировать данный лозунг как призыв к построению демократического правового государства, то это мало приблизит нас к пониманию его сути, ибо число концепций демократии не уступает числу концепций правового государства. При этом речь не идет о выборе «лучшего из хорошего». Под лозунгом правового государства можно исподволь прийти к созданию полицейского государства «порядка и закона», а в сочетании с требованиями демократии как массового политического участия – даже к тоталитаризму.

Возможность такого поворота дел в России не представляется сугубо умозрительной. Она связана с реальным состоянием российского общества, в котором отказ от внешних атрибутов тоталитаризма не привел и не мог привести к радикальному отказу от тоталитарного мировоззрения. Это касается, прежде всего, этатистско-позитивистского стиля юридического мышления и патерналистской политической культуры, которые продолжают доминировать в общественном сознании. При этом сам по себе объективно необходимый процесс экономической и политической модернизации, воспринимаемый сквозь призму посттоталитарного сознания, способствует распространению этатистских взглядов в наиболее грубой их форме, ибо роль государства в реформирующемся и потому дестабилизированном обществе действи-

тельно весьма значительна. А это чревато подчинением права политике: отождествлением права и закона, закона и государственной воли, превращением закона в инструмент политики, точнее политической борьбы и подавления политических противников.

Хотя и в теоретических исследованиях, и в политических программах целого ряда общественных движений и партий подчеркивается значение либеральных ценностей, в особенности незыблемость прав человека и гражданина, в то же время заметно и разочарование в них. Не успев прижиться, не будучи осознанными до конца, они начинают рассматриваться как специфические западные ценности. По нашему убеждению, это серьезная ошибка, цена которой может быть очень велика.

Давно стали трюизмом заявления о неправомерном характере российского общества и государства, о поразительном российском правовом нигилизме. Но означает ли это, что право вообще чуждо российскому менталитету или что российское право какое-то особенное, ни на что не похожее. Представляется, что это не так.

Право «вырастает» тогда, когда общество начинает испытывать и осознавать потребность в нем, ибо право без притязания на него не существует; оно рождается тогда, когда оно востребовано обществом, когда его ценность понимается и принимается.

А то, что понимание ценности права приходит к разным

человеческим обществам в разное время, не меняет их сути. Об этом прекрасно писал П. И. Новгородцев: «Если говорят иногда, что сами эти идеи равенства и свободы представляют плод дальнейшего развития и, если этим указанием хотят опровергнуть мысль о безусловном значении этих начал, то надо заметить, что здесь повторяется одно из обычных недоразумений позитивистского образа мышления. Процесс постепенного уяснения известных истин в человеческом сознании принимается за доказательство изменчивости этих истин по существу».²

Что это действительно так, подтверждается, например, российской пореформенной историей второй половины XIX– начала XX в., которая, кроме всего прочего, характеризовалась быстрым правовым развитием общества, причем развитием, подчинявшимся общим («западным») закономерностям: складывание гражданского общества, развитие системы частного права и, наконец, требование конституции, т. е. ограниченного государства. Истоки права лежат в гражданском обществе; оно, построенное на началах взаимобмена товарами и услугами, может существовать только как правовое. В противном случае оно превращается в арену войны всех против всех. Стихийным носителем правовой идеи является третье сословие, деятельный буржуазный элемент, человек, сознающий ценность правовых условий своего существования, т. е. «правовая личность» (Б. А. Кистя-

² Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 113.

ковский). Национальные черты такой личности имеют вторичное, неопределяющее значение: для права нет ни эллина, ни иудея.

Поэтому и в русском правоведении конца XIX– начала XX в. собственно «национальные» черты проявляются гораздо мягче, чем в русской философии того же периода. Оно развивалось в рамках либерализма (в различных его вариациях). И совсем не потому, что русские правоведы относились к лагерю «западников», а потому, что были блестящими юристами, прекрасно понимавшими сущность и ценность права. Подлинным выражением юридических начал, без всякой посторонней примеси, является право частное, гражданское. Здесь человек представляется как свободное, самостоятельное лицо, которому присваивается известная область материальных отношений и которая состоит в определенных юридических отношениях к другим таковым же лицам. По самой природе этих отношений, в этой сфере господствует индивидуализм; здесь находится главный центр человеческой свободы»,³ – писал В. Н. Чичерин еще в начале 80-х годов прошлого века.

К сожалению, тогда в России право не успело укорениться ни в общественных отношениях, ни в общественном сознании, не укоренилось оно и по сей день. Но это отнюдь не превращает его в специфическую западную ценность, что подтверждается опытом динамично развивающихся стран Во-

³ Чичерин В. Н. Собственность и государство: В 2 т. М., 1882. Т. I. С. 88–89.

стока (Япония, Южная Корея и др.), воспринимающих «западные» ценности: свободный рынок, парламентскую демократию, право, но при этом сохраняя свой восточный колорит.⁴ Если, конечно, не считать деспотизм обязательным его атрибутом.

По нашему глубокому убеждению, путь России лежит в этом же направлении, несмотря на все возможные пессимистические оценки сегодняшнего ее положения.

В связи с этим представляется теоретически и практически актуальным анализ различных концепций правового государства, в особенности сложившихся в русле либеральной традиции. Основное внимание в книге уделено англоязычному правоведению, в частности концепциям правления права – the Rule of Law.⁵ Но это не означает, что автор относит себя к англофилам и предпочитает англосаксонскую правовую систему романо-германской. Отнюдь нет. Дело заключается в следующем.

Несмотря на то, что термины «Rechtsstaat» и «the Rule of Law» нередко, в том числе и в англоязычном правоведе-

⁴ См.: *Васильев Л. С.* История стран Востока: В 2 т. М., 1993. Т. 2. С. 480–490.

⁵ Термин «the Rule of Law» «по-разному переводится на русский язык: как «правление права» (см., напр.: *Нерсисяц В. С.* Правовое государство: история и современность // Вопросы философии. 1989. № 2. С. 3); как «господство права» (см., напр.: *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии. М., 1907. Ч. 2); как «правозаконность» (см., напр.: *Хайек Ф. А.* Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 123 и ел.). По нашему мнению, термин «правление права» наиболее соответствует смыслу и духу соответствующих англоязычных концепций.

нии, используются как синонимы, их все же нельзя признать эквивалентными. Разумеется, соответствующие им концепции тесно взаимосвязаны, а в период своего становления они вообще питались из одного источника – философии просвещения. Однако источника противоречивого, собственно, и породившего две традиции в понимании соотношения права и государства и в связи с этим две разновидности концепций: правового государства и правления права, выражавшими две стороны одного мировоззрения – правового. «Характерными чертами этого мировоззрения, – пишет А. Валицкий, – были, с одной стороны, культ рациональной государственной власти, а с другой – стремление к обоснованию контрактной (основанной на договоре) модели общества, в котором формально равные субъекты обладали бы определенными правами и были свободны от государственного вмешательства. Легко заметить противоречивость этого просветительского идеала: идея разумного законодательства, которой руководствовался просвещенный абсолютизм, неизбежно приводила к мысли о полной рационализации общественной жизни, тогда как идея естественных прав личности, на которую ориентировался либерализм, существенно ограничивала сферу государственного вмешательства. Тем не менее, в конкретных исторических условиях эти две разные идеи – идея разумного законодательства и идея неотъемлемых прав личности – составляли как бы одно мировоззрение, сосредоточенное на проблеме привнесе-

ния в общество права и поэтому удачно названное «правовым мировоззрением».⁶

Здесь важно подчеркнуть следующее: идея рационализации общественной жизни посредством разумного закона – это еще античная идея, возникшая в рамках полисного мировоззрения и возрожденная в Новое время, однако при этом дополненная идеей, не знакомой античным мыслителям, а именно – прав личности и ограниченного государства. Обе эти идеи присущи как концепциям правового государства, так и концепциям правления права. Но сторонники первых делают упор на идее рационализации и видят свой идеал в максимально возможной упорядоченности общественной и государственной жизни, стремятся «навязать порядок» с помощью государственного закона, в то время как в концепциях правления права подчеркивается, прежде всего, независимость права от государства: в государственном законе они видят угрозу праву и свободе, их идеал – ограниченное государство и свободное правовое общество.

Такого рода противопоставление, разумеется, достаточно условно и не означает того, что все немецкие теории можно выстроить по одну сторону демаркационной линии, а английские – по другую. Например, в русле классического либерализма лежат «Идеи для опыта определения границ деятельности государства» В. фон Гумбольдта. Однако даже

⁶ *Валицкий А.* Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX – начала XX века // Вопросы философии. 1991. № 8. С. 27.

если признать случайным тот факт, что книга, написанная в конце XVIII в., увидела свет лишь в 1851 г., то все равно он очень показателен. Немецкому взгляду на соотношение права и государства все же ближе гегелевское понимание государства как шествия Бога в мире или веберовская идея рационализированной бюрократии.

Современные англоязычные версии концепции правления права сложились в основном в борьбе с позитивистским правопониманием и разрабатывались в рамках либеральной парадигмы. Не отрицая античной идеи о рационализации общественной жизни с помощью закона (как всеобщей и стабильной нормы), они подчеркивают опасность государственного произвола в форме закона, а упорядоченность общественной жизни не связывают исключительно с ним. В англоязычных правовых теориях наиболее ярко проявляется идея независимости права от государства, а требования правления права обращены, прежде всего, к закону с тем, чтобы если не полностью избежать заключенной в нем угрозы праву, то, по крайней мере, уменьшить ее, свести до минимума. Таким образом, во всех версиях концепции правления права либо имплицитно, либо эксплицитно присутствует идея ограниченного государства.

При этом для концепции правления права в целом не характерна проблема соотношения демократии и права. Это связано как с особенностями исторического становления экономического и политического либерализма и, соот-

ветственно, либеральной правовой теории, так и с методологическими установками ряда правоведов, не желающих «расширять» предмет юридической науки. Однако сказанное не означает, что данная проблема вообще чужда сторонникам «правления права»: просто в различных условиях ее острота проявляется с разной интенсивностью. В обществах модернизирующихся, где идет поиск наиболее приемлемого типа демократии, она приобретает особо актуальное значение. Поэтому автором исследуются различные рационалистические и эмпирические модели демократии в их соотношении с правом.

Данная работа является значительно исправленным и дополненным изданием книги «Идея правового государства: история и современность» (СПб., 1993). Без серьезных изменений сохранена лишь вторая глава.

Глава I

Исторический генезис концепции правления права

С некоторой долей условности в истории политико-правовой мысли до начала XIX в. можно выделить два архетипа концепции правления права. Первый исторически связан с эпохой античности, второй – с Новым временем. Античная концепция соотносится с полисом как формой и способом общения людей и ищет пути упорядочения и гармонизации этого общения. Проблема соотношения индивида и общества решается в пользу последнего. Закон в представлении античных философов защищает индивидов друг от друга, а не от общества. Доминантой их рассуждений является порядок в обществе, а не индивидуальная свобода. Концепции Нового времени в большей степени соотносятся с определенной системой институтов государственной власти, характером их построения и взаимодействия. Сам объект исследования предстает в усложненном виде. Это уже не отношения индивид – общество, а индивид – общество – государство. Причем концепции правления права в своем либерально-индивидуалистическом варианте отдают предпочтение обществу перед государством и индивиду – перед обществом. Главную опасность для права они видят не в индиви-

дуальных произволах, хотя такая опасность сохраняется, а в государственном произволе. В связи с этим в рамках данного архетипа разрабатываются принципы ограниченного государства. Но, в конечном счете, обе эти концепции выступают как комплементарные. Они обе отражают процесс развития права как социального феномена.

§ 1. Античный архетип концепции правления права

Античные представления о праве и законе вытекают из религиозно-мифологического правопонимания. В них в первозданном и незамутненном виде предстает процесс рождения права как специфического регулятора человеческих отношений тогда, когда они выходят за рамки ограниченного круга лиц, и возникает потребность в их упорядоченности и предсказуемости. Право возникает как сила, способная упорядочить человеческое общение путем исключения из него, насколько это возможно в принципе, индивидуальных произволов. Это становится возможным благодаря таким качествам правовых норм, как деперсонифицированность и всеобщность. Не случайно представления о праве зародились как о некоей надчеловеческой божественной воле, привносящей порядок в земной мир. Первыми правоведами были жрецы, которые, используя специальный ритуал, лишь толковали божественную волю. Именно связь с божеством

придавала правовым нормам общеобязательность и всеобщность. Несмотря на то, что в античном мире быстро произошла рационализация сознания, а законотворческие и судебные функции были отделены от жреческих, сам принцип деперсонифицированности, всеобщности и обязательности сохранился в правопонимании как ведущий, смыслообразующий.

Античное правопонимание строилось на противопоставлении закона (упорядоченности) беззаконию (беспорядку и анархии). И хотя сам принцип правления закона, а не людей, в окончательном виде был сформулирован только Аристотелем, эта идея, начиная уже с Гераклита, так или иначе, присутствовала в рассуждениях античных авторов. Для адекватной реконструкции античных представлений о праве и законе необходимо учитывать, по крайней мере, два момента. Первый, свойственный всем древним народам, заключается в убеждении, «что личность – часть общества, что общество включено в природу, а природа – лишь проявление божественного».⁷ Второй связан с феноменом античного полиса, представляющего собой гражданскую общину, мыслимую древними греками (и римлянами) как единственно возможную форму человеческого общения. Поэтому понятие закона органически входило в понятие полиса. Одно не мыслилось без другого, ибо полис понимал-

⁷ Франкфорт Г., Франкфорт Г. А., Унисон Дж., Якобсен Т. В преддверии философии. М., 1984. С. 204.

ся как упорядоченное соответствующим образом общение. Цицерон выразил эту идею в понятии полиса как общего правопорядка, хотя имплицитно она присутствовала в греческой мысли на протяжении столетий (уже Гераклит призывал сражаться за законы, как за стены своих городов). Следует обратить внимание на то, что понимание закона в Древней Греции не соответствует современному. Слово «номос» означало не только «позитивный закон», но и «традицию», «обычай», «обыкновение», вообще установленный порядок. По Гераклиту, закон полиса номос – это проявление всеобщего космического закона – логоса, дающего меру всему сущему: даже солнце не может перейти своей меры. Таким образом, у Гераклита речь идет не о правлении «человеческого» закона, а о непосредственном правлении не зависящего от воли людей всеобщего космического закона – логоса. Он призывал к смирению перед ним, как перед всеобщим мировым порядком. Отсюда и его идея правления мудрых, которые не более чем посредники между логосом и людьми. Повиновение логосу происходит через повиновение мудрому, познавшему логос. Сами человеческие законы носят вторичный характер, они должны являться продолжением всемирного космического закона: «Ибо все человеческие законы питаются единым божественным. Ибо последний господствует, насколько ему угодно, довлеет всему и все побеждает».⁸ Итак, полис зиждется на законе, однако поскольку тол-

⁸ *Маковельский А. О. Досократики. Казань, 1914. Ч. 1. С. 165.*

па не способна к познанию всеобщего закона — логоса, постольку требуется правление мудрого, транслирующего требования логоса. Мудрым же законы человеческие не нужны, ибо, познав логос, они сливаются с ним.

Разрыв с натурфилософским мировоззрением предприняли софисты. Они противопоставили природный и человеческий закон, попытались «вырвать» полис из природы, но сохраняя при этом понимание закона как общей меры. Критицизм софистов по отношению к общеполисным ценностям являлся закономерным при переходе от одной системы миропонимания к другой. Вся последующая греческая мысль, по сути, выросла на отрицании релятивизма софистов, на критике их отношения к позитивному закону. Школа софистов, стремясь поставить в центр своих рассуждений не полис, а человека, в известном смысле нарушала традиции полисного мышления. В античности такой подход неизбежно приводил к умалению авторитета позитивного полисного закона и, таким образом, самого полиса. Человек казался слишком зыбким основанием справедливости, закона, порядка. Идея правления законов, а не людей, выступила как антитеза индивидуалистическому нигилизму софистов. Не противопоставление, а соединение природного и человеческого, естественного и искусственного, гармонизация этих двух сторон бытия — вот цель постсофистической греческой мысли.

Принцип законности как основополагающий для жизни

полиса был выработан уже в поучениях семи мудрецов, для которых лучшим являлось такое устройство полиса, в котором отдается предпочтение закону, дающему «меру всем человеческим поступкам». Сократ в спорах с софистами довел эту идею до совершенства. Для Сократа подчинение закону – это условие существования полиса. «Законное и справедливое – одно и то же», – не устает повторять он. Эта мысль представляется более глубокой, чем просто утверждение о желательности и необходимости совпадения законного и справедливого. У Сократа, в изложении Ксенофонта, речь шла не об оценке действующих позитивных законов, а о законосообразном порядке вообще.

Каждый закон в отдельности или судебное решение могут быть несправедливыми, справедливость же является результатом совокупного действия всех законов полиса. А носителем высшей справедливости является полис как урегулированное упорядоченное общение между людьми.

Таким образом, закон, точнее, система законов, у Сократа осуществляет созидающую, конституирующую функцию. Сам полис существует лишь в форме всеобщего исполнения его законов. Справедлив не закон сам по себе, а порядок, основанный на законе, – а это, по сути, полис. Итак, полис – это совокупность граждан, подчиняющихся закону. «Повсюду в Элладе, – говорит Сократ, – установлен закон, чтобы граждане приносили клятву в единомыслии... Это делается для того, чтобы они повиновались законам. Когда гражда-

не сохраняют это повиновение, государства бывают самыми счастливыми и сильными». Панегирик закону продолжается восхвалением законопослушного гражданина: «...да и в частных делах кто менее наказывается государством и кто более уважается, как не тот, кто повинуется законам? Кто менее терпит ущерба и кто более побеждает в судебных местах? Кому скорее доверяют опеку над имуществом или над сыновьями или над дочерьми? Кого все государство признает более достойным доверия, чем человека законного? От кого скорее получают удовлетворение своих справедливых притязаний родители, родственники, слуги, друзья, граждане, чужестранцы? Кому более будут доверять неприятели при заключении перемирия или договора о мире? С кем более, как с человеком законным, захотят сделаться союзниками? Кому более доверят союзники предводительство, охрану крепостей, города?.. Вот почему я доказываю, что законное и справедливое одно и то же» (Ксенофонт. Воспоминания, 4, 4, 17).

В этом отрывке прослеживается очень типичное для греческой мысли отождествление идеального гражданина с полисом в целом, т. е. с коллективом равных перед законом граждан. Гражданин как лицо частное у Сократа плавно переходит в лицо политическое как идеальное выражение полиса. Между гражданином и полисом практически нет никакой границы: законопослушный гражданин тождествен полису, а полис тождествен законопослушному гражданину.

Эти же идеи высказывает Сократ и в платоновском диалоге «Критон». Безусловность подчинения законам рассматривается им как проявление высшей справедливости, как долг гражданина перед полисом. Законы, полис, отечество у Сократа – нерасчлененные понятия. Предоставляя гражданину право покинуть отечество, если ему не нравятся существующие законы, Сократ требует абсолютного подчинения законам для тех, кто остался. «О том же из вас, кто остался, зная, как мы судим в наших судах и ведем в государстве прочие дела, мы уже можем утверждать, что он на деле согласился выполнять то, что мы велим; а если он не слушается, то мы говорим, что он втройне нарушает справедливость тем, что не повинуется нам, своим родителям, тем, что поступает вопреки нам, своим воспитателям, и тем, что, дав согласие нам повиноваться, он все же оказывает неповиновение...» (Критон, 52). Высшая справедливость у Сократа, таким образом, заключается в соблюдении законов, что приводит к единению граждан, единомыслию, упорядоченности и гармонии. Но эта гармония достигается не посредством прав, а посредством общих обязанностей, имеющих не столько юридический, сколько нравственный характер. Поэтому-то и закон, даже несправедливый, требует подчинения ему: в противном случае порождается еще большая несправедливость, ибо нарушается обязанность подчиняться. Закон определяется Сократом через подчинение, через обязанность, поэтому и принцип законности – это нрав-

ственное единение сограждан вокруг знающих правителей и разумных законов.

Платон как ученик Сократа отталкивается от его идей и не приемлет софистического противопоставления позитивного и естественного права, объединяя их единым божественным источником, ибо «Бог есть мера всех вещей, а не человек, как думают некоторые». Не соглашаясь с релятивизмом софистов, Платон ищет вечные, неизменные основания человеческой жизни, стремится дать ответ на вечный вопрос «Как надо жить?» (О государстве, 352 в). Ответ звучит, в общем, просто: жизнь должна быть гармоничной, урегулированной, дружеской, соотнесенной с мировым божественным порядком, а не с природой человека. Споря с софистами, он сходится с ними в оценке человека как существа страстного. Но если младшие софисты восхваляют своеволие человека, считая «своевольную жизнь» правильной, то для Платона идеал – воздержанность и подавление страстей.

Вот что, например, говорит младший софист Калликл: «Кто хочет прожить жизнь правильно, должен отдавать полнейшую волю своим желаниям, а не подавлять их, и как бы ни были они необузданны, должен найти в себе способность им служить (вот на что ему мужество и разум), должен исполнять любое свое желание» (Горгий, 49 е). Платоновский Сократ возражает Калликлу: «... та часть души, где заключены желания, легковерна и переменчива» (Горгий 493). Человек, руководствующийся необузданными желаниями,

несправедлив и несчастлив: «...подобный человек не может быть мил ни другим людям, ни Богу, потому что он не способен к общению, а если нет общения, нет и дружбы. Мудрецы учат, Калликл, что небо и землю, богов и людей объединяют общение, дружба, порядочность, воздержанность, справедливость, по этой причине они и зовут нашу Вселенную “порядком” (“космосом”), а не “беспорядком”, друг мой, и не “бесчинством”» (Горгий, 508). Вечная и неизменная естественная справедливость лежит в основании этого порядка, именно ей отдает он предпочтение, а позитивный закон лишь одно из средств ее реализации.

Полис для Платона – это совокупность людей, призванных делать что-либо вместе (О государстве, 351 с). Поэтому индивидуализм софистов совершенно неприемлем для него, как неприемлема и вытекающая отсюда идея о праве сильного у младших софистов. Вместе с тем Платон все же мыслит теми же категориями. Право силы он отвергает потому, что это право отдельного индивида – право на произвол, на своеволие. Применение же силы со стороны полиса не только оправданно, но и необходимо. Ведь справедливость есть соразмерность и соподчиненность всех начал: разума, воли и чувства, в признании общей цели и направляющей к ней силы, в том числе и силе закона, суть которого состоит не в равном распределении прав, а в распределении обязанностей по принципу «каждому – свое». Итак, закон есть возложение обязанности и исключение всего то-

го, что разъединяет граждан, ибо нет для государства ничего более лучшего, чем то, что его сплачивает и объединяет (О государстве, 462 в).

Сплоченность, объединенность, регламентированность превращаются у Платона в идею фикс. Весь мир находится в движении – это отлично понимал Платон, и, понимая это, он становится диалектиком «наоборот». Все зло от движения, поэтому его нужно остановить. Не будем рассуждать на тему бесперспективности и недостижимости остановки всеобщего движения и изменения – нас интересует только правовой аспект этой проблемы. Платон отлично понял суть правовой нормы как общего и абстрактного правила поведения, неизбежно оставляющего какое-то «свободное поле» и поэтому имеющего объективные пределы воздействия на людей. Только закон недостаточен для создания и поддержания идеального государства тотальной регламентированности. Платон оказался прав: ни одно тоталитарное государство не имело в основе своей закона как всеобщего абстрактного правила поведения.

Итак, такие качества правовых норм, как всеобщность и абстрактность, рассматриваются Платоном как весьма существенный недостаток. Поэтому государство, в котором господствует закон, лишь второе в платоновской иерархии форм правления, а истинным, т. е. знающим, правителям идеального государства законы не нужны. Их Платон сравнивает с врачами, которых «почитают независимо от того,

лечат они нас добровольно или против воли... действуют они согласно установлениям или помимо них... лишь бы врачевали они на благо наших тел» (Политик, 293 в). Так и в случае с истинным правителем: неважно, правит он по законам или помимо них (293 с), главное, чтобы это делалось на основе знаний и справедливости (293 е), а царское знание – это умение судить и повелевать (292 в). Разум выше позитивных законов (294), и не у законов должна быть сила, а у царственного мужа и, кстати сказать, независимо от того, правит он или нет (293). – «Ни закон, ни какой бы то ни было распорядок не стоят выше знания. Не может разум быть чьим-либо послушным рабом; нет, он должен править всем, если только по своей природе он подлинно свободен» (Законы, 875 д). Может показаться, что Платон поет гимн человеческому разуму, но это не так. К человеческому разуму он относится скептически. Недаром люди для него – это стада, пасущиеся в полисах. С одной стороны, Платон убежден в могуществе человеческого разума, с другой – полагает, что разумность не присуща человеку по природе. Разум присущ лишь царственному мужу, а человек нецарственный не может, не вправе решать, как ему жить: полисному стаду необходим пастух. Позитивный закон выполнить эту задачу в полном объеме не может, ибо жизнь человеческая находится в постоянном изменении, а закон не в состоянии дать установления на все случаи жизни. Кроме того, люди все разные, и к каждому нужен индивидуальный подход. А «закон ни-

как не может со всей точностью и справедливостью охватить то, что является наилучшим для каждого и это ему предписать» (Политик, 294 д).

Вот тут-то и появляются главные сложности у Платона. Законодатель (он же правитель) должен дать своему «стаду» предписания «относительно справедливости и взаимных обязательств...», однако он «не может, адресуя этот наказ всем вместе, дать точное и соответствующее указание каждому в отдельности... он издает законы, имеющие самый общий характер, адресованный большинству» (Политик, 295). Но только он – истинный правитель – может определить, что есть благо и в чем заключается счастье; сам он не связан законами, которые издал. Платон не соглашается со своим учителем Сократом в том, что для изменения закона следует убедить сограждан в целесообразности такого изменения (Политик, 296). Правители свободны в отношении закона и своих подданных, они имеют даже право на прямое насилие, чтобы навязать им то, что считают лучшим, «ибо сила искусства выше законов» (Политик, 297). Итак, в конечном счете, Платон пришел почти к тем же выводам, что и младшие софисты, но оказался менее «демократичным», предоставляя «право на своеволие и насилие» лишь некоторым – истинным правителям. Там же, где истинного разумного правителя нет, необходимо всеобщее подчинение законам. И такое государство, где над всеми господствует закон, – не лучшее, а лишь подражание ему. Но и в этом го-

сударстве «законности» закон не правит, он подавляет: если дать человеку волю, первое, что он сделает, навредит себе. Поэтому, «коль скоро в городах не рождается, подобно матке в пчелином рое, царь, тотчас же выделяющийся среди других своими телесными и духовными свойствами, надо, сойдясь всем вместе, писать постановления, стараясь идти по следам самого истинного государственного устройства» (Политик, 300 с). Это государство приобретает некое подобие правового: в нем закон предписан и гражданам, и правителям, а они – его рабы. Соблюдение закона должно быть абсолютным и бесприкословным. Никто из граждан не должен сметь поступать вопреки законам: за это надо карать смертью (Политик, 297 е), хотя «природе соответствует не насильственная власть закона, а добровольное подчинение ему» (Законы, 690 с), добиться которого можно путем специальной платоновской системы воспитания и психологического воздействия на граждан на протяжении всей их жизни.

Итак: соразмерность, упорядоченность, полное подавление «своеволия» и на этой основе гармония как всеобщее единение. Личность у Платона полностью сливается с полисом: обезличены и те, кто подчиняется, и те, кто правит. И в этом смысле платоновский закон носит антиправовой характер, ибо там, где нет личности, не может быть и права. Платон стремится элиминировать личность, подавить ее либо с помощью прямого правления мудрых, либо с помощью закона-тирана. Но даже такой закон несовершенен с точ-

ки зрения Платона: он оставляет «слишком» много свободы человеку. Поэтому лучшее государство обходится вообще без законов: там уже достигнуто абсолютное единение, праву и закону места там нет. Закон рассматривался Платоном как один из способов подавления разнообразия, достижения и поддержания коллективистского унифицированного единства. К этому неизбежно приводит логика «достижения единства», и это действительно, верно, если, во-первых, считать такое положение дел реально достижимым и, во-вторых, оценивать его положительно.

Невозможность (и ненужность) абсолютного единства прекрасно понял Аристотель. Он, наиболее последовательный защитник меры во всем, не приемлет платоновского ригоризма: достижения единомыслия и единодействия любой ценой. Утопии не чужды и Аристотелю, но он гораздо больший реалист и готов принимать мир (полис) таким, каков он есть. Для Аристотеля достижение единства тоже важно: иначе не может существовать полис, да и вообще любая общность людей. Но весь вопрос – в пределах этого единства. Аристотелевский полис – это единство, имеющее в своей основе разнообразие. «Государство, – пишет Аристотель, – представляет собой некое общение, а, следовательно, прежде всего является необходимостью занимать сообща определенное место; ведь место, занимаемое одним государством, представляет собой определенное единство, а граждане являются сообщниками одного государства» (Полити-

ка, 1261 а). Однако «ясно, что государство при постоянно усиливающемся единстве перестает быть государством. Ведь по своей природе государство представляется неким множеством. Если же оно стремится к единству, то в таком случае из государства образуется семья, а из семьи – отдельный человек: семья, как всякий согласится, отличается большим единством, нежели государство, а один человек – нежели семья. Таким образом, если бы кто-нибудь и оказался в состоянии осуществить это, то все же этого не следовало бы делать, так как он тогда уничтожил бы государство. Далее, в состав государства входят не только отдельные многочисленные люди, но они еще и различаются между собой по своим качествам (eidei), ведь элементы, образующие государство, не могут быть одинаковыми» (Политика, 1261 а 20). И еще одна важная для нас цитата: «Дело в том, что следует требовать относительного, а не абсолютного единства как семьи, так и государства. Если это единство зайдет слишком далеко, то и само государство будет уничтожено; если даже этого и не случится, все-таки государство на пути к своему уничтожению станет государством худшим, все равно как если бы кто симфонию заменил бы унисоном или ритм – одним тактом» (Политика, 1263 в 30–35).

Понимание общества как единства разнообразных элементов – предпосылка для понимания сущности права и его смысла как социального феномена. По сути дела, Аристотель «очеловечивает» право в гораздо большей степени, чем это

пытались сделать софисты, в конечном счете, пришедшие к антиправовым взглядам, к восхвалению права силы. Итак, по Аристотелю, невозможно создание государства «без разделения и обособления входящих в него элементов» (Политика, 1264 а 5). Полис представляет собой не просто высшую и единственно возможную форму общения людей, но и предполагает общность разнообразных людей, ибо одинаковые не могут составить общество. Прежде всего, Аристотель проводит разделение и обособление собственности. Он, в отличие от Платона, понимает, что «люди более заботятся о том, что принадлежит лично им; менее заботятся о том, что является общим, или заботятся в той мере, в какой это касается каждого» (Политика, 1261 в 35). Платон стремится к всеобщему единению на основе всеобщего обобществления, не оставляя тем самым места для права; Аристотель – к упорядоченному общению на основе разделения; человек становится субъектом права как носитель собственности: цель законов – не подавление частных интересов, а их гармонизация. «Человеку свойственно чувство любви к самому себе» (Политика, 1263 в), и с этим нельзя не считаться. «Поэтому собственность должна быть общей в относительном смысле, а вообще частной» (Политика, 1263 а 25). Поскольку самодостаточный полис состоит из различных людей разнообразных профессий и обладающих частной собственностью, постольку возникает и необходимость обмена между ними. Вместе с тем полис предпо-

лагает нечто общее между гражданами: стремление к благой жизни. На этой основе и разворачивается у Аристотеля право – справедливость, объединяющее частное и общее.⁹

Аристотель находит два вида справедливости (права) в человеческих отношениях и тем самым существенно углубляет понимание права. Право-справедливость выступает у него в качестве особого отношения между свободными (не рабами), равными и соизмеримыми людьми, гражданами полиса, включенными в две системы отношений: вертикальную (полис – гражданин), регулирующую распределяющей справедливостью, и горизонтальную (между гражданами как частными лицами), т. е. сферу действия уравнивающей справедливости. Распределяющая справедливость действует между согражданами и связана с распределением почестей, имуществ и всего прочего по критерию достоинства. Здесь действует принцип соотносимости и соизмеримости граждан. Сам же критерий достоинства не является

⁹ Н. В. Брагинская в последнем русском издании «Никамаховой этики» (*Аристотель*. Соч.: В 4 т. Т. 4. М., 1983) слово “*dikaiosyne*” переводит не как «справедливость», а как «правосудность», «право». Действительно, справедливость у Аристотеля тождественна праву как общей регулирующей норме. Верно, что у Аристотеля *dikaiosyne* – это внутренняя добродетель, интериоризированное право. Однако такой перевод нарушает долгую традицию анализа аристотелевских текстов. Кроме того, понятия «исправительное право» и «государственное право», которые используются Брагинской соответственно вместо уравнивающей и политической справедливости, имеют в современном правоведении вполне определенные значения. Поэтому, хотя перевод Брагинской, возможно, и более точен, мы все же будем придерживаться прежней традиции.

абсолютным, а изменяется в соответствии с формой государственного устройства. Это может быть свобода (в демократии), богатство (в олигархии), добродетель (в аристократии). Именно распределяющую справедливость имел в виду Аристотель, когда писал в «Политике», что не форма государственного устройства подгоняется к законам, а законы – к форме государственного устройства.

Уравнивающая справедливость действует в другой системе отношений – между людьми как частными лицами, в сфере взаимного обмена. Обмен понимается Аристотелем и как обязательства, возникающие из договоров, и как обязательства, возникающие из деликтов: как произвольный и непроизвольный обмен. Критерий уравнивающей справедливости не привносится извне как в первом случае, а внутренне присущ ей, т. е. имманентен праву как таковому. В таком случае «достоинства» сторон не имеют никакого значения, стороны выступают как равные субъекты права: «Ведь безразлично, кто у кого украл, добрый у дурного или дурной у доброго... закон учитывает разницу только с точки зрения вреда, с лицами же обращается как с равными». Восстановление равенства как среднего между «убытком и наживой» – задача суда. Судья у Аристотеля участвует в решении споров, касающихся обменных, а не распределительных отношений: «...судья уравнивает по справедливости... при тяжбах прибегают к посредничеству судьи, ведь идти к судье – значит идти к справедливости, так как судья хочет быть как бы одушев-

ленной справедливостью» (Никомахова этика, 1132 а 20). Судья находит равное в соответствии с арифметической пропорцией (1132 а 30). Вопросы же распределительной справедливости – определения «достоинства» – лежат вне компетенции суда. Как сказали бы сегодня: «Суд должен воздерживаться от решения политических вопросов». Иными словами, у Аристотеля намечается разделение сферы политики и частной жизни, сферы публичного и частного права, что окончательно было осознано Цицероном и римскими юристами. Аристотель пишет: «То, что признается законным или незаконным, двояко. Нарушение права также двояко: оно может относиться либо к отдельному лицу, либо к обществу в целом. Тот, кто нарушает супружеские обязанности или наносит удар человеку, тот причиняет ущерб отдельному лицу, а тот, кто уклоняется от воинской повинности, наносит ущерб обществу в целом» (Риторика, 1, 13, 1379 в). Хотя Аристотель и не проводит различия между гражданским и уголовным процессом – такого разделения не существовало и на практике, – но в его взглядах наличие двух сфер права прослеживается достаточно ясно.

Аристотель, как и многие другие античные мыслители, природу закона видит в его всеобщности, абстрактности, но, в отличие от Платона, не считает это его недостатком. Закон составляется для общего случая и не может учитывать частности. Это обстоятельство не является порочностью закона или законодателя: погрешность коренится в природе объек-

та, в природе человеческого поведения (Никомахова этика, 1137 в 15; Политика, 1169 а 10). Поэтому, руководствуясь законом или применяя его, следует учитывать не только букву, но и дух закона, действуя так, как действовал бы сам законодатель, зная он о данном конкретном случае. У Аристотеля нет идеи тотального подчинения закону. Он не противопоставляет справедливость позитивному праву, однако все же справедливость (право) у него выше закона как формального правила поведения (Никомахова этика, 1142 а). В то же время стабильность закона как таковая также представляет собой ценность. Законы надо изменять: с течением времени изменяются даже неписанные законы. Однако делать это следует с большой осторожностью. «Если исправление закона является незначительным улучшением, а приобретаемая таким путем привычка с легким сердцем изменять закон дурна, то ясно, что лучше простить те или иные погрешности как законодателей, так и должностных лиц: не столько будет пользы от изменения закона, сколько вреда, если появится привычка не повиноваться существующему порядку... Ведь закон бессилён принудить к повиновению вопреки существующим обычаям: это осуществляется лишь с течением времени. Таким образом, легкомысленно менять существующие законы на другие, новые – значит ослаблять силу закона» (Политика, 1269 а 15–25).

Плодотворным оказалось понимание Аристотелем закона как свободного от страстей разума: «Закон – это свобод-

ный от безотчетных порывов разум» (Политика, 1287 а 32). Аристотелевское понимание закона как веления разума существенно отличается от платоновского рационализма. Платон находит разум вне человека: даже мудрецы – не более чем передатчики некоего космического разума. Для Аристотеля разум – это свойство человеческой души, состоящей из разумной и неразумной частей. Последняя, в свою очередь, подразделяется на растительную – общую для всего живого – и страстную, аффективную, должную подчиняться разумной части души. Поэтому разум выполняет две функции: познавательную и управления страстями. Закон как веление разума, как разум, освобожденный от страстей, выступает как деаффектированное, деперсонифицированное, бесстрастное правило. Поэтому и сам принцип управления законов, а не людей, приобретает практически-политическое значение. Отношения властвования – подчинения, по Аристотелю, автоматически отнюдь не предполагают необходимость правовых норм: «...не может быть законным властвование не только по праву, но и вопреки праву, а подчинять можно и вопреки праву» (Политика, 1324 в 28). Сам же позитивный закон, как уже отмечалось, зависит от формы государственного устройства: «...законы в той же мере, что и виды государственного устройства, могут быть плохими или хорошими, основанными или не основанными на справедливости. А если так, то, очевидно, законы, соответствующие правильным видам государственного

устройства, будут справедливыми, законы же, соответствующие отклонениям от правильных видов, будут несправедливыми» (Политика, 1289 в 10). И поэтому принцип правления законов, а не людей, относится, конечно, только к справедливым законам. О правлении закона, а не людей, Аристотель пишет применительно к лучшей форме государственного устройства, которой соответствуют наиболее справедливые законы. «Под какой властью полезнее находиться – под властью лучшего мужа или под властью лучших законов?», – задается вопросом Аристотель. Власть справедливого закона предпочтительнее власти даже наилучшего мужа. «Правители должны руководствоваться общими правилами, и лучше то, чему чужды страсти, нежели то, чему они свойственны по природе, а во всякой человеческой душе они неизбежно имеются» (Политика, 1286 а 20). Более того, «люди, занимающие государственные должности, зачастую во многом поступают, руководствуясь злобой или приязнью» (Политика, 1287 а 40). Поэтому законодательствовать лучше сообщая: «Когда гнев или какая-либо страсть овладевает отдельным человеком, решение последнего неизбежно становится негодным; а чтобы это случилось с массой, нужно, чтобы все зараз пришли в гнев и в силу этого действовали ошибочно» (Политика, 1286 а 35). Вместе с тем Аристотель отлично понимает, что и «масса» может ошибаться, поэтому он противник крайней демократии. Его идеал – полития, «когда управление государством возглавляют земледельцы и те,

кто имеет средний достаток, тогда государство управляется законами (Политика, 1292 в 27), ибо среднее и есть справедливость.

Таким образом, у Аристотеля не любая правильная форма правления основывается на принципе правления законов, а наилучшая – полития – там властвует закон, а не страсти. Вместе с тем следует помнить, что в «Политике» анализируются те законы, которые имеют отношение к организации власти в полисе, т. е. к сфере распределяющей, а не уравнивающей, справедливости. Аристотель стремится исключить, насколько это вообще возможно, «страсти» из отношений властвования и подчинения, т. е. из политической сферы. Ведь именно эта сфера наиболее подвержена страстям человеческим, человеческой субъективности, поскольку критерий справедливости (распределение по достоинству) приносится извне, а не содержится в самом отношении власти – подчинения (как происходит в отношениях обмена). Кажется, что Аристотель стремится подвести под единый принцип право-справедливость, действующее в сфере обменных отношений, подчинить политику праву: «...ясно, что ищущий справедливости ищет чего-то беспристрастного, а закон и есть это беспристрастное» (Политика, 1287 в 5). И «каждое должностное лицо, воспитанное в духе закона, будет судить правильно» (Политика, 1287 в 26). Принцип правления законов, а не людей, означает распространение действия права на политическую сферу, означает необходимость ее

упорядоченности и предсказуемости, исключения произвола из отношений власти и подчинения. «Итак, кто требует, чтобы властвовал закон, по-видимому, требует, чтобы властвовало только божество и разум, а кто требует, чтобы властвовал человек, привносит в это и животное начало, ибо страсть есть нечто животное, и гнев совращает с истинного пути правителей, хотя бы они и были наилучшими людьми; напротив, закон – свободный от безотчетных порывов разум» (Политика, 1287 а 30). Здесь правление закона характеризуется как правление разума. Однако, в отличие от Платона, он находит «разум» в самом человеке, а не вне его. Иными словами, Аристотель анализирует свойства права как такового, закон для него не является инструментом для достижения какой-либо цели; правовой закон ценен сам по себе как условие благой жизни, жизни разумной. Правление закона, а не людей, предполагает реализацию имманентных праву качеств – всеобщности, абстрактности, беспристрастности, стабильности, что, в свою очередь, приводит к упорядоченности полисной жизни.

Исследуя закономерности становления концепции правления права, нельзя обойти вниманием Марка Туллия Цицерона. Он нередко упоминается как мыслитель, стоявший у истоков концепции правового государства.¹⁰ «Государство есть достояние народа, а народ не любое соединение людей, связанных между собою согласием в вопросах права и общ-

¹⁰ См.: Нерсесянц В С. Право и закон. М., 1983. С. 145.

ности интересов» (О государстве, I, XX). Эта мысль Цицерона, как правило, приводится в качестве доказательства его «первенства». Однако все же это не более чем парафраз его греческих предшественников. Кажется, что с точки зрения углубления понимания сути права более оригинальна другая его мысль: «...если закон есть связующее звено гражданского общества, а право, установленное законом, обязательно для всех, то на каком праве может держаться общество граждан, когда их положение не одинаково? И в самом деле, если люди не согласны уравнивать имущество, если умы всех людей не могут быть одинаковы, то, во всяком случае, права граждан одного и того же государства должны быть одинаковы. Да что такое государство, как не общий правопорядок?» (О государстве, I, XXXII). Разумеется, и в этом утверждении нет ничего абсолютно нового для античного мира. Однако такое качество закона, правовой нормы, как юридическое уравнивание фактически неравных, неодинаковых людей, до конца не осознавалось. Даже Аристотель, высказывавший, по сути, ту же мысль, по крайней мере, применительно к сфере обмена, все же одно из условий лучшего государства видел в уравнивании собственности, т. е. в фактическом имущественном равенстве. Цицерон же подчеркивает свойство правовой нормы быть уравнивающей силой в обществе неравных и различных по своим качествам людей. Право предполагает юридическое равенство субъектов, и в случае его нарушения уничтожается и само право как соци-

альный феномен.

Следует еще раз отметить, что у античных мыслителей, включая Цицерона, еще нет осознания взаимосвязи государства и права. «Полис», «*civitas*» – это понятия правового общества, а не правового государства. Все разновидности смешанных форм правления имели в виду не столько обеспечение права, сколько обеспечение стабильности полиса. Хотя, конечно, и то и другое тесно связано. Вместе с тем у Цицерона важно то, что свобода понимается им не только как состояние, противоположное рабству, но и как право на участие в общих делах. «...При царской власти все прочие люди совсем отстранены от общего для всех законодательства и принятия решений, да и при господстве оптиматов народ едва ли может пользоваться свободой, будучи лишенным какого бы то ни было участия в совместных совещаниях и во власти, а когда все вершится по воле народа, то, как бы справедлив и умерен он ни был, все-таки само равенство это не справедливо, раз при нем нет ступеней в общественном положении» (О государстве, I, XXVII, 43). Для Аристотеля тоже очень важна категория участия, ведь граждане – это те, кто участвует в суде и народном собрании, но участие у Аристотеля связывается не с правом, а с обязанностью. У Цицерона эта проблема выглядит несколько иначе: «...ведь приятнее, чем она (свобода. – *И. К.*), не может быть ничего, и она, если она не равна для всех, уже не свобода. Но как она может быть равной для всех, уж не говорю – при цар-

ской власти, когда рабство даже не прикрыто и не вызывает сомнений, но и в таких государствах, где на словах свободны все? Граждане, правда, подают голоса, предоставляют империй и магистратуры, их по очереди обходят, добиваясь избрания, на их рассмотрение вносят предложения, но ведь они дают, что должны были давать против своего желания, и они сами лишены того, чего от них добиваются другие; ведь они лишены империя, права участия в совете по делам государства, права участия в судах, где заседают отобранные судьи, лишены всего того, что зависит от древности и богатства рода. А среди свободного народа, как, например, родосцы или афиняне, нет гражданина, который... (сам не мог бы занять положения, какое он предоставляет другим)» (О государстве, I, XXXI, 47).

Итак, здесь у Цицерона речь идет уже о политической свободе, о политическом равенстве как формальном юридическом равенстве в сфере политики. Приблизиться к пониманию политической свободы можно было только во времена Цицерона, во времена кризиса полисной организации общества. «Я поздно встал – и на дороге застигнут ночью Рима был», – восклицает Цицерон у Ф. Тютчева. По этой же причине у него происходит обособление естественного и позитивного права. Первое используется в качестве критерия для оценки второго. Надо сказать, что этот процесс присущ переломным моментам истории общества, когда ощущается острая неудовлетворенность существующим положением.

нием дел. Поэтому хотя у Цицерона государством может называться только правовое сообщество, сообщество, в котором правит закон, сделать однозначный вывод, исходя из его взглядов, невозможно. Что, собственно, он имеет в виду: правление позитивного права (закона), соответствующего естественному, или прямое правление естественного права? В текстах Цицерона можно найти подтверждение и первого и второго вариантов. Например, он пишет: «...подобно тому, как магистратами руководят законы, так народом руководят магистраты, и можно с полным основанием сказать, что магистрат – это говорящий закон, а закон – это безмолвный магистрат. Далее, ничто так не соответствует праву и естественному порядку (говоря это, я хочу, чтобы подразумевалось, что я говорю о законе), как империй, без которого не могут держаться ни дом, ни гражданская община, ни народ, ни человечество в целом, ни вся природа, ни сама вселенная. Ибо и вселенная повинуетя божеству, и ему покорны и моря, и суша, и жизнь людей подчиняется велениям высшего закона» (О законах, III, I, 2). Здесь, с одной стороны, речь идет о правлении естественного права как божественного разума, но, с другой – он правит только магистратами, а те, в свою очередь, уже правят народом. Если истинный закон – это закон естественный («Истинный закон – это разумное положение, соответствующее природе...» (О государстве, III, XXII, 33)) и «отменить его полностью невозможно, и мы ни постановлением сената, ни постановлением народа

освободиться от этого закона не можем...» (там же), то тогда речь идет о прямом правлении естественного закона. Кроме того, у Цицерона можно найти немало уничижительных характеристик человеческого позитивного закона как чего-то несовершенного, порочного, часто недостойного вообще называться законом (О законах, I, 43, 11, 13, 14). Позитивный закон часто несправедлив: «Но вот то, что нелепее всего: думать, что все звучащее в постановлениях и законах народов справедливо» (О законах, I, XV, 42). Источник справедливости – только естественный закон, ибо «существует лишь одно право, связывающее человеческое общество и установленное одним законом. Закон этот есть подлинное основание для того, чтобы приказывать и запрещать» (там же).

Взгляды Цицерона можно считать типичными для переломных моментов в истории того или иного общества, когда неудовлетворенность существующим позитивным правом заставляет искать метаюридические критерии для его оценки, и метаюридическое (справедливое) содержание должного позитивного закона. Как кажется, главное для Цицерона – это не свобода, а пути достижения «согласия сословий» через свободу, понимаемую как равная возможность участия в общих делах. «Ведь подобно тому, как при струнной и духовой музыке и даже при пении следует соблюдать, так сказать, лад различных звуков, изменения и нарушения которого нетерпимы для утонченного слуха, причем этот лад все же оказывается согласным и стройным благодаря соблюдению

меры в самых несходных звуках, так и государство, с чувством меры составленное путем сочетания высших, низших и средних сословий (словно составленное из звуков), стройно звучит благодаря согласованию самых несходных начал; тем, что музыканты называют гармонией в пении, в государстве является согласие, это теснейшая и наилучшая связь, обеспечивающая безопасность в каждом государстве и никоим образом невозможна без справедливости» (О государстве, II, XLII, 69). Цицерон коснулся здесь очень важной проблемы, которая вновь актуализируется уже в Новое время: проблемы консенсуса как по поводу государственной власти, так и по поводу содержания позитивного закона.

Подведем некоторые итоги анализа развития правовой теории в эпоху античности. Прежде всего, правовая теория развивалась вне связи с теорией государства, ибо государства в буквальном значении этого понятия не существовало и соответственно не существовало понятия государственно-го суверенитета. Поэтому говорить о становлении концепции правового государства во времена античности – значит, делать очень большое допущение, но вместе с тем говорить о концепции правления права, а не людей, у нас есть все основания, «Предпочтительно, чтобы властвовал закон, а не кто-либо из среды граждан» (Политика, 1287 а 20).

Уже в этом афористичном утверждении Аристотеля видна суть античного взгляда на отношения властвования в обществе: власть персонифицируется – гражданин властву-

ет над гражданином, а право как веление разума должно элиминировать отрицательные проявления человеческого властвования: разум противопоставляется страстям. Вряд ли это можно назвать проявлением «недоразвитости» античных правовых теорий, напротив, античность, предложив достаточно разработанную правовую теорию, вне непосредственной связи с теорией государства, вернее, с теорией государственного суверенитета (как это произошло впоследствии), продемонстрировала, что право является самостоятельным явлением и свои свойства заимствует отнюдь не от государственной власти. Какие же это свойства? Право должно быть положено в основание всякого закона, и право должно иметь в виду благо всех, а не только принимающих законы, будь то даже народное собрание. Иными словами, право не может быть орудием в чьих бы то ни было руках – большинства или меньшинства. Право не терпит исключений, оно есть равная мера для всех: правящих и подвластных, богатых и бедных, сильных и слабых. «Свободные равны перед законом», – говорил Зенон. Утверждение равенства среди неравных, т. е. равенства юридического, – важнейшая функция права. Оно действительно возникло с появлением неравенства между людьми, неравенства фактического, однако отнюдь не затем, чтобы увековечить его. Закон может выражать лишь волю сильного, но тогда он не будет являться правом.

Уже в древности хорошо понимали, что править, гос-

подствовать можно посредством силы (тогда форма правления будет неправильной, извращенной: тирания, олигархия, охлократия) или основываясь на праве (тогда мы получаем правильные формы правления: монархия, аристократия, демократия). С момента своего появления право призвано не усиливать власть сильного, а ограничивать ее. И Законы Солона, положившие начало Афинскому государству, и римские Законы XII таблиц были приняты по требованию «бедных и угнетенных» с тем, чтобы «сильные» не могли использовать свою силу произвольно. – Закон равен для всех. Так, Солон гордился тем, что он дал равный закон «благородным и подлым». Закон должен быть обнародован (Законы XII таблиц были выбиты на камне и выставлены на площади для всеобщего обозрения) и строго соблюдаться, причем не в интересах кого-либо персонально, а в интересах высшей справедливости. У Гесиода, например, законы установил бог Кронос, чтобы люди следовали справедливости, а не пожирали друг друга, как животные. Право – это политическая справедливость, считает Аристотель. «Право это наука о добром и справедливом», – вторит ему римский юрист Ульпиан.

Итак, уже в древности право ассоциировалось со справедливостью, равенством, свободой, порядком и противопоставлялось произволу как проявлению страстей. Правовая норма воспринималась как деперсонифицированное, абстрактное, всеобщее правило поведения. Но с точки зрения

современного читателя, в античном правопонимании содержится существенный недостаток. Античный мир понимал свободу как состояние, противоположное рабству. Свободен тот, кто не подвержен чьей-либо произвольной власти, но таковым может быть только гражданин полиса, вне которого живут лишь боги и звери. Свобода присуща лишь гражданам полиса, и если раб принадлежит хозяину, то свободный – полису. Свобода мыслится как коллективная ценность. Гражданин свободен потому, что является частичкой свободного полиса. Поэтому не отдельный человек, а полис, как совокупность людей, является высшей ценностью. У древних греков и римлян не могло сложиться представление об автономности личности, об индивидуальной свободе. Понятие «персона» появляется только у поздних стоиков, да и то как этическая ценность. Свобода понималась как общий правопорядок, а права граждан являлись производными от него и не имели самостоятельного значения. Свобода – это состояние, противоположное анархии и хаосу. Право водворяет в обществе порядок, спокойствие, доверие между людьми. «При господстве хороших законов человек спокойно ложится спать и спокойно просыпается, не опасаясь неприятностей, вытекающих из политических перемен, и спокойно занимаясь своим каждодневным трудом».¹¹ Но поскольку это возможно лишь в полисе, то полис, а не отдельный человек, является самоценностью. В отношении

¹¹ Цит. по: *Алексеев Н. Н.* Идея государства. Нью-Йорк, 1955. С. 42.

отдельного человека доминирует идея личного долга, а не личного права. Когда же античные мыслители обращаются к индивиду, к отдельному человеку, они приходят к отрицанию права и порядка, как, например, младшие софисты, или к идее «ухода» из общества, как эпикурейцы.

Вместе с тем в античном правопонимании был заключен огромный потенциал, который реализовывался на протяжении столетий, не исчерпал он себя и сегодня, поскольку не может исчерпать себя право.

§ 2. Архетип концепции правления права нового времени

Начать данный параграф следует с краткого анализа особенностей средневекового правопонимания, во многом послужившего отправной точкой для создания светских политико-правовых теорий Нового времени. Античные идеи не были забыты в эпоху средневековья, напротив, Платон, Аристотель, Цицерон были весьма авторитетными авторами. Античные представления о праве и политике, как, впрочем, и вся философия, христианизировались, в чем-то объединяясь, в чем-то получая дальнейшее развитие. Надо отметить, что эпоха средневековья, давшая многие примеры величия человеческого разума, все же для развития права и соответственно правопонимания не создавала необходимых условий. Роль права в жизни общества сокращается прямо про-

порционально сокращению обменных отношений, в которых люди выступают не иначе, как равные и свободные субъекты. Феодалная раздробленность, сословность, партикуляризм вытесняли право из человеческих отношений. Разумеется, полное уничтожение права как равной меры невозможно, но вполне возможно сокращение его роли в обществе. И, что существенно для нашей темы, свертывание обменных отношений способствует восприятию права как силы и принуждения, прежде всего, ибо и на практике сила объявляется правом. Поэтому феодальное «кулачное право» лишь условно можно называть правом.

Вообще средневековая правовая концепция была построена на противопоставлении позитивного и естественного права. И если у Цицерона, например, такое противопоставление было вызвано неудовлетворенностью реальным положением дел в правовой сфере, то у средневековых юристов оно являлось элементом общего мировоззрения. Позитивное и естественное право находились примерно в таком же соотношении, как «град земной» (человеческий, греховный) и «град божий». Христианизация античной теории естественного права началась с Августина Блаженного и получила законченное выражение в Фомы Аквинского, сформулировавшего, по сути, концепцию правления божественного закона как божественного разума и божественной воли. Человеческий закон необходим вследствие греховности человека, человека порочного необходимо направ-

лять к благу силой, угрозой наказания – здесь незаменим человеческий позитивный закон. Но в силу ограниченности и несовершенства человеческого разума человеческие законы нередко несовершенны, порочны, несправедливы и поэтому могут противоречить божественным установлениям. В этом случае позитивные законы не только не обязательны для исполнения, но и не должны исполняться, ибо повиноваться нужно Богу, а не человеку. Аквинат определяет иерархическую соподчиненность законов, наделяя высшей силой вечный закон, выражающий божественную волю. Таким образом, у Фомы Аквинского правит вечный божественный закон посредством человеческих позитивных законов либо непосредственно, помимо человеческого закона, если последний ему не соответствует. Позитивный человеческий закон вторичен, он необходим для людей порочных и связывается, прежде всего, с принуждением и насилием, посредством которых можно добиться воспитания добродетельного человека.¹²

Для нас концепция правления права Фомы Аквинского представляет интерес не как высшее достижение теологии в этой области, а вообще как пример эволюции взглядов на право. Воспринимая телеологизм Аристотеля, Аквинат превращает позитивный человеческий закон в средство достижения заданной цели. Иными словами, его концепция права инструментальна, поэтому требования, кото-

¹² См.: *Нерсесянц В. С.* Указ. соч. С. 182.

рые он предъявляет к человеческому закону (исключая, разумеется, требования соответствия божественному закону), это требования инструментального характера. «Закон есть известное правило и мерило действий, которым кто-либо побуждается к действию или воздерживается от него». ¹³ Здесь, как представляется, гипертрофируется возможность использования закона как средства внешнего воздействия на человека, закона как способа принуждения. В чем-то это связано с логикой инструментализма в праве: желание сделать закон максимально эффективным и в качестве регулятора поведения и в качестве воспитателя заставляет обратиться к его «карательным возможностям».

Но инструменталистские концепции права отнюдь не всегда приводят к такого рода заключениям, для этого необходимы соответствующие социально-экономические и политические условия, а именно: сужение сферы правового регулирования до такой степени, чтобы правовая норма могла ассоциироваться почти исключительно с запрещающим уголовным законом или с иного рода велением властей, снабженными карательной санкцией. Но в целом Фома Аквинский точно отразил состояние права, по крайней мере, в континентальной Европе к середине XIII в., когда позитивный закон не играл и не мог играть роль главного регулятора отношений как в частной, так и особенно в публичной сфере. Поэтому проблема свободы видится Фомой Аквинским как про-

¹³ Там же. С. 180.

блема чисто теологическая, а не социальная. Свободные люди, т. е. люди, сознательно реализующие свое естественное стремление к добру, к Богу, в законе не нуждаются.¹⁴ Основной конфликт средневековья состоял в конфликте не между властью и правом, а между клерикальной и светской властями. Концепция правления права как права позитивного не могла быть обоснована в рамках инструментально-теологической концепции естественного права. Она ориентировалась на феодальные порядки, и в ней нашел отражение основной конфликт эпохи между монархами и папством, между нарождающимся государственным суверенитетом и суверенитетом церкви.

Политические отношения, политическая власть являлись производными от права на землю и поэтому выступали в качестве частного права: политические отношения между сюзеренами и вассалами строились по аналогии с договорными, контрактными отношениями. И, кстати говоря, эта традиция сыграла значительную роль в становлении западноевропейской политико-правовой культуры, привнося представления о необходимости фиксации прав и обязанностей в сфере отношений власти и подчинения. Вместе с тем феодальный порядок рассматривался томизмом как выражение божьей воли, в силу чего концепция естественного права коррелировалась с более широкими философско-ре-

¹⁴ См.: *Тертых В.* Свобода и моральный закон Фомы Аквинского // Вопросы философии. 1994. N1. С. 87–101.

лигиозными представлениями о вечности и неизменности божественного порядка и могла «работать» лишь как элемент этих представлений. Поэтому ослабление политической власти пап и постепенная десакрализация социальной жизни автоматически приводили к кризису томистской концепции естественного права. Во-первых, она препятствовала обоснованию суверенности складывающихся национальных государств, во-вторых, апелляция к естественному праву оказывалась явно недостаточной для обеспечения функционирования государственных институтов. Показательно, что в Великой Хартии Вольностей и аналогичных политико-правовых актах континентальной Европы (германская Золотая Булла, венгерская Золотая Булла, Великий Мартовский Ордонанс) естественно-правовая аргументация практически отсутствует.

С развитием государственного суверенитета, усложнением структуры государства все большие надежды возлагаются на позитивный закон. Законотворческая деятельность государств в лице монархов и сословных органов расширяется, в связи с этим выдвигается политическое требование подчиненности закону и самого монарха. Сказанное не означает, что естественно-правовая аргументация полностью утрачивает свою актуальность: происходит не отказ от теории естественного права, а ее десакрализация. Нормы естественного права начинают проявлять себя не в системе отношений светская – клерикальная власть, а в отношении народ –

правители, независимо от того, какая именно социальная группа понималась под народом. Естественно-правовая аргументация не просто сохраняется, например у Ж. Бодена и особенно у Г. Гроция, она органично входит в их правовое понимание: государство создается ради обеспечения норм естественного права. Но все же и у Бодена и у Гроция ведущей является не концепция естественного права, а концепция государственного суверенитета. Нормы естественного права по отношению к монаршей воле в практически-политическом плане играли роль не более чем суррогата сословно-представительных органов в условиях складывающегося государственного абсолютизма. Обращенный к монархам призыв соблюдать нормы естественного права, перечень которых по определению не может быть очень широким, носит характер скорее пожелания, нежели требования.

Судьба естественно-правовой концепции такова, что она начинает доминировать в сознании либо в случае неразвитости системы позитивного права (например, в эпоху раннего средневековья), либо в переходные периоды в истории того или иного общества, когда естественно-правовая аргументация приобретает характер политических требований, обращенных к государству. Ведь естественное право как совокупность норм, выражающих справедливость и не связанных с волей государства, которые призваны модифицировать, корректировать, направлять деятельность государства, само по себе имеет ярко выраженную политическую направ-

ленность, а содержание его может варьироваться в очень широких пределах. Не случайно концепция правления закона была выработана Аристотелем не в противопоставлении «естественного» и «позитивного», а в единстве того и другого, т. е. в единстве сущности и формы.

Возвращаясь к Новому времени, надо отметить следующий весьма важный момент, касающийся нашей темы. Концепция правления права Нового времени сложилась в основном в русле либерализма, однако немалую лепту в ее формирование вложили представители государственнического направления. Государственники (этатисты) путь к праву видели в преодолении индивидуальных и групповых произволов. Они теоретически отразили насущную потребность нарождающегося гражданского общества в установлении порядка и тот факт, что с образованием суверенных государств «применение насилия, которое раньше было рассеяно, теперь сконцентрировано».¹⁵ В XX в. эта же идея нашла отражение в веберовском определении государства через монополию на легитимное принуждение. Вместе с тем государственники чрезмерно преувеличили «природный анархизм общества» и регулятивные возможности государства. Наиболее ярко это проявилось в философии Т. Гоббса.

Есть немало оснований, чтобы отнести этого философа к крайним этатистам и даже основоположникам теоретического тоталитаризма. Однако именно он, быть может, глуб-

¹⁵ Ясперс К. Смысл и назначение истории. М., 1994. С. 33 0.

же многих проник в сущность права. Беда его как философа в том, что причины гражданской войны, современником которой он был, Гоббс искал не там, где они действительно находились, а именно в свободе: свободные люди неизбежно устраивают войну всех против всех. Если буквально следовать логике и терминологии Гоббса, то процесс последовательного образования общества и государства есть последовательное ограничение свободы частных лиц и концентрация права на свободу (т. е. на произвол) в руках государства. Однако цель Гоббса, его идеал – не абсолютистское государство, оно не цель – средство. Подробнейшим образом описав принципы частного права, называемые им естественными законами,¹⁶ Гоббс сетует на то, что добровольно они людьми не соблюдаются. Гоббсов Левиафан должен был обеспечить нормальное, стабильное функционирование гражданского общества. Парадокс Гоббса в том, что право он полагает поддерживать неправовыми средствами; правовое общество – неправовым, неограниченным государством. По мнению Гоббса, насилие и произвол неустранимы из человеческих отношений. Вопрос состоит только в том, кому право на насилие и произвол предоставить. Из двух зол Гоббс выбирает наименьшее: это право получает государство. При этом он совершенно его не идеализирует: люди, получившие или захватившие государственную власть, бу-

¹⁶ Гоббс Т. Соч.: В 2 т. М., 1989–1991. Т. 1. С. 284–327; Т. 2. С. 98–128. " Там же. Т. 1. С. 337.

дуг ею злоупотреблять, и с этим ничего не поделать. Поэтому лучшая форма государства – монархия, ибо злоупотребляющих властью в монархии минимальное число: сам монарх, его родственники и друзья.

Судьба Гоббса сложилась так, что ему пришлось мыслить в терминах чрезвычайного положения, которое он абсолютизировал, связав войну всех против всех с проявлением природных, естественных человеческих начал. Вместе с тем Гоббс был прав в том, что в условиях общественного хаоса право «умирает». Право стабилизирует и упорядочивает общественную жизнь, но для того, чтобы оно было способно исполнять эту функцию, обществу необходимо придать некий изначальный уровень стабильности, сконцентрировав право на насилие в одном месте.

Эта идея в классическом либерализме нашла отражение в локковской «прерогативе исполнительной власти» действовать в условиях чрезвычайного положения «сообразно собственному разумению ради общественного блага, не опираясь на предписания закона...»¹⁷ Гоббс же, абсолютизируя чрезвычайщину, превращал государственный произвол в обычный, «рутинный» способ управления обществом. Он не учел возможных последствий такого порядка: длительный государственный произвол, неправовые методы управления обществом, какие бы благие цели при этом ни преследовались, провоцируют ответный произвол. Рус-

¹⁷ Локк Дж. Соч.: В 3 т. М., 1988. Т. 3. С. 357.

ский бунтарский анархизм и терроризм являются подтверждением этого тезиса. Наконец, с помощью концентрированного и даже упорядоченного насилия можно добиться лишь эфемерной, механической солидарности общества. При ослаблении государственного давления общество вновь распадается, наступают хаос, война всех против всех, и вновь встает та же проблема – концентрации насилия в одном месте. Вывод из сказанного, по нашему мнению, может быть только один: правовое общество поддерживать неправовыми средствами невозможно. Однако осознание этой истины приходит лишь тогда, когда жизнь гражданского общества хотя бы относительно стабилизируется, и абсолютистское государство начинает восприниматься не как благо, а как зло.

Формирование либеральных концепций правления права инициировано конфликтом нарождающегося гражданского общества и абсолютистского государства, претендующего на неограниченную власть. Смысл концепции правления права Нового времени – обеспечить нарождающуюся частную сферу от произвольного вмешательства в нее государства. Поэтому основное ее содержание связано с ограничениями, накладываемыми на государственную власть, с порядком ее организации и функционирования, со способами ее легитимации. Первоначально, когда право, религия, этика, обычаи выступали в нерасторжимом единстве, способы легитимации являлись «традиционными» (по М. Ве-

беру). И первый вопрос, который вскоре возник, это вопрос контроля за соблюдением монархом этих норм. В общем виде возможны два ответа на него. В случае, если система норм, определяющих способы и формы организации и функционирования власти, складывается в виде обычного права, и существуют достаточно могущественные социальные слои, способные обеспечивать политический контроль за соблюдением этих норм, может оказаться приемлемой, в той или иной степени, фиксация, запись обычаев. Этот процесс свойствен английской истории. Естественно-правовая аргументация широко использовалась в Англии, по существу, только в период революции и послереволюционных преобразований. Возможен и иной вариант. На основе анализа политико-правовой практики итальянских городов-республик одним из первых предложил его Марсилий Падуанский. Он, не отказываясь от естественно-правового взгляда, рассматривая естественное право в духе римских юристов как науку о справедливости, полагал, что справедливость должна в полном виде реализовываться в позитивном праве. А дабы это происходило в действительности, не монарх, а народ должен стать источником закона и контролировать его соблюдение монархом-правителем. Собственно, и у Марсилия естественное право – это не самое главное, а скорее наиболее удобный способ аргументации. Главное же у него – «организационный» момент. Он исходит, с одной стороны, из факта существования государственного (монаршего) су-

веренитета, с другой стороны – из наличия в обществе иной, кроме монаршей, воли, которая должна участвовать в принятии общих решений (позитивных законов) и контролировать исполнение монархом принятых решений (законов).¹⁸

Оба этих подхода исторически возникли одновременно и отнюдь не исключали один другого, а просто отражали особенности политической реальности: один в Англии, другой в Италии. Однако с течением времени стал доминировать (как политическое требование) «итальянский» вариант. Дело в том, что процесс ослабления сословно-представительных, «контролирующих» органов шел параллельно с усилением законодательной активности монархов: закон становится одним из важных средств управления абсолютистскими монархиями. Но этот закон не воспринимался как благо, ибо в нем нередко находила выражение «капризная воля тирана». Такого рода закон угрожал свободе и праву, так как использовался подчас для вмешательства в частную жизнь подданных, нарушал правовые условия существования развивающихся обменных отношений.

Здесь важно подчеркнуть следующее: прежде всего, различие в понимании свободы в эпоху античности и в Новое время, отмеченное еще Б. Констаном. Его рассуждения, шедшие в русле раннего классического либерализма, правильно отразили существо проблемы. Античный мир

¹⁸ См.: *Котляревский СП.* Власть и право. Проблема правового государства. М., 1915. С. 201.

не знал и не мог знать индивидуальной, гражданской свободы в смысле свободы от вмешательства в частную жизнь, т. е. свободы в ее негативном понимании. Понятие гражданской свободы – это уже понятие Нового времени, когда сложилось гражданское общество и существовала сила (государство), которая могла угрожать ей. Однако Констан был не совсем прав, полагая, что античная свобода – это свобода участия в управлении, т. е. политическая свобода. В античном, полисном мире участие в общих делах скорее обязанность, чем право. В какой-то степени о свободе народа в смысле политического участия стал говорить только Цицерон и лишь тогда, когда «участие народа» перестало быть актуальным. Да и само участие рассматривалось им не как способ защиты интересов народа, а как способ стабилизации формы правления. Осознание политической свободы немыслимо без осознания свободы гражданской и взаимосвязанности их друг с другом.

Итак, в Новое время государство и общество начинают анализироваться как феномены, не совпадающие друг с другом. Государство предстает как средоточие реальной политической власти, способное использовать ее как во вред, так и во благо общества. Теория ограниченного государства, озабоченная поисками средств ограничения властных возможностей государства, недопущения деспотического, произвольного осуществления власти, является в большей степени не правовой, а политической теорией. Смысл ее за-

ключается в защите права от государства и государственного закона, ибо исторически право гражданского общества, частное право развивается вместе с обществом, независимо от воли политических властей; и именно в частном праве реализуются имманентно присущие ему принципы свободы и равенства, которые лишь постепенно переносятся и на политическую сферу, сферу публичного права. Поэтому право в либеральных теориях Нового времени ассоциируется с личной свободой, с автономной и юридически равной с другими личностью, с незыблемостью частной собственности и частной жизни вообще.

В разных странах процесс складывания либеральной политической теории шел по-разному и с разной степенью интенсивности. Продуктивным кажется подход Ф. Хайека к этой проблеме. Он выделяет два направления в истории политической мысли Нового времени – английское и французское. Первое – эмпирическое и несистематизированное, второе – спекулятивное и рационалистическое; первое базируется на интерпретации традиций и институтов, второе увлекается конструированием утопий. Французы пытались обеспечить свободу с помощью лучшей организации государственной власти, что с английской точки зрения означало искать свободу там, где ее никогда не было. Для французов главное – не само государственное вмешательство в жизнь общества, а то, кто его осуществляет; для англичан государственное вмешательство плохо само по себе, оно есть необ-

ходимое зло, которое важно ограничить до максимально возможных пределов. Английское понимание свободы олицетворяли юристы, французское – философы.¹⁹ В этой конструкции есть некоторая доля условности, на что указывает и сам Хайек. Так, Ш. Л. Монтескье больше принадлежит к английской традиции, а Т. Гоббс, несомненно, опередил становление французской. Однако общее направление развития политико-правовой мысли схвачено верно: вершина английской теории – либерал Д. Локк, французской – радикальный демократ Ж.-Ж. Руссо. При этом надо отметить, что американская традиция является продолжением английской, а немецкая – ближе к французской.

Обратимся к английской традиции. Политическая история Англии складывалась поразительно счастливо: политические события, как правило, опережали их «идеологическое» обоснование. Англия – единственная страна в мире, которая может похвастаться тем, что ее первый конституционный акт – Великая Хартия Вольностей – был принят в начале XIII в., в 1251 г. Разумеется, восставшие против короля бароны не имели в виду установление политической свободы в современном ее понимании – они стремились обеспечить свои эгоистические интересы. И это отнюдь не единственный случай в истории человечества, когда реализация эгоистического интереса идет на пользу общественного прогресса. Содержащиеся в Великой Хартии нормы, ограничи-

¹⁹ Hayek F. A. The Constitution of Liberty. Chicago, 1960. P. 54–56, 58.

вающие произвол со стороны королевской власти и закрепляющие определенные гарантии личной свободы, сыграли огромную роль в политической жизни Англии. В этой стране очень рано утвердилось представление о праве как о силе, сдерживающей произвол властей. «Право есть уздечка для властей», – писал в XIII в. английский юрист Брэктон. А парламент, возникший в то же время, формально мало изменившись, существует и по сей день. Английскую политическую историю вплоть до начала XIX в. можно описать как историю борьбы короля и парламента. Требования к королю со стороны парламента о соблюдении законов и обычаев страны были в Англии традиционны. Собственно, с требований такого рода и началась английская революция. Здесь не место разбирать все ее перипетии. Для нас важно то, что практические и теоретические изыскания периода революции нашли наиболее полное выражение в либеральной политической теории Д. Локка.

Локк широко использует естественно-правовую концепцию, вернее, способы естественно-правовой аргументации. Естественными Локк объявляет основные принципы частного права. До образования государства, полагает он, люди находились в состоянии полной свободы «в отношении их действий и в отношении распоряжения своим имуществом и личностью в соответствии с тем, что они считают подходящим для себя в границах закона природы, не спрашивая разрешения у какого-либо другого лица и не завися от чьей-ли

бо воли» и в состоянии равенства, «при котором вся власть и вся юрисдикция являются взаимными, – никто не имеет больше другого».²⁰ Объявление этих принципов естественными было необходимо ради одной цели: доказать их приоритетность по отношению ко всем законам, издаваемым государством, ибо эти законы могут нарушить и часто нарушали нормы естественного права, т. е. права частного. Поэтому-то и надо, полагает Локк, «более тщательно изучить происхождение и права правительства и найти способ ограничить беззакония и предотвратить злоупотребления той властью, которую они (люди. – *И. К.*) передали в другие руки лишь ради своего блага, но которую стали использовать им во вред».²¹ Итак, государство было создано или должно быть создано во благо людей. Это объясняется тем, что естественное состояние, т. е. состояние, когда действуют лишь принципы частного права, чревато войной всех против всех. Дело в том, что в естественном состоянии нет общего механизма разрешения споров между людьми. Вот что пишет сам Локк: в естественном состоянии, «во-первых, не хватает установленного, определенного, известного закона, который был бы признан и допущен по общему согласию в качестве нормы справедливости и несправедливости и служил бы общим мериллом, при помощи которого разрешались бы между ними все споры». Здесь надо подчеркнуть тот факт, что Локк име-

²⁰ Локк Дж. Указ. соч. С. 263.

²¹ Там же. С. 327.

ет в виду процессуальный, а не материальный закон: именно государство должно определить общий порядок разрешения споров. Кажется, такая интерпретация Локка подтверждается следующим дефектом естественного состояния: «Во-вторых, в естественном состоянии не хватает знающего и беспристрастного судьи, который обладал бы властью разрешать все затруднения в соответствии с установленным законом». Наконец, в-третьих, необходима сила, способная привести в исполнение справедливый приговор.²² Как видим, задачи государства очень ограничены, главной его целью являются защита и сохранение собственности людей, т. е., по Локку, их жизни, свободы и имущества, и образуется оно по взаимному согласию людей, консенсус лежит в основе легитимности власти государства. Но поскольку все же государствам (правительствам) свойственно стремиться к злоупотреблениям, Локк предлагает принять определенные меры против государства. Гарантией того, что никто не будет править «тиранически», т. е. осуществлять свою власть помимо права, класть «в основу своих действий не закон, а свою волю» и стремиться не к сохранению собственности народа, а к удовлетворению «собственного честолюбия, мстительности, жадности или какой-либо иной недостойной страсти»,²³ является реализация принципа разделения властей и их соподчиненность. Высшей властью в государстве является орган

²² Там же. С. 335.

²³ Там же. С. 378.

законодательный, от которого отделяется подотчетная ему исполнительная власть. Но и законодательный орган не всевластен: он не может обладать большей властью, чем люди обладали по отношению друг к другу в естественном состоянии; законодатели, как и все другие люди, связаны нормами естественного права. Кроме того, определенные требования предъявляются и к закону: законодательная власть не может повелевать с помощью произвольных указов, но посредством провозглашенных, постоянных и известных законов. В противном случае она становится деспотической. Итак, законы, принимаемые в государстве, не могут противоречить принципам естественного права и нарушать их – это, так сказать, субстанциональная характеристика закона. Такого рода закон будет правовым, и именно такой закон не ограничивает, а сохраняет и расширяет свободу. А «свобода людей в условиях существования системы правления заключается в том, чтобы жить в соответствии с постоянным законом, общим для каждого в этом обществе и установленным законодательной властью, созданной в нем; это – свобода следовать своему собственному желанию во всех случаях, когда это не запрещает закон, а не быть зависимым от непостоянной, неопределенной и неизвестной самовластной воли другого человека».²⁴ Собственно говоря, это характеристика правового гражданского общества, условием существования которого является ограниченное государство.

²⁴ Там же. С. 274–275.

Ограниченное государство – это основная тема исследования и Ш. Л. Монтескье. Проводя различие между обществом и государством, между правом политическим (публичным), определяющим отношения между правителями и управляемыми, и правом гражданским, коим «определяются отношения граждан между собою»,²⁵ Монтескье озабочен более всего институциональными гарантиями свободы, т. е. права делать все, что дозволено законами.

Однако наличие власти в обществе всегда чревато опасностью злоупотреблений ею, ибо «известно уже по опыту веков, что всякий человек, обладающий властью, склонен злоупотреблять ею, и он идет в этом направлении, пока не достигнет положенного ему предела».²⁶ Поэтому свобода может поддерживаться только в умеренных государствах, в тех, в которых проведено разделение властей и созданы условия для их взаимного сдерживания, а это возможно только тогда, когда власти находятся в разных руках. Свободы не будет никогда, если все власти будут сосредоточены в одном органе или, что не менее опасно, в руках какой-либо одной группы людей. Лишь в том случае, если будет проведено не только функциональное, но и социально-политическое разделение властей, будут иметь смысл конституционные средства воздействия органов власти друг на друга: такие, как импичмент или право вето.

²⁵ Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 167.

²⁶ Там же. С. 289.

Организационные принципы ограниченного государства впервые сознательно, целенаправленно были реализованы на практике при образовании США. Деятели американской революции и отцов-основателей первой в мире федеративной президентской республики нередко упрекают в том, что в основном их идеи не были оригинальными, что они следовали принципам, разработанным европейцами. Но даже если признать эти упреки справедливыми, а в них, несомненно, есть доля истины, сам факт построения государства на основе наиболее передовых политико-правовых принципов является крупным вкладом в развитие человеческой цивилизации.

Американцы отдали должное теориям общественного договора и естественного права, которые помогли политически обосновать справедливость отделения колоний от метрополии и образование независимого государства. Декларация Независимости, написанная Т. Джефферсоном, гласит: «Мы считаем самоочевидными следующие истины: все люди сотворены равными, и все они одарены своим создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых». Вместе с тем американцы быстро осознали не только необходимость и практическую революционную ценность, но и недостаточность подобного рода аргу-

ментов. Для построения нового государства, а именно эта задача, в конце концов, встала перед американцами, требовалось нечто более осязаемое, позитивное.

Во главе движения за независимость стояло целое созвездие блестяще образованных политических деятелей. Трудно выделить кого-либо одного. Их вклад в развитие политической теории, в том числе и теории правового ограниченного государства, носит в прямом смысле слова коллективный характер. Не случайно самое знаменитое сочинение американцев на политическую тему «Записки федералиста» принадлежит перу трех авторов – А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея и первоначально публиковалось под общим псевдонимом «Паблисиус», чем подчеркивалось, что авторы выражают общую точку зрения всех сторонников конституции и образования сильного государства.

В «Записках», по существу, был обобщен опыт политической борьбы американцев. Прежде всего, надо сказать, что весьма продуктивной оказалась концепция фиксированной, писаной конституции. Конечно, ее нельзя назвать совершенно новой. Корнями она уходит еще в пуританскую идеологию, которую принесли на североамериканский континент первые поселенцы. Писал о конституции как о фиксированно народном соглашении и Д. Лилльберн во время английской революции. Но все же американцы пришли к этому на основе своего собственного опыта. В Англии, как известно, никогда не было писаной конституции, исключая крат-

кий период протектората Кромвеля, и американцы, выражая свое недовольство политикой метрополии, первоначально апеллировали к английским традициям и законам, к которым, кстати, относились с большим почтением (все мы «были добрыми английскими вигами»,²⁷ — писал Т. Джефферсон) и которые, как они полагали, нарушались по отношению к ним. Но они столкнулись не только с нежеланием английского парламента идти им навстречу, но с расплывчатостью английской конституции, в которую, по сути, входили все конституционные традиции, соглашения, многие законы, принятые парламентом: вести «юридическую» дискуссию оказалось непростым делом. Положение сделалось совершенно нетерпимым для американцев в начале второй половины XVIII в., когда английский парламент, игнорируя предостережение Локка, пришел к заключению, что власть его не ограничена. Тогда родилась знаменитая фраза: «Английский парламент может все, кроме превращения мужчины в женщину, и наоборот». Американцы не могли согласиться с всевластием парламента. В 1767 г. анонимный автор писал, что во всех свободных государствах конституция фиксированна, что высший законодательный орган черпает свои права и компетенцию из этой конституции и не может преступать очерченные ею пределы.²⁸ Не случайно Вто-

²⁷ The Writings of Thomas Jefferson / Ed. by P. L. Fird. New York; London, 1892–1899. 10 vs. V.I. P. 112.

²⁸ Цит. no: Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 470.

рой Континентальный конгресс еще до принятия Декларации Независимости призвал все колонии принять конституции и установить новые формы правления, что и было сделано в течение нескольких ближайших лет. Но оказалось, что само по себе составление конституций и даже провозглашение принципа «правления законов, а не людей» (например, в конституции Массачусетса) не гарантируют от произвола.

В Европе опасность тирании традиционно связывалась с исполнительной властью, американцы тоже, по крайней мере, первоначально, разделяли эти опасения. Принцип разделения властей «стал лозунгом, который означал, что власть должна быть отделена от исполнительного органа и передана законодательному».²⁹ И в ходе революции легислатуры многих штатов, претендуя на выражение воли всего народа (в некотором роде американский вариант руссоизма), присвоили себе полномочия, далеко выходящие за рамки конституции. Убеждение в необходимости ограничить всевластие легислатур разделялось многими деятелями революции. Одним из первых эту идею высказал Т. Джефферсон. Анализируя положение дел в своем родном штате Вирджиния, он писал, что все полномочия государства законодательные, исполнительные и судебные сосредоточены в легислатуре. А сосредоточение всей власти в руках нескольких

²⁹ *Levi E. N. Some Aspects of Separation of Power // Columbia Law review 1976. V. 76. P. 373.*

лиц есть тираническое правление.³⁰

Эта мысль получила свое развитие и на Филадельфийском конституционном конвенте и затем на страницах «Записок федералиста». Так, один из делегатов конвента утверждал: «...предубеждение против исполнительной власти проистекает из ошибочного предположения, что парламент палладиум свободы. Действительно, если исполнительная власть всеохватывающая, то слова «король и тиран», а не «легислатура» и «тирания», естественным образом совпадают в умах людей. Но если исполнительная власть незначительна, то слова «тирания» и «легислатура» легко сопоставляются».³¹ Именно такая ситуация, по мнению большинства делегатов, и сложилась в штатах. При создании единого государства было необходимо создать такую систему, которая гарантировала бы от «эксцессов демократии», превращающих государство в аморфный, неэффективный механизм. Делегаты конвента и авторы «Федералиста» не были антидемократами в современном смысле слова, они выступали против неограниченной, неправовой демократии и предпочитали использовать термин «республика», понимая ее как «ограниченное государство». По утверждению Мэдисона, сочетание энергии и стабильности государства с принципами республиканской формы правления явилось одной из самых сложных

³⁰ Американские просветители. Избр. произв.: В 2 т. М., 1968–1969. Т. 2. С. 52.

³¹ The Debates in Federal Convention of 1787 which framed the Constitution of the United States of America. New York, 1920. P. 70.

проблем, вставших перед делегатами конвента.³²

Гарантией против «тиранических поползновений» легислатуры могла стать только сильная исполнительная власть, имеющая своим источником весь народ и, таким образом, равную легитимность с законодательной властью. Гамильтон, убеждая сограждан в необходимости создания сильной исполнительной власти, писал, что хорошая исполнительная власть должна обладать тремя главными свойствами: силой, ответственностью и независимостью. Он утверждал, что, несмотря на широко распространенное мнение о несовместимости сильной исполнительной власти с республиканским правлением, именно сильная исполнительная власть является главной характеристикой в определении хорошего государства.³³ Сильная исполнительная власть должна сохранять единство, под которым Гамильтон понимал, прежде всего, сосредоточение власти в руках одного человека. Решительность, секретность, быстрота – это качества деятельности одного, а не нескольких лиц. Возлагать исполнительную власть на несколько человек – значит, нарушать ее единство и лишать перечисленных свойств. Нельзя уподоблять исполнительную власть законодательной, характерной чертой которой является столкновение мнений и борьба группировок; то, что для законодательной власти может быть полезным, поскольку борьба уравнивает противополож-

³² The Federalist/ Ed. by B.E Wright. Cambridge, 1961. P. 267.

³³ Ibid P 451

ные мнения, ослабляет исполнительную власть. Сила и быстрота – главные ее свойства, и сбалансированность мнений пользы здесь не принесет.³⁴ Отсюда закономерно вытекали и рассуждения об ответственности исполнительной власти. Каждый магистрат при осуществлении служебных обязанностей должен нести персональную ответственность за свои действия. Из единства исполнительной власти следует вывод о персональной ответственности чиновников перед президентом и ответственности последнего за свои и их действия перед народом, избравшим его.³⁵ Это позволяет обеспечить независимость исполнительной власти от законодательной. Исполнительная власть в осуществлении своих конституционных функций полностью независима и подчиняется только закону. «Одно дело быть подчиненным закону и совершенно иное – быть подчиненным законодательному органу».³⁶

Следующий важный принцип, реализованный в американской конституции, – принцип федерализма. В Америке, так же как и в Европе, утверждение, что республика возможна лишь в небольшом государстве, считалось аксиоматичным. Но американцы не собирались, да и практически не могли создать унитарную монархию. На конституционном конвенте различалось федеральное (союзное) и нацио-

³⁴ Ibid. P. 452, 454.

³⁵ Ibid. P. 455–458.

³⁶ Ibid. P. 262.

нальное (унитарное) государство. Первым это различие провел Г. Моррис: федеральное государство возникает в результате простого договора, покоящегося на согласии сторон, национальное же более совершенно – оно обладает принудительной силой.³⁷ В данном случае, строго говоря, речь шла не о федерации, а о конфедерации, даже более того – о конкретном ее типе, созданном «Статьями конфедерации» 1781 г., а унитарное государство рассматривалось как государство, имеющее эффективные центральные органы. При создании такого государства целесообразнее было опираться на население страны в целом, а не на отдельные штаты. Уже на одном из первых заседаний конвента Дж. Вильсон сформулировал кредо сторонников «национального» государства: необходимо создать органы власти, независимые как друг от друга, так и от штатов, поэтому и обе палаты легислатуры, и исполнительная власть должны формироваться на основе общенациональных выборов.³⁸ Конечно, в полной мере реализовать это было невозможно: приходилось учитывать наличие реально существующих 13 суверенных государств (штатов). Конституция 1787 г., признавая верховенство федерации, сохранила значительные права за штатами, избрав принцип «перечисленных полномочий» федеральных органов, а федеральный конгресс стал, по существу, органом представительства и штатов (се-

³⁷ The Debates... P. 41.

³⁸ Ibid.

нат), и населения (палата представителей). В связи с этим существенно возрастала роль президентской власти как общенационального института, способного служить противовесом по отношению к конгрессу как к федеральному законодательному органу и как органу представительства штатов. Кроме того, президент, избираемый путем общенациональных выборов, получал возможность выступать от имени нации в целом, что было чрезвычайно важно с точки зрения поддержания национального единства, поскольку большинство американцев еще не осознавали себя гражданами единого государства.

Американский опыт интересен тем, что впервые в истории человечества было целенаправленно, «искусственно» создано конституционное, ограниченное государство (конституция означает реализацию принципа ограниченного государства, писал Гамильтон³⁹). Ценилось не отвлеченное философствование по поводу права и свободы, а практицизм высказываемых идей, их реализуемость. Не объяснение того, что есть свобода, а создание эффективного механизма ее обеспечения – в этом ценность американского опыта. Поэтому американцы быстро утратили интерес к естественно-правовым теориям. Правильно указывал Ч. Бирд, что Декларация независимости хорошо послужила революции, но не стала базой для реконструкции политической системы Америки после освобождения от британского влады-

³⁹ The Federalist. P. 465.

чества.⁴⁰ Не могли принять американцы и радикально-демагогические идеи Руссо о правлении «неошибающейся» общей воли: «неошибающаяся» общая воля не может подлежать ограничению, а значит, невозможно говорить и об ограниченном государстве.

Создатели американского государства исходили из разнообразия существующих в обществе интересов (до той степени, до какой это вообще было, возможно, в конце XVIII в.). Дж. Мэдисон предложил на страницах «Федералиста» так называемую теорию фракций, суть которой состоит в следующем. Под фракциями понимались группы граждан, «составляющих большинство или меньшинство общества, объединенных и побуждаемых к действию общими порывами чувств или интересов, которые враждебны другим гражданам или постоянным и совокупным интересам общества».⁴¹ Если фракция составляет меньшинство общества, то большинство легко может нанести ей поражение, используя обычный республиканский принцип регулярного голосования.⁴² Но «когда фракция составляет большинство, то форма народного правления... позволяет ему принести в жертву своим желаниям и интересам общественное благосостояние и права других граждан. Поэтому, – утверждает Мэдисон, – великая цель, на достижение которой на-

⁴⁰ Beard C. A. Reading in American government and politics. New York, 1909. P. 1.

⁴¹ The Federalist. P. 105.

⁴² Ibid P 108

правлены наши усилия, – обеспечить общественное благо от посягательства этой фракции и в то же время сохранить дух и форму народного правления».⁴³ Для достижения этой цели, по мнению Мэдисона, существует два пути: либо предотвращение появления одинаковых порывов и интересов у большинства в одно и то же время, либо, если у большинства такие порывы все же возникли, надо, используя распыленность и численность большинства, не допустить его объединения и проведения в жизнь его угнетательского плана. Полагаться же в этом случае на какие-либо моральные или религиозные мотивы недопустимо.⁴⁴ Кстати говоря, именно поэтому отцы-основатели с подозрением относились к политическим партиям.

Система разделения властей и сдержек и противовесов приобрела в США особое значение: не просто как конституционный принцип, имеющий отношение к организации высших органов власти, а как принцип, пронизывающий всю политическую систему. В конце XIX в. известный американский государствовед Г. Кулей писал: «...разделение властей и система сдержек и противовесов составляют суть свободного государства».⁴⁵ Понимал он ее достаточно широко: правительства штатов выступают в качестве сдерживающей

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ *Cooley T. M. The General Principles of Constitutional Law in the United States of America. Boston, 1899. P. 44.*

силы по отношению к федеральному правительству; палата представителей по отношению к сенату, и наоборот; исполнительная власть по отношению к законодательной; судебная по отношению к законодательной и исполнительной на уровне федерации и по отношению к правительствам штатов; сенат по отношению к президенту при назначении должностных лиц и ратификации международных договоров; народ во время выборов по отношению к своим представителям в конгрессе и президенту; легислатуры штатов по отношению к сенату при назначении сенатов; избиратели членов палаты представителей по отношению к выборщикам президента.⁴⁶ Кулей предлагает самое широкое понимание системы сдержек и противовесов, охватывающее не только принципы организации и деятельности высших органов власти, но и федерализм и избирательную систему, т. е. разделение властей по горизонтали между высшими органами власти, по вертикали между штатами и федерацией и в социально-политическом плане между управляющими и управляемыми, между большинством и меньшинством.

Ограниченное (конституционное) государство есть, таким образом, социально-политический и юридический феномен, смысл которого состоит в обеспечении свободы, понимаемой как свобода от вмешательства в частную жизнь,

⁴⁶ Ibid. P. 160. – В 1913 г. XVII поправка к конституции ввела прямые выборы в сенат, таким образом, последний и предпоследний пункты в классификации Кулея слились.

как свобода меньшинства от большинства. Гарантом такого положения должна являться писаная конституция, фиксирующая компетенцию государственных органов и стоящая над ними, поскольку принята она специально созданным для этой цели органом и требует особого порядка изменения, а также конституционное закрепление разделения властей и системы сдержек и противовесов. Итак, в США, можно сказать, было реализовано понимание конституционного государства как государства максимально ограниченного, т. е. в духе английской традиции».

Подробный анализ «французской», а точнее франко-немецкой, традиции не входит в нашу задачу, однако следует остановиться на основных моментах особенно немецкой теории правового государства как наиболее известной и влиятельной, по крайней мере, до окончания второй мировой войны. Германия, находящаяся в центре Европы, не могла остаться в стороне от общеевропейской «либерализации». Но господство «княжеского абсолютизма» и слабость гражданского общества в сравнении, например, с соседней Францией не могли не сказаться на характере немецких политико-правовых теорий. Во Франции набравшее силу третье сословие стремилось выразить свою волю в виде всеобщего закона. Это нашло теоретическое выражение в работах Руссо, писавшего о правлении общей воли, что, в конечном счете, практически реализовывалось в кровавой якобинской диктатуре, показавшей, что нет тирана страшнее, чем возмни-

шего себя выразителем всеобщей народной воли.

В немецких теориях момент всеобщей воли был выражен слабее. Германские государства, Пруссия в особенности, несли бремя бюрократического абсолютизма. Доминирующим было стремление не к свержению, а к усовершенствованию этой системы. В связи с этим принципы конституционного государства приобретали чисто немецкую специфику. Право, при отсутствии или слабости социально-политических сил, способных эффективно противостоять абсолютизму, рассматривалось как феномен, способный упорядочить и легализовать деятельность бюрократического аппарата. На этой основе возникают немецкие теории правового государства, да и сам термин «*Rechtstaat*» был введен немецкими юристами. Нельзя считать случайным, что немцы не воспользовались английским термином «правление права»; «правовое государство» более точно отражало суть их взглядов. И вот почему. Немецкую теорию правового государства философски обосновали И. Кант и затем Г. Гегель. Строго говоря, у Канта речь идет не о правовом государстве, а о правовом обществе, ведь государство он понимал в античном духе, цицероновском: «Государство – это объединение множества людей, подчиненных правовым законам».⁴⁷ Право теснейшим образом связано у него с моралью. И правовые, и моральные нормы имеют один источник – категорический императив. «Поступай только согласно такой мак-

⁴⁷ Кант И. Соч.: В 6 т. М., 1963–1966. Т. 4. Ч. II. С. 233.

символе, руководствуясь которой ты в то же время можешь пожелать, чтобы она стала всеобщим законом».⁴⁸ Гуманистическая направленность философии Канта ярко выражена и в другой формулировке категорического императива: «Поступай так, чтобы ты всегда относился к человечеству и в своем лице и в лице всякого другого так же, как к цели, и никогда не относился бы к нему только как к средству».⁴⁹ Гениальная формулировка – человек есть ценность сам по себе. Позитивные законы существуют как условие реализации категорического императива, регулируя внешнее поведение, оставляя при этом в стороне внутренние побуждения людей и требуя формального соответствия их поступков требованиям категорического императива, регулируя внешнее поведение, оставляя при этом в стороне внутренние побуждения людей и требуя формального соответствия их поступков требованиям категорического императива. Законы требуют от людей соотносить проявление свободной воли со свободой других людей. Таким образом, взаимоотношения индивидов приобретают правовой, упорядоченный характер. Так, правовое и нравственное общество совпадают. Общество становится правовым, воспринимая хотя бы внешнюю сторону нравственного поведения. В то же время у Канта есть один важный момент, который логично присутствует в его философии и ослабляет ее действенность в сфере практической.

⁴⁸ Там же. С. 260.

⁴⁹ Там же. С. 270.

Если англичане, американцы и даже отчасти французы искали и защищали свободу как нечто вполне осязаемое, практическое и связанное с внешними условиями жизни, то Кант «спрятал» ее в ноумен, в непознаваемую вещь в себе.

Гегель тоже мыслит «по-немецки». Государство у него поглощает индивида, семью и гражданское общество, которые являются лишь предпосылками государства, а оно есть «действительность нравственной идеи нравственный дух...», а «самосознание единичного человека посредством умонастроения имеет в нем как в своей сущности, цели и продукте своей деятельности свою субстанциональную свободу».⁵⁰ Кажется, что Гегель ищет свободу там же, где и «французы», т. е. там, где ее никогда не было. Государство для него – «это шествие Бога в мире».⁵¹

При этом все же следует учитывать, что этатизм Гегеля принципиально отличен от этатизма Гоббса. Этатизм Гегеля – правовой.⁵² Вся его философия может рассматриваться как гимн свободе: для него история человечества есть последовательное развитие свободы через преодоление произвола. Вот как он описывает переход от феодализма (феодальной раздробленности) к монархии: «Принципом феодальной системы является внешняя сила отдельных лиц, князей, ди-

⁵⁰ Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 279.

⁵¹ Там же. С. 284.

⁵² См.: *Нерсесянц В. С.* Правовое государство: История и современность // Вопросы философии. 1989. № 2. С. 6.

настов, не содержащая правового принципа в самой себе... в монархии подавляется произвол отдельных лиц и устанавливается общая организация власти. При подавлении этого разъединения и при сопротивлении представляется двусмысленным, проявляется ли при этом намерение осуществить право или только произвол, но ведь благодаря произвольной центральной власти одного лица создается общая организация; по сравнению с таким состоянием, при котором в каждом отдельном пункте господствует насилие и произвол, теперь оказывается гораздо меньше пунктов, страдающих от произвольного насилия».⁵³ Но в ходе дальнейшего развития государственная власть перестает быть произвольной.⁵⁴ Произволу вообще нет места в философии Гегеля. А отсутствие произвола – это и есть свобода. «В монархиях есть один господин и нет холопов, потому что холопство сокрушено ею и в ней господствует право и закон; из нее вытекает реальная свобода».⁵⁵ Носителем же идеи порядка у Гегеля является государство, поэтому ему ничего не остается делать, кроме как отождествлять свободу, право и государство, а в качестве реального идеала предложить Германию, где «принципы свободы, собственности и личности стали основными принципами... Государством управляет мир чиновников, а над всем стоит личное решение мо-

⁵³ Гегель Г. Философия истории. СПб., 1993. С. 409–410.

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ Там же.

нарха».⁵⁶ Гегель не хотел и, вероятно, не мог признать за индивидом право на автономию. Но не следует обвинять Гегеля в «злонамеренности», как это делают, например, К. Поппер и некоторые другие либералы.⁵⁷ Правильнее согласиться с В. С. Нерсисянцем: «В гегелевском этатизме правомерно видеть не идеологическую подготовку тоталитаризма, а авторитетное философское предупреждение о его опасностях».⁵⁸

Кант и Гегель с точки зрения политико-правовой продолжают оперировать категориями античности. Государство мыслится ими как античный полис и право сливается с государством.

Такой же стиль мышления свойствен и немецким юристам. Так, автор термина «правовое государство» (Rechtsstaat) В. Т. Велькер понимал государство в цицероновско-кантовском смысле, противопоставляя правовое государство теократическому и деспотическому.⁵⁹ Впоследствии немецкие юристы в целом разделяли этот подход. Л. фон Штейн совершенно логично утверждал, что не может существовать государство без права, поэтому в определенном смысле каждое государство является правовым.⁶⁰ На-

⁵⁶ Там же. С. 454.

⁵⁷ См.: *Поппер К.* Открытое общество и его враги: В 2 т. М., 1992. Т. 2. С. 42 и др.; *Рассел Б.* История западной философии: В 2 т. М., 1993. Т. 2. Гл. XXII.

⁵⁸ *Нерсисянц В. С.* Правовое государство: История и современность. С. 6–7.

⁵⁹ *Welcker K. T.* Die letzten Grande von Recht, Staat und Strafe. Giesen, 1813.

⁶⁰ *Stein L.* Rechtsstaat und Verwaltungrechtspflege // *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* / Ed. von Grunhut. Berlin, 1876. V. 6. S. 399.

до отметить, что и при таком подходе концепция правового государства несет в себе либеральный заряд. Например, по Р. Гнейсту, правовое государство должно было отвечать следующим принципам или требованиям: каждый должен точно знать свои обязанности; ни один гражданин не должен нести большее бремя, чем другие; личные права и собственность должны быть защищены законом; отношения между гражданами должны подлежать контролю со стороны административных судов.⁶¹ Особенностью немецкой теории являлось то, что собственно государство, вся политическая система выводилась за границы исследования. Смысл теории правового государства упорядочить, но не изменить административно-бюрократическую систему управления. Дело в том, что недостаточно развитое и самостоятельное гражданское общество не могло существовать без административных подпорок. Проблема состояла не в том, чтобы уничтожить ее, а в том, чтобы рационализировать, упорядочить с помощью права, сделать ее деятельность предсказуемой. Немцы были правы во многом: демократический контроль за деятельностью бюрократии затруднен, если возможен вообще. Поэтому-то конкретная форма государства не имела значения. Право анализировалось не в системе отношений граждан – государство, а в системе отношений частное лицо – бюрократ. Правовое государство, по сути, означало «го-

⁶¹ *Gneist R. Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland. Berlin, 1879. S. 24–25.*

сударство упорядоченной законами бюрократии», контролируемой судом.

Несмотря на обилие работ, посвященных правовому государству, появившихся в Германии на протяжении XIX в., она все же продолжала оставаться полицейским государством. Таким образом, юридизированное понимание государства, заключающее теоретическое требование всеобщего соблюдения позитивного закона и стремление представить правовую систему единственной гарантией свободы, порядка и безопасности, может уживаться с практикой полицейского государства.

Глава II

Современные концепции правления права

§ 1. Юридический позитивизм и правление права

Подробный критический анализ позитивизма как влиятельного направления в правоведении не входит в нашу задачу. Однако хотя бы краткое изложение основных его моментов необходимо для понимания современных концепций правления права, явившихся во многом реакцией на этатизм классического позитивизма, формализм и даже некоторую мистичность нормативизма.

Появление позитивизма и его влияние объясняются не только стремлением к «научности», отождествлением методов общественных и естественных наук. Он имеет глубокие корни в концепциях государственного суверенитета Ж. Бодена, Г. Гроция, Т. Гоббса, в волевой трактовке права Ж.-Ж. Руссо. В социально-политическом плане позитивизм был обусловлен возрастающим государственным правотворчеством и стабилизацией социальных процессов. Когда различия между «сущим» и «должным» перестали но-

ситель практически-политический характер, когда не спекуляции об идеально должном начинают занимать умы исследователей, а реально существующие факты действительности, требующие их сведения в логически строгую систему, – наступает время позитивизма. Цель исследования предопределяет и методологические принципы: взятые как эмпирический факт нормы права изучаются как таковые и не подлежат оценке посредством какого-либо метаюридического критерия, между моралью и правом нет никакой необходимой связи, ибо, в отличие от правовых норм, моральные недоказуемы с помощью рациональных аргументов и, главное, право рассматривается как закрытая логическая система, в рамках которой любое юридически значимое решение может быть выведено посредством логических операций без обращения к социальным, политическим и моральным обоснованиям.⁶² Такой подход к праву может избрать лишь умиротворенный или же запуганный разум, боящийся выйти за навязанные ему рамки. Не случайно позитивизм получил наибольшее развитие и влияние в Англии уже после спада чартистского движения, в условиях стабильного благополучия викторианской эпохи, а впоследствии с незначительными логическими и политическими вариациями – в тоталитарных и авторитарных режимах разного рода.

Позитивистская концепция права для людей определен-

⁶² Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review 1958. Vol. 71. P. 601–602.

ного интеллектуального и политического склада может быть чрез вычайно привлекательна. Абстрагируясь от социальной, политической и моральной реальности, берущий право в «чистом» виде, позитивизм на первый взгляд весьма продуктивен: в сравнении с естественно-правовыми теориями право предстает в виде четкой, логической и легко верифицируемой системы норм. Однако именно в этой «простоте» восприятия и заключен неисправимый порок позитивизма, а стремление к «логичности» подчас оборачивается полной алогичностью. Начнем с того, что при исследовании феномена права избежать проблемы соотношения сущего и должного невозможно. Отказываясь решать ее как проблему моральной философии, позитивизм приходит к ней в рамках формальной юриспруденции. Ибо норма права – образец должного поведения. Таким образом, она одновременно и «позитивное сущее» и «позитивное должное», которое защищается от нарушения. Иными словами, тот или иной критерий, определяющий должное, все же необходим. А понимание права как закрытой логической системы приводит И. Бентама и Дж. Остина, например, к признанию воли суверена одновременно и источником, и критерием права и неправа, Г. Кельзена и Г. Харта – к формулированию некоей мистической основной нормы, являющейся основанием и способом легитимации права. Но в этом случае концепция теряет свою стройность и простоту восприятия, поскольку ни Кельзен, ни Харт так и не смогли удовлетвори-

тельно объяснить, что же представляют собой эти загадочные, но системообразующие нормы.

Вернемся к основоположникам позитивизма. В позитивистской концепции права ключевым является отнюдь не понятие права, а понятие суверена. Так, по И. Бентаму, – поклоннику лингвистической философии – право предстает как совокупность знаков (символов), изданных или одобренных сувереном и касающихся должного поведения определенного лица или класса лиц, которые находятся, или предполагается, что находятся, во власти суверена.⁶³ Итак, источник права – суверен: он принимает законы (нормы права), признает таковыми нормы, принятые его предшественниками (предшествующими суверенами) и подчиненными ему органами, а также заранее может давать одобрение тем, которые будут ими приняты.⁶⁴ Таким образом, по мнению Бентама, в разряд правовых включается самый широкий круг норм: сформулированных и принятых самим сувереном, а также судебными, административными, местными органами власти. Но вместе с тем воля суверена остается первичной, легитимирующей всю правовую систему.

Приверженность к «реальному факту», к эмпирии приводит Бентама к персонификации суверенитета: это «лицо или группа лиц, воле которых подчиняются (неважно, по каким основаниям) в политическом сообществе, их воля пред-

⁶³ *Bentham J. Of Law in General. London, 1970. P. 1.*

⁶⁴ *Ibid. P. 21, 22.* ⁴ *Ibid. P. 11.*

почитаются воле любого другого лица»,⁶⁴ и к определению политического общества в духе вульгарной эмпирической социологии: оно существует «там, где множество лиц (которых можно определить как подданных) имеют привычку подчиняться какому-то другому лицу или группе лиц (которые могут быть названы правителем или правителями). Совокупность этих лиц (правителей и подданных) образует политическое сообщество».⁶⁵ В рассуждениях Бентама сохраняется приверженность либеральным идеям ограниченного государства. Так, суверенная власть делима между отдельными органами власти, которые получают возможность взаимного сдерживания. Предполагаются также не только политические, но и чисто юридические ограничения суверена: Бентам подразделяет законы на ординарные, содержащие предписания гражданам, и трансцендентные, содержащие предписания суверену.⁶⁶ Многоаспектной является и характеристика правовой нормы. Нормы права регулируют поведение людей, либо запрещая (негативно), либо дозволяя (позитивно). Поэтому Бентам видит в праве четыре аспекта: приказ суверена совершить какие-либо действия (позитивная директива); запрещение совершать какие-либо действия (негативная директива); дозволение делать что-либо; дозволение не делать чего-либо. Либералу Бентаму психологически сложно абсолютизировать принуждение. Он даже заявляет, что при-

⁶⁵ *Bentham J. A. Fragment on Government. London, 1965. Ch. 1. P. 10.*

⁶⁶ *Bentham J. Of Law in General. P. 64.*

казы суверена являются правом и в том случае, если подкрепляются лишь религиозными и моральными нормами,⁶⁷ предполагает концепцию «соблазняющих мотивов», т. е. наград, побуждающих к исполнению норм.⁶⁸ Тем не менее концептуальное понимание права как выражения воли суверена неумолимо заставляет его повторять, что основой права является принуждение, что директива суверена и санкция, приказ и запрещение являются определяющими аспектами права. Именно недостаток «директивности» и «запретительности» в гражданском праве побуждает Бентама отнести его к «незавершенному закону». Дозволение оказывается не более чем частным исключением из общего запрещения или же некоторым ограничением масштабов запрещения. Даже принципы свободы, равенства и собственности он анализирует в терминах запрещения и принуждения. Ибо запрещение и принуждение обеспечивают реализацию этих принципов, существующих не «по природе», а в силу того, что защищаются государством (сувереном) с помощью запретов и санкций.

Колебания Бентама между всевластием и ограничением суверена, между запрещением и дозволением были «преодолены» Дж. Остином, который последовательно доводит позитивистский взгляд на право до абсолюта, превращая тем самым суверена в совершенно не ограниченный властный

⁶⁷ Ibid P. 70.

⁶⁸ Ibid P. 136.

орган. А норма права окончательно становится орудием власти, ибо она не более чем «правило, установленное одним разумным существом, имеющим власть над другим разумным существом, для руководства им». ⁶⁹

По существу, норма права у Остина – это всего лишь приказ суверена, снабженный санкцией. Подхватывая идею Бентама о совершенных и несовершенных законах (полных и неполных), Остин пишет о законах в строгом и нестрогом смысле слова. Законами в строгом смысле слова Остин называет те, которые возлагают обязанности. При этом наложение обязанностей имеет смысл лишь в том случае, когда накладывающий их способен причинить вред тому, кто не ведет себя так, как желательно наложившему обязанность. ⁷⁰

Итак, чтобы норма получила качества правовой, некто должен придать ей обязательную силу путем принуждения к исполнению, угрожая причинить вред нарушителю. Этим «некто» может быть Бог, но может быть и человеческое существо в том случае, если оно обладает верховной властью в обществе и фактической возможностью отдавать приказы, обязательные для исполнения, т. е. является сувереном. Приказы могут носить частный и общий характер. Первые направлены на регулирование поведения отдельного лица или группы лиц, вторые – на все общество и носят длящийся характер. Эффективность приказа зависит не только

⁶⁹ *Austin J. Lectures on Jurisprudence. Oxford, 1885. P. 86.*

⁷⁰ *Ibid. P. 89.* ¹¹ *Ibid. P. 220–221.*

от наличия санкции, но и от привычки народа подчиняться. Определить, кто является в обществе сувереном, проще простого: тот, кому подчиняются, и есть суверен, основывающий свою власть на привычке народа подчиняться; сам же он такой привычки не имеет. Власть суверена ничем не может быть ограничена. Это утверждение обосновывается Остином словесной эквилибристикой в духе Т. Гоббса: если закон есть выражение воли суверена, то сам суверен не может быть ею связан, так как невозможно наложить обязанность и санкцию за ее неисполнение на самого себя, а если на суверена наложены какие-либо обязанности, то он уже не суверен, а суверен тот, кто их наложил. Поэтому конституционное право не является правом в строгом смысле слова, равно как и международное, поддерживаемое не санкциями, а общественным мнением, а оно обязанностей породить не может.

Собственно, Остин по сравнению с Бентамом не внес чего-либо принципиально нового. Он просто довел формальную логику позитивизма до конца, освободив ее от бентамовских «излишеств», вроде «разделенного суверенитета» или «дозволения» в праве. Короче говоря, аналитическая юриспруденция Остина продемонстрировала, к каким выводам приводит позитивистская логика. Как это ни парадоксально, но, избрав в качестве объекта исследования реально существующее право, право как факт социальной действительности, юридический позитивизм, особенно в изло-

жении Остина, превратился в антиправовую теорию. Правовая норма оказалась замененной простым приказом, выражавшим волю фактически правящей в обществе группы людей или даже одного лица. Определяя суверена де факто по принципу «кому подчиняются, тот и суверен», Остин оправдывает существование любой власти, соглашается возвести в ранг права любой произвол, лишь бы он исходил от таким образом понятого суверена. По своей объективной направленности позитивизм ведет к интеллектуальному уничтожению права, отождествляя его с силой и принуждением.

С точки зрения XX в. огосударствление права – это наиболее характерная черта юридического позитивизма. Преодолеть этот дефект позитивизма попытались Г. Кельзен и Г. Харт (ведущий английский позитивист второй половины XX в.). Чтобы сохранить авторитет, позитивистской доктрине необходимо было отказаться от понимания права как приказа суверена. Харт поэтому утверждает, что позитивизм в праве отнюдь логически не ведет к пониманию нормы права как приказа суверена,⁷¹ что и пытается доказать в своей наиболее известной работе «Концепция права».⁷² Согласно Харту, правовая система – это система социальных норм. Эти нормы социальны в двух смыслах. Во-первых, они регулируют поведение членов общества, во-

⁷¹ Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. P. 593.

⁷² Hart H.L.A. The Concept of Law. Oxford, 1961. ¹⁴Ibid. P. 113.

вторых, они сами произрастают из социальной практики. В этом смысле они сходны с другими социальными нормами, прежде всего с моральными, поскольку те и другие обязывают людей. Различие заключается как в характере наложения обязанностей, так и в характере разрешения конфликтов, возникающих по поводу соблюдения норм. Харт полагает, что «командная» теория Остина не охватывает всех видов правовых норм и широко использует понятие правовой системы, состоящей, по его мнению, из первичных и вторичных норм. Первичные нормы – это те, посредством которых возлагаются обязанности (уголовное право, деликтное). Вторичные нормы предоставляют определенные полномочия. Харт выделяет три разновидности вторичных норм. Первая разновидность – процессуальные нормы (rules of adjudication), определяющие компетенцию лиц, выносящих официальные юридические решения и обеспечивающих их принудительное исполнение. Следующая группа норм предоставляет полномочия принимать законы в соответствии с определенной процедурой, а также касается прав отдельных индивидов вносить изменения в те правоотношения, субъектами которых они являются, – это нормы изменений (rules of change). Наконец, третья разновидность – норма или нормы признания (rule of recognition). Эта норма лежит в основании всей правовой системы, она дает ей юридическую силу (validity).

Понятие этой нормы признания является наиболее запу-

танной частью теории Харта, ее существование вызывает наибольшее сомнение. В самом деле, норма признания лежит в основании всей правовой системы, но сама правовая система может эффективно функционировать при соблюдении, согласно Харту, двух «минимальных условий». Первое условие таково: должно иметь место всеобщее подчинение тем правилам поведения, которые соответствуют норме признания как критерию юридической действительности; второе условие требует, чтобы нормы процесса и изменений принимались как общий стандарт всеми должностными лицами. Первое условие обращено к гражданам, второе – соответственно к должностным лицам, которые должны рассматривать указанные нормы как общие правила своих действий и критично оценивать свои собственные отклонения и отклонения других должностных лиц от требований этих общих правил. Но где та сила, которая обеспечивает все эти условия? Преодолевая этатизм классического позитивизма, Харт вообще выводит государство за скобки.

Проблема системы норм, реализуемых на определенной территории, это (по Харту) основной вопрос правовой системы. Он стремится показать связь между характером норм и зрелостью, стабильностью и изменчивостью самой правовой системы. Так, в примитивных обществах, полагает Харт, наблюдаются первичные нормы, т. е. нормы, накладывающие обязанности, но существует недостаток вторичных норм как норм, правопредоставляющих, так как там отсутству-

ют такие понятия, как «правомочие», «должностное лицо», «легислатура» и т. п. Подобное положение, по его мнению, сохраняется и в сфере международного права, ибо там отсутствует центральный орган разрешения споров с правом принудительного исполнения решений. Это утверждение кажется весьма сомнительным как по отношению к примитивному праву, так и, тем более, по отношению к современному международному порядку. Такой подход весьма показателен для позитивизма, который не мыслит права без институированного порядка принуждения. Отсюда и такой пиетет по отношению к государству у классиков позитивизма. Харт, пытаясь «сгладить» их этатизм, использует понятия группы норм и системы норм. Разница между ними заключается в следующем. Применительно к простейшим обществам следует говорить о группе норм, системность же группе норм придает норма признания. В системе права любая вновь принимаемая норма заранее может быть (и должна быть) «испытана» на соответствие норме признания.⁷³

Таким образом, примитивное право и международное право – это некое «доправо», хотя они и содержат определенные нормы, необходимые для человеческого выживания. Из этой позиции вытекает и отношение Харта к естественному праву. Он, в отличие от других (ранних) позитивистов, находит в естественно-правовой теории здоровое зерно. Поскольку общество не является клубом самоубийц, а в

⁷³ Ibid. P. 98.

этом сомнений не возникает, то появляется требование упорядоченности совместной жизни, что порождает определенное число запретов, которые Харт называет «минимальным содержанием естественного права». Это нормы, неизбежно проистекающие из потребностей выживания при совместной жизни людей, поэтому сама природа человека постулирует «минимальное содержание естественного права». Короче говоря, по Харту, естественное право – это универсальные нормы человеческого общежития, обеспечивающие выживание вида. Эти нормы произрастают из таких факторов человеческой жизни, как уязвимость человека, относительное равенство, ограниченное чувство альтруизма, ограниченность жизненных ресурсов и т. п. Эти объективные условия обуславливают «естественную необходимость» определенных минимальных форм защиты личности, собственности, договорных обязательств. Вместе с тем Харт отрицает концептуальную связь права и морали, как это присуще традиционным концепциям естественного права. Он вообще не считает, что даже наличие «минимального естественного права» должно привести к «минимальной справедливости» в данном обществе. Напротив, оно может привести к рабству, расовой дискриминации и т. д. Ведь насилие и дискриминация нередко выступают под именем безопасности и правового порядка.⁷⁴ Короче говоря, естественное право – это примитивные нормы человеческого общежития; оно не высту-

⁷⁴ Ibid. P. 189–195.

пает как высшее право по отношению к праву позитивному и вообще не имеет к нему непосредственного отношения.

В какой-то степени функции естественного права в концепции Харта выполняет «внутренний аспект права». Именно эта идея в особенности отличает Г. Харта от И. Бентама, Дж. Остина и Г. Кельзена. Харт не хочет видеть в праве лишь внешнее принуждение. Для него чрезвычайно важна внутренняя персональная установка членов общества по отношению к правовым нормам, по отношению к обязательствам, ими накладываемым. Важно, чтобы люди не просто повиновались правилам, но сознательно рассматривали их как общие стандарты поведения, нарушение которых должно осуждаться. В примитивных обществах такая внутренняя установка на право необходима для обеспечения «связанности и солидарности». А что касается развитых обществ, то весьма любопытно, что внутреннюю установку на право необходимо иметь должностным лицам, а гражданам лишь желательно.

Итак, Харт не считает возможным ограничить объяснение феномена права классическим позитивистским способом, ссылаясь на внешние образцы поведения. Он пишет о необходимости критической рефлексивной установки по отношению к определенным образцам поведения как общим стандартам. Эта установка проявляет себя в критицизме и самокритицизме, причем это происходит в терминах нормативности: «должен», «обязан», «следует», «правильно»,

«неправильно».⁷⁵ Кажется, что таким образом Харт приближается к оценке права с точки зрения нравственности, хотя во всех своих работах он упорно подчеркивает обратное.

Следующая важная для позитивизма проблема – это проблема суверенитета, т. е. роли государства в правотворчестве и правореализации. Не соглашаясь с остиновской концепцией суверенитета, Харт считает, что феномен права как явления длящегося невозможно объяснить лишь привычкой человека подчиняться. Прежде всего потому, что привычки не носят нормативный характер, они не могут предоставить права и полномочия кому-либо.⁷⁶ Во-вторых, Харт не приемлет персонификацию суверенитета, хотя он и критикует Остину в той же системе координат. Он задается вопросом, почему привычка подчиняться одному суверену переносится на другого, почему акты парламента, принятые в XIX в., действуют и в XX в.? Ведь у власти находятся совершенно другие законодатели, представляющие другую суверенную власть.⁷⁷ Возникает также вопрос о правовых ограничениях суверена. Харт не считает, во многом следуя Остину, что их можно рассматривать в качестве правовых обязанностей. Он говорит об отсутствии полномочий суверена, или об «ограничении дееспособности» суверена.⁷⁸

⁷⁵ Ibid. P. 52.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid. P. 58.

⁷⁸ Ibid. P. 68.

Иными словами, мы вновь возвращаемся к норме признания, которая должна определять характер и объем законотворческой деятельности государства. Норма признания дает критерий для идентификации того, что есть право в данной системе. Эта норма может и не быть четко выражена, чаще всего так и бывает, она определяется по тому способу, который используется судами и должностными лицами при идентификации норм как правовых. В каком-то смысле это форма юридической практики. Таким образом, норма признания становится неуловимой: мы находим ее следы в деятельности правоприменяющих органов, но не можем найти ее саму. Сама она, являясь критерием законности (юридической действительности), никакой оценке не подлежит.⁷⁹ Она существует потому, что существует: если правовая система функционирует, значит, есть и норма признания. Сам Харт только однажды прямо упоминает норму признания, которая звучит так: «Королева в парламенте создает право».⁸⁰ Кажется, что этого все же недостаточно для столь загадочной нормы. В общем, норма признания Харта по своей функции в логической системе нормативизма выполняет ту же роль, что и основная норма Кельзена. Она одновременно и лежит в основе всех его рассуждений, и венчает их. А иначе вряд ли и могло быть, ибо, оставаясь в границах позитивизма, создать логически цельную концепцию права

⁷⁹ Ibid. P. 105.

⁸⁰ Ibid. P. 117.

можно только двумя способами: либо рассматривать государство как источник и критерий права, либо передать эту функцию некоей общей норме, существующей наподобие кантовской вещи в себе. К этому неизбежно приводит злоупотребление формальной позитивистской логикой. В результате мы приходим к идее правления не права, а какой-то мистической нормы, на которую мы не только лишены возможности воздействовать, но даже плохо представляем себе, что же она такое. У Харта это проявляется даже в большей степени, чем у Кельзена. Эта норма, пишет он, «очень редко формулируется как таковая».⁸¹ Кроме того, теория Харта «разводит общее понятие права по разным правовым национальным системам, ибо каждая система имеет или по крайней мере может иметь свою, отличную от других норму признания и, таким образом, дать общее понятие права практически невозможно. Или оно приобретает чисто формальный вид: что в данной системе признается правом – то есть право, независимо от его моральной, политической оценки или даже практической целесообразности. Поэтому в концепции позитивизма и нормативизма действительно, как писал Кельзен, словосочетание «правовое государство» является плеоназмом».⁸²

Более продуктивной, с точки зрения развития концепции правления права, является концепция инструментализ-

⁸¹ Ibid. P. 98.

⁸² Kelsen H. *Peine Rechtslehre*. Wien, 1960. S. 314.

ма. Инструментализм тесно связан с позитивизмом. Его сторонники видят право как систему норм, не подлежащих моральной или иной содержательной оценке. Так, Дж. Раз, специально занимающийся разработкой инструментальной концепции правления права,⁸³ полагает, что при широкой трактовке понятия правления права, в духе Хайека, например, уничтожается его практический смысл. В определенной степени его опасения не беспочвенны. Если правление права это правление «хорошего» права, то для его обоснования необходимо предложить сложное социально-философское обоснование. Раз полагает, что эту концепцию следует разрабатывать в рамках правоведения, а значит, необходимо стремиться понять право, исходя из него самого. Поэтому он выводит анализ концепции правления права из проблематики социальной философии и политологии, рассматривая правление права как чисто юридическую проблему, он обращается к формально-юридической аргументации. Такой подход, несомненно, может быть достаточно продуктивен, и Раз реализует его возможности до конца.

Раз рассматривает правление права как идеал, но такой идеал, которому правовая система может соответствовать в большей или меньшей степени. При этом соответствие пра-

⁸³ Raz J. 1) The Concept of Legal System. Oxford, 1970; 2) The Functions of Law // Essays in Jurisprudence / Ed. by A. W. Simpson. Oxford, 1973; 3) Practical Reason and Norms. London, 1975; 4) The Rule of Law and its Vertue // Liberty and the Rule of Law / Ed. by R. Cunningham. Texas Univ. Press, 1979; 5) The Anatomy of Law. London, 1979.

вовой системы требованиям правления права – это лишь одно из ее качеств, один из критериев, по которому она может оцениваться.

Принципы правления права, полагает Раз, не должны смешиваться с принципами демократии, справедливости, человеческого достоинства. Более того, недемократическая политическая система может соответствовать требованиям правления права в большей степени, чем демократическая. Это, разумеется, не означает, что она лучше демократической (Раз не дает никаких оснований, чтобы причислить его к антидемократам), она лишь превосходит ее по одному из критериев. В чем же суть этого критерия? В самом широком виде (широком с точки зрения инструментализма) принцип правления права означает, что люди должны подчиняться праву и управляться им. В более узком – то, что государство должно управляться правом и подчиняться ему. Раз считает, что именно узкое значение принципа правления права выражено в требовании «правления права, а не людей» и означает, что все действия должностных лиц и государственных органов должны быть основаны на законе и им санкционированы, в противном случае они не будут являться действиями правительства как правительства, т. е. не будут иметь юридической силы. Но, согласно Разу, такая трактовка принципа правления права не юридическая, а политическая. Поэтому она может быть верной или нет, но она не может входить в сферу юридической науки. Вер-

нее, при таком подходе к правлению права высвечивается только политический смысл данной концепции. Сам же Раз полагает, что идея правления права включает в себе гораздо больше смысла, чем позволяет извлечь из нее политический подход. Иными словами, требования правления права обращены не только к государству, но и к праву. Поэтому задача юриста – предложить эту концепцию не как политическую, а как юридическую.

Первый вопрос, который возникает в связи с этим – какую норму можно считать правовой? Метод, предложенный Хартом, Раз называет узкоспециальным. Его используют юристы-профессионалы: они считают правовой ту норму, которая соответствует принципам законности (норме признания, по Харту), установленным в данной правовой системе, или, иными словами, органически вписывается в существующую правовую систему. Более широкий вариант понимания правления права требует, чтобы право рассматривалось как система всеобщих, обнародованных и стабильных норм. В этом случае правовой является не любая норма, а имеющая всеобщий характер, обнародованная и относительно стабильная. Но тогда, считает Раз, достичь реализации принципов правления права практически невозможно, так как в любой правовой системе существуют и общие, и особенные нормы. Иным способом, отказываясь от особенных норм, реализовать цели права невозможно. Поэтому инструментальная концепция правления права исходит из того, что любая пра-

вовая система состоит из всеобщих, обнародованных и ста-
бильных норм и дополняется нормами особенными, кото-
рые являются важным средством управления и, таким обра-
зом, содействуют реализации целей права. Раз формулирует
два аспекта, две стороны концепции правления права. Пер-
вый аспект заключается в том, что управление людьми, об-
ществом должно основываться на законе, люди должны это-
му закону подчиняться. Второй аспект обращен собственно
к праву: закон должен обладать такими качествами, чтобы
управление людьми могло строиться на основе закона, а лю-
ди были бы в состоянии ему подчиняться.⁸⁴ Собственно го-
воря, эти свойства, или качества, закона и есть требования
правления права.

Поведение человека соответствует праву в той степени,
в какой оно не нарушает существующих законов. Для этого
человек как субъект права должен по меньшей мере знать
и понимать закон. Имеются в виду, разумеется, не интеллек-
туальные качества человека, а качества самого закона: нор-
ма является правовой только тогда, когда человек способен
использовать ее в качестве регулятора своего поведения. Та-
кую версию концепции правления права Раз называет форм-
альной, но не приносит в это слово какой-либо уничижи-
тельный смысл. Напротив, эта концепция формальна в доб-
ротном юридическом смысле, поскольку исключает любые
ее неюридические аспекты. В ее рамках не рассматриваются

⁸⁴ *RazJ. The Rule of Law and its Vertue. P. 6–7.*

вопросы о том, как именно должен устанавливаться закон, каково должно быть его конкретное содержание, какие политические или социальные цели он преследует, справедлив закон или несправедлив, какова должна быть политическая система и т. д. Все вопросы сами по себе могут быть чрезвычайно важными, но не входят в предмет правоведения и, таким образом, не имеют отношения к инструментальной концепции правления права. Раз, в отличие от многих других исследователей, не считает, что в таком виде концепция правления права утрачивает смысл. Напротив, многие важные требования правления права могут быть выведены только из такого его понимания. Раз формулирует эти принципы, должны соблюдаться в любой правовой системе.

1. Обязывающий закон не может иметь обратной силы. Закон должен быть опубликованным и ясно излагать содержащиеся в нем требования. Ведь никто не может руководствоваться законом, не известным в момент совершения действий, а неясный закон чреват ошибками в понимании и соответственно приводит к порочному поведению.

2. Закон должен быть относительно стабильным. Если законы часто меняются, людям трудно понять, что является правом в каждый конкретный момент. Люди будут опасаться, что законы изменятся прежде, чем они смогут их узнать. Этот принцип важен потому, что людям нужно не только знать правила при совершении каких-то кратковременных действий, но и планировать свое поведение на длительное

время: ведь многие решения и поступки имеют долговременные последствия.

3. Утверждение, что всеобщность права – это сущностное требование концепции правления права, по мнению Раза, ошибочно и проистекает из буквального толкования принципа «правления права, а не людей». Эта ошибка многократно усиливается, когда правление права соотносится с защитой равенства людей, а равенство – со всеобщностью закона. Согласно Разу, это совершенно неверно, поскольку все виды дискриминации не только совместимы, но и часто институционализируются посредством всеобщих норм. Поэтому наличие в правовой системе норм частного характера (подзаконных актов) не противоречит требованиям правления права. Другое дело, что они должны издаваться в соответствии с общим законом.

Существуют две разновидности общих норм (законов), которыми определяется характер подзаконного правотворчества: это законы, уполномочивающие те или иные органы на издание подзаконных актов, и законы, определяющие порядок реализации предоставленных полномочий. Таким образом, все административное правотворчество должно проходить только на основании закона и в границах предоставленных полномочий, что уменьшает опасность непредсказуемости действий управленческих органов. Здесь Раз специально подчеркивает, что этот принцип не следует путать с демократическим требованием высшего контроля

за нормотворчеством избранных административных органов со стороны выбранных органов. Это требование, пишет Раз, может быть совершенно правильным, однако прямого отношения к концепции правления права оно не имеет.

4. В условиях правления права должна быть гарантирована независимость суда. Поскольку задача суда – решение вопросов права, суд не может действовать, исходя из каких-то внеправовых побуждений. Если суд при вынесении решения руководствуется не только правом, то предугадать его решение невозможно или, по крайней мере, весьма затруднительно. Поэтому должна быть гарантирована полная независимость суда от внешних, неправовых воздействий. Это может быть достигнуто посредством особого метода назначения и увольнения судей от должности, сроком нахождения в должности, фиксированностью заработной платы и т. д. Кроме того, если суд выступает как правотворческий орган, он должен соблюдать все требования, которые предъявляются к закону, т. е. всеобщность, стабильность, понятность.

5. В процессе судопроизводства должны соблюдаться «принципы естественной справедливости», под которыми Раз понимает гласность и беспристрастность судебного рассмотрения.

6. Суд должен обладать полномочиями по надзору за соблюдением принципов правления права в отношении как законодательных, так и административных органов (но при этом не должен выходить за рамки строго юридического,

«формального» анализа).

7. Суд должен быть легко доступен для граждан. Долгое или дорогое и, таким образом, неэффективное судопроизводство может убить самый хороший закон и, в конечном счете, сделать бессмысленными все принципы правления права.

8. Недопустима передача дискреционных полномочий органам по борьбе с преступностью. Они должны быть подчинены закону, а их деятельность контролироваться судом.⁸⁵

Раз не считает, что этот перечень исчерпывающий или единственно возможный. Его цель – показать продуктивность самой формальной концепции правления права, которая позволяет анализировать правовую реальность с точки зрения эффективности действия правовых норм и правовой системы в целом.

Приведенные восемь принципов Раз разделяет на две группы. Первые три принципа заключают в себе требования к закону как к инструменту, предназначенному для регулирования человеческого поведения. Остальные принципы относятся к области применения закона. Они требуют, чтобы, во-первых, сами правоприменяющие органы не нарушали закон, а во-вторых, чтобы они имели возможность определить соответствие применяемого закона принципам правления права.

Вместе с тем соответствие принципам правления права –

⁸⁵ Ibid P. 7-12.

это лишь одна из ценностей, которыми правовая система может обладать. Более того, соответствие или несоответствие правовой системы этим принципам чаще всего вопрос степени. Если в случае с требованием невозможности обратной силы закона все более или менее ясно (закон либо имеет обратную силу, либо не имеет), то, например, в случае с требованиями стабильности и понятности дело обстоит иначе: закон может быть более или менее стабилен, более или менее понятен и т. д. Поэтому Раз и полагает, что требования правления права следует рассматривать как идеальные.

Раз убежден, что правление права ошибочно противопоставляется деспотическому правлению. И с точки зрения инструменталистской концепции правления права это не вызывает сомнений. Действительно, если закон – это инструмент управления обществом, средство регулирования поведения людей, то почему его не может использовать и тиран, облакая свои эгоистические интересы в формы всеобщих, общеродованных, исключительно понятных и стабильных норм. Поэтому любой режим, который избегает пользоваться законами с обратной силой или «секретными» законами, может быть отнесен к разряду правовых.

Рассуждения Раза несколько схоластичны, впрочем, это вообще свойственно позитивистски ориентированным юристам. Бесспорно, прав он в одном. Действительно, и при деспотических режимах невозможно полное уничтожение права: в зависимости от особенностей политического ре-

жима соответствие принципам правления права может сохраняться и нередко сохраняется в тех или иных отраслях права, как правило, в тех, которые отдалены от сферы политики (это относится только к первым трем принципам, сформулированным Разом). Что касается деятельности суда, то любое отклонение от закона в судебной деятельности влечет нарушение принципов правления права. Суд всегда должен подчиняться закону и выносить решения в соответствии с установленной процедурой (в том случае, если суд является правотворческим органом, то произвол, как и в других формах правотворческой деятельности, не исключается). Накладываются определенные ограничения и на деятельность административных органов, ибо они должны действовать в рамках установленного закона. Поэтому требования правления права, в трактовке Раза, могут ограничить такие проявления произвола, как использование власти в личных интересах, из мести, фаворитизм и т. д., но не исключить полностью.

Таким образом, понятие «правление права», согласно Разу, представляет собой определенную ценность. Во-первых, достигается сдерживание проявлений «субъективности» в деятельности государственных и административных органов, от них требуется исполнение необходимых формальностей при достижении тех или иных целей. В этом смысле принципы правления права имеют отношение не к целям, а к средствам их достижения. Правда, Раз подчер-

кивает, что общественная власть не может использоваться для достижения частных целей; если это происходит, то власть, по определению, является произвольной. Однако Раз здесь сам противоречит себе. Ведь еще Монтескье прекрасно показал, что при деспотии различия между общими и частными целями на практике исчезают. Во-вторых, реализация в той или иной степени принципов правления права представляет несомненную ценность для человека, поскольку дает ему возможность выбирать стиль и формы своей жизни, определять свои индивидуальные цели на длительную перспективу и избирать эффективные пути их достижения. Эта возможность зависит не только от личных качеств человека, но и от наличия стабильной правовой основы общественной жизни. Правовые нормы, правовая система стабилизируют общественные отношения, не позволяя им деинтегрироваться и развиваться в непредсказуемом направлении и в то же время, выполняя эту функцию, право само стабилизирует себя и становится надежной правовой основой общества и поведения каждого индивида. Но Раз не согласен с Хайеком в том, что этот аспект правления права непосредственно связан с защитой свободы индивида.⁸⁶ Он рассуждает следующим образом. Свобода идентифицируется с возможностью выбора из максимально допустимого количества вариантов. Право, стабилизируя общественную жизнь, способствует реализации этой возможности. Но ес-

⁸⁶ Ibid. P. 3.

ли Хайек выступает против государственного вмешательства в общественную жизнь, полагая, что в любом случае это ограничивает возможность индивидуального выбора, а потому и свободу, то Раз считает, что если государственное вмешательство способствует росту благосостояния народа, то оно увеличивает, а не уменьшает свободу как возможность выбора. Таким образом, требования правления права отнюдь не исключают оправданности государственного вмешательства, хотя и накладывают определенные ограничения на характер этого вмешательства. По мнению Раза, свобода предполагает запрещение определенного поведения или совершения поступков одним человеком, направленных против другого человека, а также ограничения, накладываемые на государственные органы с тем, чтобы минимизировать возможность нарушения личных свобод. В первом случае это, например, запрещение убийств, во втором – запрещение ограничивать свободу передвижения.

В-третьих, Раз считает, что соблюдение принципов правления права связано с обеспечением условий, способствующих уважению человеческого достоинства. Последнее включает в себя признание автономности индивида и его права самостоятельно контролировать свое будущее. Но дело в том, что автономность индивида и его способность контролировать свое будущее никогда не бывают абсолютными. Многие люди по своим личным качествам вообще не в состоянии сделать свободный выбор и взять на себя

ответственность за свое будущее. Человек может игнорировать свое право выбора, может быть неспособным принять решение или практически реализовать свой выбор. Это может быть связано и с его личной ограниченностью, и с объективными причинами как результатом воздействия на него других людей. Раз выделяет три класса внешних воздействий на человека: оскорбление (*insult*), порабощение (*enslavement*), манипулирование (*manipulation*). Под оскорблением Раз понимает отказ обращаться с индивидом как с автономной персоной, т. е. равной и свободной. Порабощение включает в себя оскорбление и в то же время означает изменение внешней среды индивида. Выбор определяется не самим индивидом, а работодителем. Состояние порабощения может распространяться на все формы жизни индивида (таково, например, реальное рабство), но может иметь отношение к какой-то определенной сфере его жизни. Манипулирование означает интенсивное воздействие на вкусы индивида, стиль его жизни, убеждения с целью их изменения или направления к избранной работодителем цели. Таким образом, манипулирование отличается от порабощения тем, что оно направлено не на внешнюю, а на внутреннюю среду человека.

Поскольку закон является внешним регулятором поведения человека, т. е. оказывает внешнее воздействие на человека, постольку он может оскорблять, порабощать человека и манипулировать им. И в этом заключается главная

опасность для человека со стороны закона. Ведь закон определяет характер и возможность выбора. Следование требованиям правления права в известной степени элиминирует негативные черты закона. Законы, отвечающие принципам правления права, призваны воздействовать только на внешнюю, но не на внутреннюю среду человека. Предполагается, что человек способен решать и действовать самостоятельно по своему выбору, но в заданных рамках. Но в то же время закон, даже отвечающий требованиям правления права, может легализовывать рабство: раб тоже может предсказывать свое будущее и подчас с большей точностью, чем свободный, ибо, чем меньше возможность выбора, тем точнее предсказание. Таким образом, правовая система, даже построенная на началах правления права, может нарушать достоинство человека. Но достоинство людей будет нарушаться в любом случае, если принципы правления права не соблюдаются.

Вместе с тем Раз считает, что отказ от принципов правления права не может быть тотальным. Общество не может существовать, если хотя бы какая-то группа норм не отвечает принципам правления права. Вместе с тем нарушения этих принципов могут проходить систематически. Да и вообще правление права как идеал никогда не может быть реализовано полностью. Естественно, возникает вопрос о критерии соответствия или несоответствия правовой системы принципам правления права. Раз, следуя Харту, считает, что мораль не может использоваться в качестве такого критерия.

Это привносит путаницу в систему доказательств и размывает понятие права. Принципы правления права представляют собой ценность, но ценность негативную. Дело в том, что закон сам по себе создает опасность произвола (закон Раз понимает в чисто позитивистском плане), а следование принципам правления права если не исключает, то минимизирует эту опасность. Закон может быть нестабильным, обскурантистским, иметь обратную силу и т. д. и, таким образом, унижать достоинство людей. Поэтому принципы правления права сами по себе не составляют отдельного блага, они лишь помогают избежать зла, проистекающего из самого закона. Подтверждая свою мысль, Раз проводит аналогию с честностью: честным может быть лишь тот, кто может лгать. Человеку же, не способному вступать в отношения с другими людьми, бессмысленно предъявлять требование быть честным. То же самое происходит и с законом: он может принести зло, и для уменьшения этой опасности к нему предъявляются определенные требования.⁸⁷

Эти требования носят не моральный, а инструментальный характер. Соответствие закона принципам правления права способствует достижению тех целей, которые может ставить и ставит перед собой закон. Свою позицию Раз объясняет следующим образом. Закон имеет, как правило, непосредственные цели, формулируемые в самом законе, и цели более отдаленные, косвенные. Например, пишет Раз, непосред-

⁸⁷ Ibid. P. 16–17.

ственной целью закона является искоренение расовой дискриминации при поступлении на государственную службу, нормы, в нем содержащиеся, предполагают установление равенства при приеме на работу, определение условий труда, его оплаты и т. д. Косвенной же целью закона может быть улучшение расовых отношений в стране или предотвращение забастовок или просто повышение популярности правительства и т. д. Соответствие принципам права необходимо для достижения непосредственных целей закона; что касается косвенных целей, они производны от непосредственных.⁸⁸ Иными словами, речь у Раза идет о юридической политической эффективности закона. Причем политическая эффективность далеко не всегда связана с юридической. Собственно правовыми являются юридические цели закона, т. е. достижение эффективной реализации закона в жизни общества. Закон для того, чтобы эффективно регулировать отношения в обществе, должен в максимально возможной степени соответствовать принципам правления права.

Итак, принципы правления права – это те качества закона, которыми он должен обладать для того, чтобы являться эффективным регулятором отношений в обществе. Конкретное содержание закона и его конкретные социально-политические цели в данном случае значения не имеют: они могут быть благими или порочными, но это не лишает принципы правления права их ценности. Раз сравнивает право с но-

⁸⁸ Ср.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 99–100.

жом, ценность которого заключается в том, что он острый. Эта ценность к морали никакого отношения не имеет. Так же и закон: способность быть регулятором общественных отношений – это ценность закона как закона, независимо от того, каким социальным группам или целям он служит.

Соответствие принципам правления права – специфическая ценность закона. Право – это не просто факт социальной жизни, а способ ее организации. Способ, который находится в руках человека и может использоваться им для достижения разнообразнейших целей. В то же время многие цели не могут быть достигнуты с помощью права, но это говорит лишь о том, что оно (право) не всесильно. Более того, принципы правления права могут вступать в конфликт с другими ценностями и отнюдь не всегда могут и должны побеждать. Если достижение определенных целей несовместимо с принципами правления права, это означает лишь то, что данная цель не может быть достигнута с помощью закона.

Харт и Раз, на наш взгляд, в формулировании концепции правления права полностью исчерпали потенциал позитивизма. Пожалуй, большего при отождествлении права и закона сделать невозможно. Позитивистское понимание права имеет объективные пределы. Несомненным достижением позитивизма следует считать исследование формальных качеств закона, не соответствуя которым, закон действительно не сможет существовать, а превратится лишь в клочок бума-

ги либо будет являться просто приказом сильного, способного применить принуждение по отношению ко всем остальным.

Непреодолимым недостатком позитивизма в любой его разнovidности, будь то нормативизм или инструментализм, является отношение к человеку, к личности. Личность как субъект права в позитивизме вторична. Когда Раз пишет о том, что соответствие закона принципам правления права позволяет минимизировать ущерб, причиняемый свободе и достоинству человека самим законом, он уже априори исходит из того, что право тождественно закону, а закону свойственно нести вред человеку. Инструментализм и не может предложить иное понимание права и закона. Если быть последовательным инструменталистом, то нельзя не прийти к следующему выводу. Закон является инструментом в руках государства, с помощью которого оно достигает упорядоченности общественной жизни; человек является объектом внешнего воздействия со стороны государства, и чтобы это воздействие было эффективным, закон должен отвечать определенным требованиям, которые можно назвать принципами правления права, а можно использовать и другие определения. Но в любом случае речь идет не о правлении права в буквальном смысле этого слова, а о правлении государства посредством закона. Поэтому в позитивистском понимании права постоянно присутствует какая-то недосказанность, незавершенность, которые постоянно стремятся

преодолеть теории естественного права – антиподы позитивизма.

§ 2. Естественнo-правовые концепции правления права

Теории естественного права проистекают из присущего человеку стремления к справедливости, установлению справедливого общественного устройства. Однако многочисленные попытки добиться этого отличались очень большой субъективностью в понимании того, что есть справедливость, и, как правило, приводили если не к большей, то к «другой» несправедливости. Но это не разочаровывает людей, и они повторяют свои попытки еще и еще раз. Если сказанное верно, то естественно-правовые теории будут вечно сопровождать человечество, то уходя на задворки интеллектуальной жизни, то возрождаясь вновь во всей своей полноте. Окончательное решение вряд ли когда-нибудь будет найдено, ибо ответов на вопрос, что есть справедливость в делах человеческих, великое множество. Аквинат писал, что сила права зависит от его справедливости. Но в чем она заключается? В общем благе, в распределении по достоинству, в следовании религиозным установлениям... И кто может отделить справедливое от несправедливого? Правитель, суд, глава церкви... Тогда в конечном счете в обществе правит тот, кому принадлежит последнее слово в определении

справедливости, а значит, и права. В общем, проблема критерия, отделяющего право от неправа, самая сложная в правоведении. Да и вряд ли возможно найти один или ограниченное число критериев, годных для любой правовой системы в любое время и в любой точке развития. Поэтому-то позитивизм, а потом нормативизм и отказались искать этот общий критерий, полагая, что поиски бесперспективны.

Естественно-правовой подход, вторгаясь в сферу моральной философии, значительно расширяет рамки правоведения. Теории естественного права переживали периоды расцвета и упадка. Их зарождение связано с античностью, когда связь между правом и государством еще не осознана, но именно тогда были разработаны основные правовые принципы. В Новое время естественно-правовые теории возродились в светском исполнении и прежде всего как средство политической борьбы. Всплеск естественно-правовых теорий в XX в. связан с последствиями второй мировой войны, а в нашей стране (в последние годы) с неудовлетворенностью существовавшей системой законодательства. Недостаток стабильного и эффективного позитивного права всегда приводит к возрождению в том или ином виде концепции естественного права, к стремлению отличить действующий позитивный закон, порочный по тем или иным основаниям, от права как носителя справедливости. Но дело не только в этом. Различие естественного и позитивного права, права и закона приближает нас к пониманию сущности права, пра-

ва как феномена сложного и многогранного, поворачивающегося к нам то одной, то другой стороной.

Истории человечества известно немало разновидностей естественно-правовых теорий, подчас кардинально отличающихся друг от друга. Греческие и римские, средневековые и эпохи Возрождения, наконец, современные концепции естественного права – все они несут разную смысловую нагрузку, но вместе с тем все они озабочены поиском «естественных» начал права. Тех принципов, которые имманентно присущи праву как праву, которые не всегда соблюдаются, часто игнорируются, но всегда существуют независимо от воли людей и конкретной социально-политической практики. Только в рамках естественно-правовых теорий можно прийти к заключению, что наличие государства совсем не обязательно предполагает наличие права. Ибо государство может нарушать и нередко нарушает право и очень часто посредством своего закона. Почти каждый сторонник естественно-правового подхода формулирует естественные, а потому нерушимые принципы права, которые сродни математическим аксиомам: человек (и государство) в состоянии их игнорировать, но не могут отменить, более того, пренебрегая ими, они действуют себе во вред, который сказывается не мгновенно, но тем вернее.

Естественно-правовые теории привлекательны также своей наполненностью этикой, стремлением связать право и мораль. Но здесь-то и лежит главная сложность – сложность

определения того, что есть должное. Это столь же запутанная философская проблема, как проблема счастья или смысла жизни. Обсуждать их можно бесконечно долго, предлагая различные вопросы и ответы. Это хорошо для философии, но не всегда хорошо для права, обращенного к практической каждодневной жизни людей. Наконец, где лежит основание этого «должного»?

В реальных человеческих отношениях? В сути человеческой природы? В потусторонней воле? Но утверждать, что человеческим отношениям всегда присуща справедливость, будет слишком смело; о природе человека с равной степенью истинности можно утверждать прямо противоположное (например, человек добр и человек зол); что касается религиозной веры, то, видимо, человеку сложно существовать без ощущения своей связи с трансцендентными силами, и этот факт может быть концептуальным основанием правопонимания, но все же явно недостаточным для восприятия всего феномена права, по крайней мере, в европейской традиции.

Короче говоря, найти «естественность» в праве не просто. Впрочем, есть один кажущийся естественным, как само естественное право, путь: все повторяющееся в человеческих поступках естественно, и образцы этого поведения есть нормы, или принципы, естественного права, и именно они моральны по самой своей сути. Однако и он не столь очевиден, потому что не все, что повторяется на протяжении даже

относительно длительного времени, морально и справедливо с точки зрения последующих поколений.

Возможен и иной путь аргументации – телеологический. Каждая вещь или каждое явление движется к определенной цели, подчиняясь соответствующим правилам, и тем самым исполняет свою естественную функцию. Так, человек стремится к определенной цели, например к благой жизни (по Аристотелю). Эта мысль была развита Августином в христианском духе, а в современной философии права та же традиция продолжена, например, Дж. Финнисом. Телеологизм предполагает, что человеку (человечеству) присуще движение к определенной цели, которое обусловлено его природой, характером потребностей и т. д., а нормы, которые направляют его к данной цели, являются естественными. Такой способ мышления навязывает каждому отдельному человеку и обществу в целом какую-то цель, полагая ее благой, а это чревато утопизмом. Наконец, кто возьмется определить цель каждому в отдельности и всем вместе? Если это Бог, то естественное право – более чем его воля. Такова позиция томизма. Классический позитивизм, по сути, продолжает ту же методологическую традицию, отличаясь лишь тем, что опускает право на землю. Если же исходить из того, что человек обладает свободой воли, то это только усложняет ситуацию. Если человек может избирать путь своей жизни: «жить по Богу или по дьяволу», то он либо актом своей воли (праведник), либо актом внешней воли должен быть принужден

к правильной жизни. Поэтому веление суверена и принуждение здесь играют решающую роль.

Гроций пытался преодолеть эту контрверзу. Он утверждал, что естественное право не противоречит воле Бога, но в то же время и не зависит от нее, и существовало бы, даже если бы Бога не было.⁸⁹ Но показательно то, что именно у Гроция появляется относительно разработанная теория государственного суверенитета: небесный суверен сменился на земного. Правовые теории Нового времени все в большей степени начинают подчеркивать значение позитивного права, но в рамках естественно-правовых теорий. Потребность в них была связана, во-первых, с недостаточной развитостью системы позитивного права, во-вторых, с произволом, допускаемым абсолютными монархами, и, в-третьих (что дало наибольший толчок развитию теории естественного права), с необходимостью идеологического обоснования переустройства общества. Именно в эпоху революций убежденность в «самоочевидности» норм естественного права приобрела всеобщий характер. Такой аргумент как «самоочевидность» сохраняется и по сей день. Разумеется, самоочевидные истины, в том числе и в праве, существуют как объективные характеристики, отличающие одно явление от другого. Но дело, пожалуй, не в этом, а в том, что ни одно общество без самоочевидных, не требующих доказательств истин существовать не может. Самоочевидные для данного об-

⁸⁹ Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994. С. 72.

щества истины – это традиции, обычаи, или, иными словами, все, что соответствует его ментальности. Причем надо отметить, что отнюдь не каждое общество правовое по складу его сознания и культуры в целом. Именно этим отличается восточное общество, для которого право ассоциируется со злом, и его ценность отрицается.⁹⁰ В этом случае следует говорить не о разном правопонимании, а признать тот факт, что в тех или иных обществах в определенные периоды истории предпочитается неправовой характер организации и упорядочения жизни. Поэтому справедливость не связывается там с правом (законом), а существует вопреки ему. Все это сказано для того, чтобы подчеркнуть, что в естественно-правовых теориях, – как классических, так и современных, – отражается политико-правовая культура вполне определенного общества. И в той степени, в какой данное общество развито в правовом смысле, оно в своих правовых теориях приближается к пониманию сути права или, если угодно, к пониманию идеи права.

Прежде чем перейти к современным теориям естественного права, есть смысл сделать еще одно предварительное замечание. Обосновывая несправедливость существующего политического строя и необходимость его изменения, в Новое время теории естественного права имели ярко выраженную политическую направленность, а разработка ими соб-

⁹⁰ См.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 46–48.

ственно правовых проблем носила скорее вторичный характер. Концепция правления права поэтому имела в виду прежде всего сферу публичного права и выступала как идея ограниченного государства. Современные же теории естественного права и соответствующие концепции правления права разрабатываются в рамках философии права, как правило, оставляя в стороне анализ государственведческой тематики. В этом смысле они ближе к античным теориям, чем к теориям Нового времени. Именно поэтому аристотелевское понимание права и справедливости продолжает питать воображение современных философов права.

Так, на интерпретации идей Аристотеля о распределяющей справедливости строит свою теорию Дж. Роулс.⁹¹ Хотя, собственно, от Аристотеля он берет лишь сам исходный принцип и то в несколько усеченном виде (блага, существующие в обществе, должны распределяться на основании взаимных требований людей и на основании максимально возможного равенства). Проще всего было бы отнести Роулса к представителям какой-либо разновидности эгалитаризма, однако это не совсем верно. Он использует понятие «первичные блага», подлежащие распределению в обществе. В их число входят свобода, равные возможности (opportunity), определенный уровень богатства, т. е. то, что дает человеку самоуважение. Все эти блага важны не сами по себе, а как условия, обеспечивающие автономность индивида, ис-

⁹¹ Rawls J. A Theory of Justice. Oxford, 1972.

пользующего их по своему собственному усмотрению. Роулс априори полагает, что именно эти блага представляют ценность для человека. Поэтому справедливость может быть установлена тогда, когда будет найден правильный способ их распределения в обществе. Для того чтобы выяснить, каковы должны быть принципы справедливого распределения, Роулс использует старую добрую традицию и представляет некое гипотетическое «первоначальное состояние». Люди в этом состоянии лишены знания обо всем, что касается неравенства, или, вернее, различий между ними (они не знают ничего о своем социальном статусе, поле, расе и т. д.). Роулс рассуждает, какие блага и какие способы их распределения в этой ситуации люди изберут. Прежде всего, он считает, люди изберут свободу и принцип равных возможностей.

Исходя из этого Роулс формулирует принципы справедливости. Первый требует, чтобы каждый человек в равной степени обладал основными правами и свободами, система индивидуальных прав и свобод должна совпадать со всеобщей (сюда включаются свобода совести, мысли, равное участие в принятии политических решений и т. д.). Свобода должна быть максимализирована, ее ограничение оправдано только для ее собственной защиты («свобода может быть ограничена только ради свободы»⁹²). Второй принцип – принцип равенства в смысле равного обладания свободой и равного распределения социальных благ (исключения воз-

⁹² Ibid. P. 302.

можно только ради выравнивания уже сложившегося неравенства). Этот принцип конкретизируется в принципе равных возможностей, который требует максимально элиминировать неравенство, связанное с условиями рождения и богатства. Реализация принципа равных возможностей предполагает:

а) стремление к максимальной выгоде должно сочетаться с принципом экономии. Это должно обеспечить справедливость в отношениях между поколениями, так как каждое поколение обязано сохранить для потомков достижения цивилизации, культуры, поддерживать уже существующие справедливые социальные институты и создавать материальные накопления для будущих поколений;

б) каждый человек должен иметь равные возможности в стремлении получить определенный статус в обществе.

Роулс полагает, что именно эти принципы справедливости должны избрать разумные и свободные люди, находящиеся в «первоначальном положении», для «обеспечения своих собственных интересов».⁹³ В связи с этим целью общественного договора не является легитимация политической власти. Договор выражает всеобщее согласие по поводу способов распределения благ в обществе, это некое моральное обоснование распределительной системы. И справедливость Роулс определяет через правильность, добросовестность, беспристрастность, честность, даже, точнее,

⁹³ Ibid. P. 11.

субстанциональная справедливость определяется им через процессуальную (justice as fairness).⁹⁴ Действие процессуальной справедливости обеспечивается посредством правовых норм, соответствующих принципам правления права. Прежде всего необходимо утверждение конституции, определяющей основные распределительные процедуры, которые с наибольшей вероятностью приводят к созданию справедливого и эффективного порядка, затем – создание обычных, ординарных законов и механизма их применения к конкретным случаям.⁹⁵

Умозрительная теория справедливости Роулса уязвима для критики. По Роулсу, получается, что люди в «естественном состоянии» прекрасно осознают, какие блага им следует получить, и озабочены лишь поиском наиболее приемлемых, справедливых принципов распределения. По его мнению, для «естественного человека» несомненную ценность представляют свобода совести, слова, мысли, ассоциаций, свобода от произвольных арестов, право избирать и быть избранным, право собственности и т. д. В общем, Роулс описывает современное ему западное общество, взятое в идеальном состоянии, освобожденное от всего, что привносят в него те или иные виды неравенства. Политико-правовую культуру этого общества Роулс возводит в ранг всеобщей. Но ведь утверждению, что люди в первоначальном, естественном по-

⁹⁴ Ibid. P. 84–88.

⁹⁵ Ibid. P. 196.

ложении непременно изберут свободу и принцип равных возможностей, можно противопоставить не менее «истинное» утверждение, что люди изберут тиранов и принцип социальной иерархии.

В русле нашей темы представляет интерес и теория Дж. Финниса, построенная преимущественно из реинтерпретации Августина и пронизанная идеей телеологизма.⁹⁶ Смысл человеческого существования заключается в достижении определенного блага или совокупности благ, к которым стремится человек, обладающий разумом. Финнис предлагает перечень основных благ, или ценностей человеческой жизни. К их числу относятся:

жизнь – стремление к самосохранению;

знание (как знание теоретическое, имеющее субстанционный, а не инструментальный характер); игра (в смысле правильного распределения ролей в обществе);

эстетический опыт (как способность понимать прекрасное); практическая разумность (т. е. стремление сделать свой разум более эффективным в инструментальном плане);

социабельность или дружба;

религия (как представление о происхождении космического порядка, человеческой свободы и разума).⁹⁷

Эти блага самоочевидны, их существование бессмысленно как доказывать, так и отрицать. Движение к ним на-

⁹⁶ *Finnis J. M. Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1980.*

⁹⁷ *Ibid. P. 206–208.*

правляется практическим разумом, который сам является благом. Он, этот разум, детерминирует принятие решений и совершение поступков. Принципы практического разума требуют: составления жизненного плана, отсутствия произвольных предпочтений как между базисными ценностями, так и между людьми; автономности человека, с одной стороны, и единства человеческого общества – с другой; уважения основных ценностей в каждом своем поступке, уважения общего блага и т. д.⁹⁸ Принципы практического разума, таким образом, определяют средства достижения блага. Они осознаются всеми или почти всеми людьми и поэтому составляют содержание естественного права. Однако принципы практического разума (нормы естественного права) допускают возможность значительных колебаний «жизненных планов», а достижение общего блага, в котором аккумулируются базисные блага-ценности, требует более жесткой и эффективной координации планов и действий, установления обязанностей людей по отношению друг к другу, т. е. равенства в духе пропорциональности. Блага должны распределяться справедливо, а именно на основе уравнивающей либо распределяющей справедливости. В любом случае, кроме полного единодушия, координация при распределении благ должна носить властный характер. Таким властным и эффективным институтом может быть только позитивное право, но соответствующее справедливости (прин-

⁹⁸ Ibid. Ch. 5.

ципам практического разума, нормам естественного права). Финнис, по существу, повторяет Августина: «...авторитет права (позитивного. – И. К.) зависит... от его справедливости или, по крайней мере, от его способности обеспечить справедливость».⁹⁹ Позитивное право (закон) предполагает принуждение и наказание. Нормы позитивного права создаются законной властью и снабжаются санкциями, накладываемыми на нарушителей судебными органами. Данные нормы и институты, их создающие и применяющие, предназначены для властного разрешения проблем координации в целях поддержания общего блага и взаимности между субъектами права.¹⁰⁰

Вместе с тем Финнис, как и другие приверженцы естественно-правовой философии, не считает, что позитивное право всегда отвечает требованиям естественного права. Однако он полагает, что проблема несправедливых законов – это лишь один из аспектов теории естественного права. Прежде всего, по его мнению, следует презюмировать, что все действия законных властей справедливы. Если же они направлены против основных благ или же нарушают принципы практического разума, то автоматически утрачивают свою юридическую силу. Финнис буквально следует за Цицероном и Августином, полагая, что цель властного упорядочения общественных отношений заключена в реали-

⁹⁹ Ibid. P. 260.

¹⁰⁰ Ibid. P. 276–277.

зации общего блага, поэтому несправедливое право не является таковым в своем основном значении (оно либо несовершенно, либо коррумпированно).

Гарантией против извращенности позитивного права служат определенные требования, предъявляемые к его форме, т. е. требования правления права. Требования эти таковы: закон обратной силы не имеет, он должен быть промульжированным, ясным, исполнимым и относительно стабильным; декреты и приказы издаются только на основе закона; применение норм права может происходить только в соответствии с процессуальным законом.¹⁰¹ Но все эти требования, как и у Раза, носят чисто инструментальный характер и сами по себе не обеспечивают справедливого права. Справедливое право, как уже отмечалось, должно соответствовать принципам практического разума и обеспечивать справедливое распределение общего блага. Справедливое распределение должно учитывать: существующие потребности; характер распределения ролей и ответственности в обществе; способствовать общественному предпринимательству и, наконец, индивидуальному развитию. Кроме того, для поддержания режима справедливости необходима охрана частной собственности. Во-первых, она обеспечивает автономию индивида в обществе; во-вторых, практика подтверждает, что в условиях частной собственности общественные и индивидуальные ресурсы используются более продуктив-

¹⁰¹ Ibid. P. 270–271. ⁴⁴ Ibid. P. 173–175.

но. При этом Финнис не отрицает возможности (при определенных идеальных обстоятельствах) продуктивности общественной собственности и общественного предпринимательства. Это утверждение закономерно в теории Финниса, поскольку он считает, что достижение благ возможно только сообща, только в обществе, т. е. индивидуальные блага имеют общественный характер. Субъективные права (rights) он рассматривает как фундаментальный компонент общественного блага.¹⁰² Они могут ограничиваться взаимно или другими компонентами общественного блага. В конечном счете Финнис предпочитает оперировать очень широкими понятиями, такими, как «общественная мораль», «общественное здоровье», «общественный порядок».¹⁰³ Таким образом, права человека не носят в его концепции абсолютного характера, а выступают как средство достижения определенной цели. Это касается норм и естественного права как принципов практического разума, и позитивного права как средства властного распределения благ.

Надо иметь в виду, что и Роулс, и Финнис в гораздо большей степени философы, чем правоведы. Их интересует справедливое устройство общества, а право – постольку, поскольку оно этому может способствовать. У правоведов акценты расставлены несколько иначе: их цель – понять сущность права. Достаточно оригинальную концепцию правопо-

¹⁰² Ibid. P. 218.

¹⁰³ Ibid.

нимания предложил Л. Фуллер, один из наиболее последовательных оппонентов позитивизма в англоязычном правоведении. Фуллера нередко называют ведущим представителем естественно-правовой школы XX в., хотя его концепция существенно отличается от классических вариантов теорий естественного права. Право может и должно быть понято из самого себя, полагает Фуллер. Позитивизм взялся за решение этой проблемы, но результаты оказались, по его мнению, неудовлетворительными. Он предлагает принципиально иной взгляд на право. Прежде всего, исходным элементом и главным объектом исследования является не норма права, не правовая система, а правовое отношение или, следуя терминологии самого Фуллера, различные формы юридических процессов и процедур, включая сюда отношения, возникающие на основе обычая, договоров, судебных, посреднических и управленческих решений, а также статутного права (законов). Юридическая сила правовых норм и соответственно отношений, возникающих на их основе, зависит не столько от легитимности «создателя» нормы, сколько от ее содержания.

Право, согласно Фуллеру, и в целом как социальное явление, и в различных формах его выражения, и в каждой конкретной норме сущностно целеположено. Здесь он в определенной степени продолжает телеологическую традицию Аристотеля и Аквината, но в то же время близок к инструментализму (в изложении О. Холмса, Р. Паунда). Право-

вая норма должна содержать в себе интеллигибельную цель (или отражать ее) и указывать на средства ее достижения. Норма права субстанциональна, поскольку она несет в себе значение должного (в этом смысле она ценностно наполнена) и одновременно она инструментальна, поскольку определяет средства для достижения цели.¹⁰⁴ Идею о ценностной нагруженности права он распространяет на всю правовую систему. Ценностно нагружена и каждая правовая норма, и вся правовая система, понимаемая как единство правотворческого и правоприменительного процессов. Целеположенность и ценностная нагруженность права связываются Фуллером с проблемой соотношения права и морали.

Фуллер различает подразумеваемое, имплицитное право (*implicit law*) и созданное право (*made law*).¹⁰⁵ Имплицитное право включает обычаи и другие способы нормативной регуляции человеческих отношений, часто не имеющие вербального выражения. Созданное право состоит из внешне выраженных точных правил. Оно содержит статуты, нормы контрактов и т. д. Статуты создаются исключительно государственными органами, а нормы контрактов – государственными и негосударственными органами, а также частными лицами. И имплицитное и эксплицитное право целеположено, ибо сущностное значение правовой нормы лежит в це-

¹⁰⁴ Fuller L. *The Law in Quest of Itself*. Boston, 1966.

¹⁰⁵ Fuller L. *American Legal Philosophy* // *Journal of Legal Education*. 1954. N 6. P. 405.

ли или в совокупности целей.¹⁰⁶ При толковании и последующем применении нормы права следует учитывать ту цель, которая сущностна для нее. Поэтому право как сущее неотторжимо от права как должного. Здесь, пожалуй, проходит линия, отделяющая Фуллера от позитивизма (объявляющего правом все нормы, исходящие от государства) и от нормативизма (предлагающего некую основную норму в качестве критерия права), и от социологии права (понимающей правовую норму как предсказание об использовании государственного принуждения). По мнению Фуллера, все эти подходы игнорируют цель в праве.

Не только отдельные нормы права, но и целые отрасли имеют определенные цели. Так, цель конституционного права заключается в воплощении и применении основных организационных принципов государства: это общедемократические принципы, способы борьбы против злоупотребления властью, принципы правления права, требования должной процедуры. Конституционное право создает общие возможности для нормального функционирования всех остальных отраслей права. Кроме того, оно определяет цели, которые могут достигаться посредством права. Поэтому конституционное право рассматривается им как базисная отрасль, без осознания принципов которой вообще невозможно понимание сути права. В конституционном праве задаются гло-

¹⁰⁶ Ibid.

бальные цели всей правовой системы.¹⁰⁷ Вместе с тем не любая норма, в том числе и конституционного права, может быть отнесена к собственно правовой.

Фуллер различает факты и артефакты. Факты существуют независимо от желания человека видеть их такими или другими. Артефакты же создаются человеком с вполне определенной целью, поэтому в них сущее и должное сливаются как элементы одной «интегральной реальности». Правовая норма, естественно, артефакт. Поэтому, чтобы ответить на вопрос, является ли данная норма правовой, надо знать, какой она должна быть. Далеко не все, что исходит от законодателей, может считаться правом. Чтобы определить, является ли норма, созданная законодателем, правовой, следует определить, во-первых, предлагает ли она соответствующие средства для достижения этой цели. В случае отрицательного ответа норма права – мнимая. Наличие цели придает ценность и всей правовой системе, которая определяется Фуллером как целеположенная человеческая деятельность, направляемая и контролируемая общими правилами.¹⁰⁸ Итак, направлять и контролировать человеческую деятельность – это генеральная цель правовой системы. Влияние инструментализма здесь несомненно. Но при этом Фуллер формулирует и другие, более конкретные, частные цели. Он называет их процессуальными, или процедурными, и полага-

¹⁰⁷ Ibid. P. 462–467.

¹⁰⁸ Fuller L. The Morality of Law. New Haven, 1969. P. 109.

ет, что без их реализации правовая система не может существовать и достигать своей генеральной цели. Все разновидности норм «сделанного» права должны отвечать следующим требованиям: носить общий характер, быть обнародованными, не иметь обратной силы, быть ясными и свободными от противоречий, достаточно стабильными, не требовать невозможного, и реализация их должна соответствовать содержанию, т. е. целям и средствам, заложенным в данной норме.

По сути дела, все это требования инструментальной концепции правления права. В отличие от Раза и других инструменталистов, Фуллер полагает, что эти процедурные цели-принципы выполняют роль ограничителя по отношению к социальным, политическим целям, которые государство может достигать с помощью закона. Например, опубликование закона заставляет само государство следовать ему, таким образом, закон становится обязательным и по отношению к государственным органам. Процедурные принципы имеют отношение ко всей правовой системе, их реализация достигается в деятельности законодателей, судей, административных и управленческих органов, тем не менее они не в полной мере затрагивают такие формы права, как обычай, административный акт, нормы контрактного права. Но в целом правовая система этим принципам должна соответствовать, тогда создается режим «процедурной законности». Если система не отвечает ее требованиям, то можно утверждать,

что общество имеет какую-то систему правления (государство), но это не будет система, основанная на праве и функционирующая в соответствии с правом.¹⁰⁹ Норма права, статутного прежде всего, согласно Фуллеру, не может являться способом осуществления политической власти. Правовая норма как сочетание должной цели и должных средств представляет собой моральную ценность. При этом у Фуллера мораль приобретает специфически юридический характер, он не считает, что «моральная норма» права в любом случае будет служить благим целям. Но нельзя с ним не согласиться в том, что если мы что-либо будем делать правильным способом, то, вероятнее всего, получим и правильный результат. Например, чтобы быть эффективным, закон должен быть ясно изложен и промульгирован. Это требования инструментальной эффективности, но следование им с наибольшей вероятностью будет порождать хорошее статутное право потому, что законодатель не склонен излагать порочное право в ясных терминах и промульгировать его.¹¹⁰ Кроме того, каждая форма права имеет свои дополнительные критерии, например норма контрактного права должна тестироваться на «добросовестность» сторон, обычай – на разумность, статут – на субстанциональную справедливость. Эти критерии также моральны, поскольку они определяют то, что должно быть (ибо моральное – это и есть должное). Тот факт,

¹⁰⁹ Ibid. P. 122–123.

¹¹⁰ Ibid P. 157–159.

что норма включает в себе интеллигибельную цель и инструментальна, еще не означает, что она пройдет дальнейшее тестирование. Короче говоря, право и мораль неразделимы, как неразделимо сущее и должное. Поэтому Фуллер не согласен с Хартом, утверждавшим, что «нет необходимой связи между правом, как оно есть, и правом, каким оно должно быть».¹¹¹

На протяжении всей своей жизни Фуллер упорно отстаивал идею, что принципы законности, взятые в совокупности, представляют собой моральную ценность. Однако все же следует сказать, что позиция его не была абсолютно безупречна. Многие его оппоненты утверждали и утверждают, что как ни называй предложенные им принципы, они относятся к эффективности закона и никакого отношения к морали не имеют. Фуллер ответил своим критикам во втором издании «Моральности права». Они ошибаются, утверждал он, рассматривая «принципы законности» лишь как условие эффективности. Ведь режим (государство) может эффективно добиваться поставленных целей и нарушая их. В качестве примера Фуллер привел нацистскую Германию и Советский Союз.¹¹² На наш взгляд, Фуллер пугает здесь политическую эффективность, которая действительно может поддерживаться с помощью неправовых средств, и эффективность права как регулятора социальных отноше-

¹¹¹ *Hart H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. P. 607.*

¹¹² *Fuller L. The Morality of Law. P. 40–41.*

ний. Сам же Фуллер все же убежден в том, что эти принципы конституируют моральность, т. е. с необходимостью переводятся в моральные ценности.¹¹³ Даже в том случае, если содержание нормы (цель, заложенная в законе) в чем-то порочно, его соответствие принципам законности гарантирует в той или иной степени реализацию моральных ценностей как таковых. Гражданин по крайней мере имеет возможность знать и понимать закон и подчиняться ему, а не индивидуальному произволу чиновника (т. е. речь идет о «процедурной моральности», которая не обязательно предполагает хорошее право в социально-политическом смысле). Однако соблюдение «процедурной моральности» придает легитимность статутному праву, а таким образом, и государству как его создателю. Государство, пишет Фуллер, принимая закон, как бы говорит гражданам: «...вот правила, которым мы просим вас следовать, если вы будете им подчиняться, то и мы обещаем вам применять эти правила по отношению к вам». Если же законодатель нарушает этот молчаливый договор, то он неизбежно утрачивает легитимность. А она, согласно Фуллеру, также представляет собой моральную ценность. Действительно, легитимность можно рассматривать как моральное право на власть.

Принципы законности Фуллер часто называет принципами правления права, которые определяют способ создания и способ реализации норм права, прежде всего статутного.

¹¹³ Ibid. P. 200–224.

Для него принципы законности и принципы правления права – идентичные понятия. Поэтому его концепцию правления права вполне можно назвать процедурной. Концепция Фуллера во многом является реакцией на приземленность позитивизма и социологизма в праве, но вместе с тем существенно отличается и от естественно-правовой традиции. «Естественность» права он ищет не вне его, а в самом праве. Моральность права не выступает в качестве метаюридического критерия позитивного права. Фуллер вообще не противопоставляет позитивное и естественное право, он противопоставляет право и неправо. Естественно-правовая традиция у него проявляется в подчеркивании роли разума в праве, в правовом порядке. Право – это разумность, проявляющаяся в человеческих отношениях.¹¹⁴ В разуме выражаются наиболее фундаментальные естественные законы, обеспечивающие процесс формирования целей и функционирование каналов коммуникаций между людьми, естественные законы связаны с природой человека как существа, стремящегося к общению. Поэтому существуют естественные принципы общения, определяющие групповую жизнь в каждой конкретной ситуации и познаваемые посредством разума.¹¹⁵ Фуллер склонен рассматривать право как процесс правообразования и правореализации. Его интересуют различные

¹¹⁴ Fuller L. Anatomy of Law. P. 163.

¹¹⁵ Fuller L. Reason and Fiat in Case Law // Harvard Law Review 1946. Vol. 59. P. 378.

типы правовых отношений (правового процесса), источник их легитимности и внутренняя моральность. Он подчеркивает, что конечные цели права (свобода, безопасность, справедливость, равенство) могут быть достигнуты с помощью определенных средств и в той или иной форме правоотношений. Каждой же разновидности отношений присущ свой способ регулирования.

Первая разновидность правоотношений – это взаимодействие на основе обычая (customary interactions). Здесь Фуллер близок к социологической школе права, прежде всего к Е. Эрлиху. Нормы обычного права произрастают из специфики отношений, которые они регулируют. Они содержат обязательства сторон, определяемые взаимными ожиданиями. В этих отношениях проявляется глубинная связь между общесоциальным и правовым. Нормы обычного права не утверждаются каким-либо официальным способом: они рождаются в процессе взаимодействия людей. Их легитимность обусловлена, с одной стороны, тем, что они служат достижению определенных целей, которые преследуют стороны данного отношения (инструментальный аспект), а с другой – принципом консенсуальной взаимности ожиданий, их относительной долговременности, тем, что никто не несет несправедливого (неравного) бремени и получает ожидаемую выгоду (субстанциональный аспект). В единстве субстанционального и инструментального аспектов заключает-

ся внутренняя моральность обычного права.¹¹⁶

Вторая разновидность правоотношений — отношения, возникающие на основе договора, или, точнее, контрактные правоотношения. В чем-то они сходны с нормами обычного права, которые Фуллер называет «неартикулированным старшим братом контракта».¹¹⁷ Нормы контрактного права также должны обладать внутренней моральностью. Ее условия следующие: обе стороны обладают возможностью выбора и свободы от любых форм принуждения; стороны равны и хорошо информированы; честны по отношению друг к другу; контракт заключается на основе взаимного согласия; предмет договора бесспорчен. Контрактное право тесно связано с законодательством и судебными решениями, ибо они могут как благоприятствовать, так и препятствовать реализации контрактных правоотношений.¹¹⁸

Особое место у Фуллера занимает процесс законотворчества. Право, созданное легислатурой, он называет предписывающим. Оно облегчает, направляет или запрещает те или иные способы поведения. В демократической системе к процессу правотворчества предъявляются следующие требования: законодатели должным образом избраны, решение принимается большинством голосов и после предваритель-

¹¹⁶ Fuller L. 1) *Anatomy of Law*. P. 64–75; 2) *The Principles of Social Order*. Durham, 1981. P. 212–224.

¹¹⁷ Fuller L. *Anatomy of Law*. P. 108.

¹¹⁸ Ibid: P. 101–120.

ного обсуждения законопроекта. Специфика закона заключается в том, что, в отличие от норм обычного и контрактного права, он создается не при участии заинтересованных сторон, а третьей стороной, возлагающей обязательства на субъектов права. Но все же отношения, возникающие на основе статутного права, не являются односторонними. Если законодатели следуют принципам законности, т. е. издают явные, промульгированные и т. д. законы, они сами накладывают на себя определенные ограничения, и поэтому отношения, возникающие на основе законов, также носят в определенной степени двусторонний характер, связывая и государство, и граждан, точно определяя права и обязанности.

Несмотря на то что за статутным правом стоит сила государства, сфера его влияния ограничена. Многие отношения, считает Фуллер, вообще не могут им регулироваться, например семейные отношения, деятельность частных корпораций и т. п. Дело в том, что предписывающее право — слишком грубый инструмент регулирования человеческих отношений, так как оно является внешним по отношению к их участникам. Его главные цели способствовать обычным, контрактным и другим формам взаимодействия людей, а также обеспечить социальный контроль через уголовно-правовые нормы.¹¹⁹

Обычное, контрактное и предписывающее (статутное) право дополняют друг друга. Они имеют хотя и совпадаю-

¹¹⁹ Fuller L. 1) The Morality of Law. Ch. 5; 2) Anatomy of Law. P. 126–158.

щие, но различные сферы регулирования. При этом Фуллер, следуя англоамериканской либеральной традиции, стремится минимизировать сферу действия законодательства. Контрактное право, считает он, наиболее эффективный, целесообразный и справедливый регулятор отношений в условиях смешанной экономики.

Весьма специфичны управленческие правоотношения. Суть управленческого процесса состоит в отдаче властного приказа управляющего подчиненному. Поскольку управляющий, как и законодатель, выражает в приказе свою волю, постольку управленческие решения, имеющие нормативный характер, должны отвечать многим требованиям законности: они должны быть ясными, свободными от противоречий, исполнимыми. Однако такие требования, как всеобщность, отсутствие обратной силы неприменимы к управленческим нормативным решениям. Что касается легитимности нормы управленческого процесса, то она, по Фуллеру, затрагивает две группы людей: государственных служащих и граждан. В первом случае легитимность основывается на консенсуальной основе служебных отношений (по существу, Фуллер следует М. Веберу). Во втором случае легитимность решения производна от легитимности закона, на основании которого оно принято. При этом управленческое решение не может иметь места там, где стоит задача оформления долговременных правоотношений.

Управленческое нормотворчество тесно связано с други-

ми формами права: предписывающим, контрактным и обычным. Предписывающее право определяет компетенцию должностных лиц по принятию решений; контрактное право, например, в сфере трудовых отношений может определять характер взаимоотношений между управляющими и управляемыми; кроме того, многие отношения в системе «начальник – подчиненные» регулируются нормами обычного права. При этом надо отметить, что Фуллер далеко не всегда относит управленческие решения к разновидности правовых, поскольку многие из них имеют односторонний характер.¹²⁰

Особое внимание Фуллер уделяет гражданскому судопроизводству, что связано с тем местом, какое занимает суд в системе англо-американского права. Судопроизводство Фуллер определяет как процесс, в рамках которого конфликтующие стороны представляют доказательства своего права третьей беспристрастной стороне, выносящей на основе анализа этих доказательств решение в пользу одной из сторон. В самом широком виде перед судом стоят две задачи: разрешение конкретного спора, возникшего в прошлом, и создание нормы права. Иными словами, решение суда имеет как ретроспективный, так и перспективный характер. Суд создает судейское право. Но, чтобы создаваемые им нормы были легитимны и моральны, суд обязан строго придерживаться определенных правил:

¹²⁰ Fuller L. The Principles of Social Order. P. 189–210.

- 1) сторонам должны быть обеспечены равные возможности по предоставлению доказательств и аргументов;
- 2) в основу решения могут быть положены только те аргументы и доказательства, которые использовались сторонами;
- 3) анализируя доказательства и вынося решения, судья должен руководствоваться уже известными сторонам принципами и нормами (в противном случае стороны лишаются возможности предвидеть реакцию судьи на используемые ими доказательства своей правоты);
- 4) судья сам не может инициировать судебный процесс;
- 5) судья должен быть беспристрастным при рассмотрении спора;
- 6) решение судьи является ретроспективным, поскольку относится к спору, возникшему в прошлом, и перспективным, поскольку создает норму на будущее.

Но так как суд не является законодателем, то сформулированная им норма относится только к сторонам, участвовавшим в процессе.

Фуллер стремится конкретизировать эти правила в смысле легитимности и моральности принимаемых решений. Надо отметить, что четкой границы между легитимностью и моральностью в его теории провести невозможно. Легитимность судебного решения Фуллером выводится из принципа назначения судей демократически избранными должностными лицами или лицом, а также из социальной полезности судебного способа разрешения конфликтов. При та-

ком понимании легитимность (моральность) относится к судопроизводству в целом. Что касается легитимности, а значит, и моральности каждого конкретного судебного решения, то дело тут обстоит гораздо сложнее. Прежде всего судья может принимать к рассмотрению только те споры, разрешение которых находится в его компетенции и которые уже фактически возникли. Судья не может давать оценку тому спору или конфликту, который, по мнению сторон, может возникнуть в будущем, так как судебное решение должно иметь ретроспективный характер. Но даже в том случае, если конфликт уже возник и его разрешение формально входит в компетенцию суда, последний отнюдь не всегда должен браться за это. Авторитет суда может поддерживаться только тогда, когда принятые им решения реально исполнимы. В этом случае моральность совпадает с эффективностью. Эффективность же может быть обеспечена только тогда, когда стороны представляют свои собственные интересы и не претендуют на представление интересов общества в целом. Фуллер полагает, – и этим он отличается от многих англоамериканских юристов, – что судья не может действовать как «политический представитель» и обращаться к решению вопросов, по которым существует глубокое разделение в обществе: это дело не суда, а законодательного органа, принимающего политические решения. Поэтому эффективность судебных решений, считает Фуллер, резко падает в периоды быстрых социальных изменений. Иными словами,

суд должен сторониться политики. Кроме того, суду следует избегать вмешательства в те споры, при разрешении которых сложно точно определить права и обязанности сторон: это, например, многие аспекты семейных отношений; совместной деятельности, когда стороны должны продолжать ее и после вынесения судебного решения в пользу одной из сторон; это так называемые «полицентрические» проблемы, которые вообще не могут быть разрешены правовым путем (определение избирательных округов, установление системы цен или места, которое занял спортсмен в соревновании, и т. п.).

Итак, авторитет суда связывается прежде всего с эффективным исполнением его решений, и во всех тех случаях, когда суд не имеет абсолютной убежденности в исполнимости его решения, он не должен принимать дело к своему рассмотрению. Схема эта носит, конечно, несколько абстрактный характер. Как отмечает сам Фуллер, она никогда полностью не осуществлялась.¹²¹

Подведем некоторые итоги. Ключевое понятие правовой теории Фуллера – правоотношение, или правовые процессы и процедуры: обычная практика, договорные отношения, законодательство (статутное право), судопроизводство, посреднический и управленческий процессы. В рамках этих процессов и процедур право создается, реализуется и изменяется. В широком социальном смысле они выступают

¹²¹ Ibid. P. 124.

как пути и средства достижения тех или иных целей, а в строго юридическом – как комплекс целей и средств, внутренне присущих праву.

Для того чтобы норма могла называться правовой, согласно Фуллеру, недостаточно ее эффективности в смысле достижения внешних социальных целей: уменьшения преступности, укрепления семьи и т. п. Должны обеспечиваться внутренние цели, присущие праву как таковому и отличающие его от прочих социальных норм. Например, внутренняя цель судопроизводства – обеспечение справедливого и равного участия сторон, интересы которых задеты. Все процедурные правила судопроизводства оправдываются только тогда, когда эта цель достигается. Внутренняя цель демократического законодательства – обеспечение самоуправления граждан через свободно избранных законодателей. Внутренняя цель договорного права, или контрактных правоотношений, – обеспечение свободы выбора и взаимности обязательств сторон. Все те правила, нормы и процедуры, которые обеспечивают достижение этих целей, также являются внутренними, сущностными характеристиками права. Они, по сути, конституируют ту или иную форму правоотношений. Внутренние цели права одновременно являются и моральными целями. Судейская справедливость, демократическое самоуправление, контрактная свобода – все это моральные ценности-цели.

На этой основе Фуллер разрабатывает концепцию леги-

тимности правового порядка. Наиболее распространенной точкой зрения является определение легитимности нормы через легитимность ее источника. По Фуллеру, что кажется совершенно справедливым, это имеет отношение только к статутному праву, легитимность которого в демократическом обществе определяется способом его принятия выборным законодательным органом. Вместе с тем закон – лишь одна из форм права и для Фуллера отнюдь не самая важная, а именно процесс законотворчества требует оценки и получает легитимность из принципов политической демократии. Иные формы права и правоотношений черпают свою легитимность из других источников. Контрактные отношения получают легитимность из их соответствия принципам свободы выбора и взаимности, судопроизводство легитимизируется принципом равного участия сторон и т. д.

Каждая разновидность правоотношений имеет свое собственное структурное единство, особый внутренний порядок. Судопроизводство предполагает трехсторонность, договор – обмен, демократический процесс законотворчества – голосование и систему подсчета голосов и т. д. Эти обязательные требования Фуллер называет «естественными законами», на основании которых упорядочиваются, организуются отношения между людьми.¹²² Каждой разновидности отношений соответствуют те или иные «естественные зако-

¹²² Fuller L. American Legal Philosophy. P. 476. ^mDworkin R. Taking Rights Seriously Oxford, 1976. P. 22.

ны». Все они имеют процедурный характер; по существу, они идентичны «внутренней моральности права» и отнюдь не обеспечивают в любом случае «хорошего» в социальном смысле результата (нормы права или акта применения права).

Итак, у Фуллера вопрос о том, каким же должно быть «хорошее право» в смысле его социально-политического содержания, остается открытым, вернее, он просто выводится за рамки рассмотрения. Возможно, это и верно с точки зрения формального правоведения. Ведь даже развитая правовая система отнюдь не всегда гарантирует «правильность» политических, социально-экономических и прочих решений. Могут ли оценки такого рода входить в задачу правоведения? Утвердительный ответ на этот вопрос может означать то, что юристы берут на себя непосильную ношу, подменяя собой философов, экономистов, социологов, политологов и практикующих политиков. Все это так. Но поиск критерия «хорошего» права продолжается и, видимо, будет продолжаться всегда.

В этом смысле показательна теория одного из ведущих современных англо-американских юристов Р. Дворкина. По своей концептуальной направленности он продолжает традиции индивидуалистического либерализма и в определенной степени естественно-правовой школы. Основной мишенью Дворкина является позитивизм, прежде всего в изложении Г. Харта. Не соглашается он во многом и с Л. Фул-

лером, полагая, что его требование «внутренней моральности права» не идет дальше постулирования инструментальных характеристик права. Отнюдь не отрицая их полезности, Дворкин стремится найти более глубокий критерий отличия права от неправа. В отличие от «коллективистских» теорий (позитивизма, нормативизма, солидаризма, некоторых разновидностей инструментализма и естественно-правовых теорий), правопонимание Дворкина строится на признании первенства фундаментальных субъективных прав человека по отношению к любым иным социальным благам. Право в его концепции должно выражать права и свободу каждого отдельного человека, а не права и свободу общества в целом. У Дворкина извечный конфликт между интересами общества и индивида выступает в «юридической» форме как конфликт между объективным и субъективным правом. Решается он в пользу последнего. Поэтому понимание права как системы властных норм, возлагающих обязательства на человека, совершенно неприемлемо для Дворкина. При таком понимании права, полагает он, начинает доминировать «общий интерес», подавляющий индивидуальные интересы. Дело в том, что позитивное право, как нечто внешнее по отношению к индивиду, несет представление об общем благе, а субъективные права – о благе каждого. Позитивное право в связи с этим должно оцениваться не только с точки зрения инструментальности, но должно подлежать моральной оценке. И именно фундаментальные субъек-

ективные права индивида выступают в качестве тех принципов-критериев, которые лежат «в основе морального измерения права с точки зрения справедливости». Ведущим оценочным принципом является у Дворкина право на равенство, или, в иной формулировке, «право на равное обращение и уважение».¹²³ Он считает, что это право аккумулирует все основные права человека, существует независимо от воли государства и не может им ни ограничиваться, ни отменяться. Права индивида не могут ограничиваться ссылками на интересы общества: фундаментальное субъективное право одного индивида может быть ограничено только фундаментальным субъективным правом другого. Так, ограничение свободы слова возможно, но не интересами общества в целом, а правом другого человека на защиту своей репутации. В одной из своих наиболее известных статей «Существует ли право на издание порнографии?» он пишет: «...если признать, что индивид имеет право на издание порнографии, то государство и его представители, неважно, по каким причинам, не могут нарушать этого права, даже если они убеждены, что это принесет пользу обществу».¹²⁴ В основе фундаментальных прав человека лежит идея человеческого достоинства и политического равенства.¹²⁵ Свобода

¹²³ Ibid. P. 11.

¹²⁴ *Dworkin R.* Is there a Right to Pornography // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1981.N1. P. 177.

¹²⁵ *Dworkin R.* Taking Rights Seriously. P. 199.

означает равенство и уважение каждого, поэтому она всегда индивидуальна. Общего права на свободу не существует и существовать не может. Фундаментальные права индивида по отношению к государству имеют обязывающий характер, ограничивают его и требуют обращаться с каждым, исходя из принципа политического равенства и человеческого достоинства. Они являются нормами прямого действия. Если такое субъективное право не получает подтверждения в законе государства, индивид получает право «следовать своей совести», т. е. непосредственно руководствоваться своим субъективным правом. Если же закон прямо нарушает фундаментальные субъективные права, то граждане получают моральное право не следовать ему, даже если он имеет в виду общее благо.¹²⁶ Такой закон не является правовым и должен быть отменен.

По отношению ко всей правовой системе фундаментальные права выступают в качестве констатирующих принципов. Дворкин не отказывается полностью от позитивистского понимания права как системы эксплицитных властных норм, рассматривая их как реальный факт. Однако общее понятие права должно охватывать и нормы, и принципы права. Принципы отличаются от норм характером дискреционности, они не указывают на конкретное должное поведение, а предлагают различные его варианты в заданных ими рамках, т. е. они несут субстанциональную нагрузку. В случае

¹²⁶ Ibid. P. 135.

конфликта между нормой и принципом преимущество отдается последнему.¹²⁷ Сами же принципы, или фундаментальные права, могут находиться в конфликте. Поэтому Дворкин не соглашается с Роулсом, определяющим справедливость через правильность, т. е. субстанциональную справедливость через процессуальную. Возражения Дворкина звучат вполне логично: «Большинство политических философов и, я думаю, большинство людей занимают промежуточную позицию, полагая, что справедливость и правильность в определенной степени независимы друг от друга, поэтому справедливые институты могут принимать неправильные решения, и наоборот».¹²⁸ Зедь если в процессе самых справедливых процедур будут приняты решения, нарушающие принципы свободы и равных возможностей, то и сами эти решения будут несправедливы. В качестве примера Дворкин приводит известный демократический способ принятия решений большинством голосов. Большинство, как известно, далеко не всегда бывает правым и поступает справедливо по отношению к меньшинству».¹²⁹

При целостном понимании права, т. е. в единстве его принципов и норм, должны приниматься в расчет процессуальные и субстанциональные аспекты справедливости. В субстанциональной справедливости выражается принцип

¹²⁷ Ibid. P. 25–26.

¹²⁸ Dworkin R. Law's Empire. London, 1986. P. 177.

¹²⁹ Ibid. P. 180.

нерушимости фундаментальных прав. Их необходимо отличать от юридических субъективных прав и обязанностей, которые устанавливаются государством и могут быть им отменены или изменены, они проистекают из «предшествующих политических решений».¹³⁰ Фундаментальные права со своей стороны имеют приоритет по отношению ко всем политическим решениям как имеющим в виду цель общества в целом.¹³¹ Иными словами, право, понимаемое как субъективные права человека, имеет преимущество перед политикой, в каких бы формах она себя ни выражала.

Итак, субстанциональная справедливость или несправедливость – это вопрос качества принимаемых решений. Процессуальная справедливость имеет отношение к организации политической системы, ее структуре и принципам функционирования. Применительно к деятельности судов она выражается в требовании должной судебной процедуры. Теория права Дворкина требует совпадения всех аспектов справедливости, что в конечном счете дает моральную взаимосвязанность и целостность всей правовой системе. Правовая система, отличающаяся целостностью, во-первых, легитимирует политическую власть, оправдывает применение ею принуждения в необходимых случаях. Во-вторых, когда принципы субстанциональной и процедурной справедливости реализуются в правовой системе, повышается ее эффектив-

¹³⁰ Ibid. P. 93.

¹³¹ Dworkin R. Taking Rights Seriously. P. 352–358.

ность и эффективность политической системы. Дворкин пишет, что «если люди управляются не только эксплицитными правилами, утвержденными предшествующими политическими решениями, но и нормами, проистекающими из принципов, на основании которых эти решения принимались... тогда люди способны определить то, что эти принципы могут потребовать от них в новых обстоятельствах, не нуждаясь при этом в наличии детального законодательства или судебного решения». ¹³²

Иными словами, целостная система права связана прежде всего с развитой политической и правовой культурой общества, с укорененностью в ней, – как среди правящих, так и управляемых, – принципов свободы, равенства, человеческого достоинства.

Право должно ограничивать и упорядочивать деятельность государства. «Правительства, – пишет Дворкин, – всегда имеют в виду достижение тех или иных целей: они стремятся сделать народ, которым управляют, процветающим или могучим, религиозным или выдающимся, но также они имеют цель удержаться у власти. Для достижения этих или иных целей они используют совокупную силу общества, которую монополизировали. В наиболее глубоком смысле право во всех своих проявлениях, вся правовая система (legal practice) должны направлять и ограничивать силу государства. Право настаивает на том, что сила не может исполь-

¹³² Dworkin R. Law's Empire. P. 186.

зоваться в зависимости от нужности, полезности и благородства целей, которые она перед собой ставит, а лишь в соответствии с принципом нерушимости субъективных прав и обязанностей, вытекающих из предшествующих политических решений о том, когда применение совокупной силы оправдано». ¹³³ Итак, государственное принуждение оправдано только тогда, когда оно совершается в соответствии с позитивным статутным правом (предшествующими политическими решениями), но последнее, в свою очередь, оправдано только тогда, когда сочетает в себе требования субстанциональной и процессуальной справедливости.

Позитивное право (статуты) должно подлежать тесту на справедливость. В связи с этим резко повышается роль суда в целостной правовой системе. Дворкин в общем придерживается традиционной для системы общего права позиции: «Право есть то, на что укажут судьи». ¹³⁴ Но дело здесь не только, даже не столько в традиционализме. При целостном понимании права фигура судьи становится решающей, ибо в конечном счете именно суд обеспечивает жизнь «империи права». Перед судьей, решающим спор, всегда в той или иной форме встают три вопроса: вопрос факта, вопрос права и вопрос «политической моральности», т. е., «что случилось», «какая норма уместна по отношению к этому фак-

¹³³ Ibid. P. 93.

¹³⁴ Ibid. P. 2.

ту» и, что самое главное, «справедливы ли ее требования». ¹³⁵

Судьи, по Дворкину, должны иметь достаточно широкую свободу при принятии решений, но отнюдь не безграничную, ибо правильным может быть только одно решение. Привести судью к этому единственно верному решению может не столько норма позитивного права, сколько следование принципам права, субстанциональной справедливости. При появлении коллизии судья всегда должен отдавать предпочтение свободе и правам человека. «Идея индивидуальных прав... это знак зодиака, под которым родился каждый американец». ¹³⁶

В отличие от Фуллера, Дворкин считает, что судьи – это политические актеры. Судья должен и может вмешиваться в политические вопросы, а при вынесении решений по конкретным делам учитывать их политические аспекты. Но речь идет не о текущей политике, не о колебаниях политического курса или личных политических симпатиях или антипатиях судьи. Судья – не просто политический актер, он актер в либерально-демократической политико-правовой системе. Его задача толковать, тестировать закон с точки зрения политической моральности, т. е. исходя из требования равенства и человеческого достоинства. Судья должен вдохнуть таким образом понимаемую политическую мораль в безжизненные правовые тексты, подвергая их двойному

¹³⁵ Ibid. P. 3.

¹³⁶ Ibid. P. 32.

тесту на субстанциональную и процессуальную справедливость. Это требует от судьи соответствующей политико-правовой культуры, он должен четко представлять себе систему фундаментальных прав личности, которая должна поддерживаться и охраняться справедливым государством. Сама по себе судебная власть легитимируется, и ее существование оправдывается защитой прав человека. В результате такой деятельности суда вся правовая система приобретает черты рациональности и справедливости. Так демократия обогащается «еще одним независимым форумом принципов... где индивидуальные права личности – главный критерий справедливости, независимо от общественной пользы». ¹³⁷

Подведем некоторые предварительные итоги. Англо-американская теория (и философия) права интересна прежде всего тем, что в ней рельефно отражается двойственность права. Говоря словами Фуллера, – права имплицитного и права сделанного. Если первая разновидность норм в большей степени присуща сфере частного права, то вторая – сфере публичного права (хотя в самом общем праве такого деления формально не проводится). Здесь проявляется двойственность и самой концепции правления права. В зародыше она видна уже у Аристотеля в различении распределяющей и уравнивающей справедливости. Вспомним формулировку Аристотеля: «Итак, кто требует, чтобы властвовал за-

¹³⁷ *Dworkin R. The Matter of Principle. Cambridge, 1985. P. 31.*

кон, по-видимому, требует, чтобы властвовало только божество и разум, а те, кто требуют, чтобы властвовал человек, приносят в это и животное начало, ибо страсти есть нечто животное, и гнев совращает с истинного пути правителей, хотя бы они и были наилучшими людьми, закон – это свободный от безотчетных порывов разум» (Политика, 1287 а 30). Конечно, у Аристотеля не могло быть четкого представления о публичном и частном праве: ничего частного в собственном смысле греческая античная классика не признавала. Но у Аристотеля, а до него и у Платона, ясно выражена мысль о том, что закон может быть способом и формой властвования одного человека над другим. И если Платон для этой цели и использует закон в своих утопиях, то Аристотель стремится избежать зла, полагая, что закон должен быть освобожден от страстей. Эта идея Аристотеля воспринята современной теорией права, например Разом, полагающим, что концепция правления права по существу негативна и означает не более чем стремление избежать того зла, которое содержится в праве (законе) как таковом.¹³⁸ Но Раз делает упор только на одну сторону проблемы, заключающуюся в слове «правление», а не в слове «право». Инструменталисты озабочены прежде всего обеспечением эффективности политического правления. За спиной нормы права презюмируется правящая персона с определенными целями и интересами, которые она может реализовать с помо-

¹³⁸ Raz J. The Authority of Law. Cambridge, 1979. P. 224.

щью закона. Но ведь упор можно сделать и на слово «право» в субстанциональном, а не только инструментальном смысле. Ведь право может и должно быть понято не только и не столько как инструментальная ценность, право имеет собственную внутреннюю природу. И проявляется эта природа именно в сфере частного права. В отраслях частного права наиболее непосредственно проявляются особенности правового порядка. Публичное же право предохраняет (или должно предохранять) специфическую природу частного права. И, таким образом, оно производно от частного права и должно отражать его сущностные начала.

Эта точка зрения рельефно выражена Ф. Хайеком: правление права реализуется в системе частного права и несовместимо с авторитарным распределительным вмешательством. Дело не в том, что частное право более привилегировано, просто в нем в наибольшей степени проявляется не инструментальный, а субстанциональный аспект права. Публичное право настолько право, насколько оно воспринимает принципы, естественно сложившиеся в сфере частного права, где «закон, как разум без страстей» единственно возможный вариант закона. Споры между сторонами в частноправовых отношениях могут решаться только путем обращения к третьей незаинтересованной и беспристрастной стороне с тем, чтобы она определила право, применяя соответствующие нормы и принципы. Судья в гражданском процессе, стремясь быть справедливым, должен воздерживаться

от понимания справедливости как справедливости распределительной. Это означает, например, что судья, рассматривая спор о возмещении причиненного ущерба, оценивает только факты, имеющие непосредственное отношение к делу, и не выясняет факты, имеющие отношение к сторонам спора. Его не должны интересовать несправедливости, причиненные сторонами друг другу в прошлом, их «моральный облик», социальное положение и т. д. Именно в этом случае в чистом виде проявляется принцип равенства перед законом (нормой права) и судом и подходит образ Фемиды с завязанными глазами: она не видит персональных качеств сторон, она лишь взвешивает факты. В сфере же публичного права, уголовного прежде всего, глаза у Фемиды открыты: она должна видеть и того, кто совершил преступление, и того, против кого преступление совершено.

Право в сфере гражданского общества не может быть вторичным по отношению к какому-то внешнему идеалу, оно содержит в себе самом свой собственный идеал, поэтому оно может быть понято из самого себя. Право имеет свой собственный критерий справедливости, требующей определенной формы. Многие современные концепции привносят в право то или иное содержание справедливости, путая его с произвольно навязанной праву целью. Если нам желательно что-либо, то право должно способствовать этому: справедливому распределению, переустройству общества, максимализации свободы и т. д. Собственно, это платоновский

подход. Односторонность его в наибольшей степени проявляется в позитивизме, отрицающем как субстанциональную, так и нередко инструментальную ценность права. Сущностная и формальная стороны в праве сливаются, и его формальные характеристики выдаются за сущностные. В этом случае закон может иметь любое содержание, преследовать любую цель, а норма права неизбежно будет оцениваться по эффективности санкции, вложенной в нее. С точки зрения позитивизма правление права не может быть идеалом, мы получаем его в любом случае совпадения с требованиями формальной законности. Правление права – не идеал и не ценность, а факт позитивной реальности: существующее существует и не более того. Инструментализм, в свою очередь, требует, чтобы содержание «входило» в определенные, заранее заданные рамки. Но если рассматривать принципы правления права как идеал в инструменталистском духе, то он будет представлять собой лишь одну из ценностей, которыми может обладать право, и, таким образом, всегда соотноситься с другими ценностями. Само право ценно постольку, поскольку оно способствует достижению тех целей, которые ставит перед ним какая-то внешняя сила. Правление права сводится к полезности и эффективности закона с точки зрения регулирования общественных отношений в том или ином духе. Даже Фуллер, хотя он и вводит понятие внутренней моральности права, по существу, остается на инструменталистских позициях. Надо сказать, что такое понимание

права вполне практично, но только тогда, когда опасность вмешательства политики в право не является особенно актуальной.

Любая правовая концепция так или иначе, прямо или косвенно, соотносится с определенной политической теорией или же, точнее, с политической реальностью. Инструменталистские теории, или инструменталистское правопонимание всегда чревато подчинением права политике, политизацией, огосударствлением права. Поскольку право служит достижению внешних целей посредством использования государственной монополии на принуждение, постольку оно не может не ассоциироваться с интересами тех групп, которые обладают этой властью. Они стремятся превратить свои политические, экономические и прочие пристрастия в обязательные для всех правовые нормы. Если мы соединим инструменталистский позитивизм с марксизмом, то придем к классовому пониманию права. Тогда, будучи логичными, мы, совершенно без всяких усилий над собой, должны признать идею правления права полной бессмыслицей: правит всегда сильнейший, используя при этом, кроме всего прочего, и общеобязательные нормы, выражающие его корыстный интерес. Поэтому на повестку дня ставится не борьба за право, а борьба против тех, чьи интересы в праве выражены, а заодно и против права как средства принуждения. Возможен, конечно, и другой вариант, если такое правопонимание соединяется с либерально-демократической политической куль-

турой и соответствующими политическими теориями. Но в любом случае право оказывается вторичным по отношению к политике, по крайней мере в теоретическом плане. И надо сказать, что это неизбежно, если объектом исследования будет оставаться публичное или «сделанное» государством право. Если мы обратимся к праву частному, то получим несколько иную картину.

Вернемся к Аристотелю. Его понимание справедливости как уравнивающей и распределяющей привносит в право специфическое содержание, которое соотносится с особенностями тех отношений, которые порождают его и которые оно призвано регулировать. В общем виде в сфере частного права разворачивается и актуализируется уравнивающая справедливость, а в сфере публичного – распределяющая, всегда чреватая произволом «страстей», ее распределяющих. В сфере распределяющей справедливости политику и право развести невозможно, и очень часто в этой сфере господствуют политические, а не правовые средства и формы. Определение и конкретизация принципов распределения не могут быть свободными от особенностей соотношения сил, симпатий, стремлений, интересов, т. е. всего того, что характерно для политического процесса. Это отнюдь не означает, что нормы публичного права выступают не иначе как средства политики. Вернее – признать, что в различные периоды истории тех или иных обществ в сфере публичного права доминировала политика над правом или стра-

сти над разумом. Развитие же права идет как раз наоборот: элементы права привносятся в политику, упорядочивая ее. Если же мы примем противоположную точку зрения, то тогда право – это не более чем способ осуществления власти, в том числе и тиранической: закон облегчает жизнь тирана, позволяя ему не отвлекаться по каждому пустяку, а опираться не на некие общие нормы. Другое дело в том, что тираны, как правило, любят отвлекаться по пустякам: капризная воля тирана не приемлет общих норм.

Чтобы понять, какими качествами должны обладать нормы публичного права, надо обратиться к частному праву, где в наиболее чистом виде проявляются сущностные черты права. В частноправовых отношениях не может содержаться каких-то внешних целей, которые вообще несовместимы с сутью и структурой уравнивающей справедливости, ибо они нарушают изначальное равенство сторон. Частное право можно рассматривать как систему норм, сложившуюся в результате детализации содержания конкретного отношения, адекватного уравнивающей справедливости. Это нормы, которые делают внешне выраженными принципы, имплицитно содержащиеся в частноправовом отношении, т. е. принципы юридической свободы и юридического равенства сторон. И именно эти принципы чаще всего нарушаются в публичной сфере, в сфере государственного закона. Эта проблема особенно актуальна для тех правовых систем, где государственный закон традиционно признает-

ся основным источником права. Здесь проблема правления права из чисто юридической (или почти чисто юридической) превращается в политико-правовую.

§ 3. Правление права как социально-политическая теория

Правление права (по Аристотелю) выступает как совершенный способ существования самодостаточной общности – полиса, как господство в человеческих отношениях разума, а не страстей. В Новое время, у Локка и Монтескье в особенности, правление права соотносилось с определенной системой государственных институтов, с конституциональными способами ограничения государства. В чем-то взгляд Аристотеля более широк: он касается общественной жизни в целом как жизни упорядоченной, стабильной, в конечном счете правовой. Однако право для него – это способ защиты человека от человека, право ограждает каждого от проявления страстей другого. Поэтому людям, обладающим специфическими качествами, среднему классу, например, законы и не особенно нужны. Они и так строят свои отношения не на основе страстей, а на основе разума. Надо сказать, что Аристотель совершенно прав, но не потому, что средний класс не нуждается в законе, а потому, что он особенно нуждается в нем. Именно средний класс является носителем идеи права как предсказуемости, стабильно-

сти, правильной упорядоченности жизни, он стремится жить по праву. Но тот же средний класс может отказаться от свободы или какой-то ее доли в пользу порядка и стабильности. Впрочем, Аристотеля проблема свободы в таком понимании заинтересовать еще не могла.

В Новое время смысл концепции правления права заключался прежде всего в поисках средств защиты общества от государства, в определении той сферы человеческой жизни, которая свободна от государственного контроля, т. е. частной жизни, или, иными словами, обеспечить защиту частного права от публичного. Строго говоря, правление права отнюдь не связывалось с демократическим политическим устройством или же связывалось в той степени, в какой демократия совместима с либерализмом, с принципом ограниченного государства. Демократия как участие народа в управлении в этом случае носит комплементарный характер и должна ограничиваться в не меньшей степени, чем иные формы государства. Иной точки зрения придерживался, как известно, Ж.-Ж. Руссо, который политическую свободу (понимая ее как участие в управлении) превратил даже не в обязанность, а в основную человеческую черту. Собственно, в этом и есть главное различие между тоталитарной и либеральной демократией. Весьма показательно отношение этих двух концепций к роли суда. В системе Руссо, где доминирует общая воля, места суду не находится: частная воля, по определению, не может противопоставлять себя

общей воле. Локк и Монтескье видели задачу суда в защите частного интереса от любого вмешательства, прежде всего со стороны государства и его агентов. И сам суд должен следовать при этом определенной процедуре, не позволяющей ему произвольно вмешиваться в частную жизнь людей.

Теории Д. Локка и Ш. Л. Монтескье отличны от взглядов Аристотеля и тем, что они должны были учитывать реальное наличие феномена, не известного Аристотелю, – суверенную власть государства. У Аристотеля роль права заключается в упорядочении процесса распределения и восстановления справедливости в случае ее нарушения по отношению к каждому гражданину. Такого рода правовой процесс пронизывал всю жизнь полиса и непосредственно связывался с деятельностью полисных должностных лиц (воспринимаемых не абстрактно, как деперсонифицированная сила, а вполне конкретно, как человеческие существа, обладающие страстями и разумом). Поэтому требование правления закона как правления разума относилось к ним как к людям, а не как к должностным лицам. В Новое время эта идея преобразуется в принцип защиты граждан от государства, понимаемого в качестве абстрактной властной силы, представляющей угрозу для индивидуальной свободы и нерушимости частной жизни.

В XIX в. эта традиция была подхвачена Б. Констаном, А. Токвилем, Дж. Миллем. Иными словами, она развивалась вне классического правоведения, скорее в рамках об-

щей политической и социологической науки. В XIX в. в чисто юридическом духе ее попытался изложить А. Дайси. Собственно, он и начал использовать термин «правление права»¹³⁹ как понятие конституционного права. Правда, в его версии «правление права» предстает в формализованном и традиционалистском виде. В термин «правление права» он вкладывал три значения. Во-первых, это отсутствие государственного произвола: «...никто не может быть наказан и поплатиться лично или своим состоянием иначе, как за определенное нарушение закона, доказанное обычным законным способом перед обыкновенными судами страны»¹⁴⁰ (в общем, эта парафраза ст. 39 Великой Хартии Вольностей). Во-вторых, равенство перед законом и судом: «...всякий человек, каково бы ни было его звание или положение, подчиняется обыкновенным законам государства и подлежит юрисдикции обыкновенных судов».¹⁴¹ Наконец, в-третьих, и это очень важно для последующего изложения, английская конституция, основанная на принципе правления права, сложилась постепенно, как результат многочисленных судебных решений, «определяющих права частных лиц в отдельных случаях». Поэтому английская конституция как бы не зависит от воли людей, она теснейшим образом связана с каждо-

¹³⁹ Дайси А. В. Основы государственного права Англии. М., 1907. – В русском издании термин «the Rule of Law» переводится как «господство права».

¹⁴⁰ Там же. С. 212–223.

¹⁴¹ Там же. С. 220.

дневной жизнью народа и не является результатом законодательства в обычном смысле этого слова, «английская конституция не была утверждена, но выросла».¹⁴² Дайси находит истоки конституции в ранней истории, и в чисто английском духе ее авторитетность выводит из ее древности. Сам феномен правления права развивался, по его мнению, судами общего права, создавшими соответствующую правовую систему, принципиально отличную от правовых систем стран континентальной Европы – Франции, Греции, Швейцарии. Приверженность принципам правления права у Дайси превращается в английскую национальную черту, присущую только англичанам, и никому более.

В XX в. эту идею Дайси развил Ф. Хайек. Австрийца по происхождению и образованию, но прожившего многие годы в Англии и США, легко можно было бы отнести к англофилам, однако это было бы большим упрощением. Скорее история Англии и США предоставляла Хайеку многочисленные факты для иллюстрации его экономических, социально-политических, философских и правовых взглядов.

Либертариистские теории были инициированы как установлением тоталитарных режимов в ряде стран, так и в гораздо большей степени растущим вмешательством государства в экономику и социальную жизнь развитых стран. Несомненным лидером либертаризма является Ф. Хайек, посвятивший почти всю свою долгую жизнь защите сво-

¹⁴² Там же. С. 223.

боды в ее классическом либеральном, негативном понимании – как свободы от вмешательства государства в частную жизнь, в жизнь гражданского общества. Свобода приобретает у Хайека тотальное значение. Она для него не просто одна из ценностей, она источник и условие всех ценностей, взятых вместе и порознь. Он называет себя «неисправимым старым вигом»¹⁴³ и подтверждает это даже названиями своих основных работ: «Конституция свободы», «Право, закон, свобода»,¹⁴⁴ «Дорога к рабству».¹⁴⁵

То, что Хайек сделал свободу в различных ее проявлениях основным объектом исследования, объясняется не только его политическими и экономическими пристрастиями. Свобода индивида имеет у него достаточно широкое философское обоснование. Как уже указывалось выше, он выделяет две европейские традиции в понимании свободы, связывая их с двумя эпистемологическими подходами: французским и английским. Первая традиция своими корнями уходит к Платону, получает вторую жизнь у французских просветителей и, наконец, полную реализацию у Гегеля и Маркса. Эту традицию Хайек называет картезианским, или конструктивистским, рационализмом, который отличается преклонением перед человеческим разумом, и приписывает ему неограниченные возможности. Так как все люди обладают

¹⁴³ Hayek FA. The Constitution of Liberty. Chicago, 1960. P. 409.

¹⁴⁴ Hayek FA. Law, Legislation and Liberty. 3 vs. Chicago, 1973.

¹⁴⁵ См.: Вопросы философии. 1990. № 10–12; Новый мир. 1991. № 7–8.

разумом в равной степени, то все они могут познать закономерности социальной и природной жизни и управлять ими посредством разума. Если дело обстоит так, а не иначе, то и все положительные изменения в обществе – результат приложения человеческого разума или рационального планирования. Поэтому возможно и желательно, чтобы люди направляли развитие общества к рациональным целям. По той же причине те или иные институты заслуживают одобрения постольку, поскольку они созданы в соответствии с предварительным планом и их деятельность приводит к соответствующему результату. Все неразумные, нерациональные, «непланово» появившиеся традиции, убеждения и т. д. должны быть отброшены.¹⁴⁶

Так описывает Хайек суть картезианского подхода, или конструктивистского рационализма. В данном случае для нас не столь важно, насколько точен Хайек в реконструкции чужих идей; важен вывод, который он делает. Чтобы социальное планирование было успешным, политическая власть должна иметь дискреционные полномочия по организации и планированию всей социальной активности. Поскольку результат свободных действий человека непредсказуем и является помехой для рационального планирования, то и его свобода должна быть ограничена: государство не может признать существование автономной сферы, в которой

¹⁴⁶ Hayek FA. 1) *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. Chicago, 1967. P. 92–94; 2) *The Constitution of Liberty*. P. 57–59.

индивид принимает свое свободное и окончательное решение, преследуя свои личные интересы и желания.¹⁴⁷ Таким образом, получается, что восхищение человеческим разумом (а надо признать, иногда он дает основания для этого) в конечном счете ведет если не прямо к тоталитаризму, то уж, во всяком случае, к какой-то разновидности коллективизма, а значит, к этатизму. Хайек такую перспективу не приемлет. Он становится защитником и пропагандистом той традиции, которую называет английской или антирационализмом, а позднее – критическим рационализмом. Английская традиция связывается им с именами Аристотеля, Цицерона, Фомы Аквинского, затем И. Канта, А. Токвиля, лорда Актона и, наконец, К. Поппера, который и ввел в научный оборот понятие «критический рационализм».¹⁴⁸

Критический рационализм противостоит картезианскому по всем основным направлениям. Индивидуальный разум несовершенен и ограничен в своих возможностях. Фактически его роль в поступках человека невелика: человек лишь частично рационален. Да и сам разум не является своим господином, поэтому попытки контролировать социальные процессы посредством разума могут иметь лишь весьма ограниченный успех. Человек способен предвидеть лишь непосредственные результаты своих действий, но отнюдь

¹⁴⁷ Hayek FA Individualism and Economic Order. Chicago, 1948. P. 18–19.

¹⁴⁸ Hayek FA. Studies in Philosophy... P. 94–95.

не их общественные последствия.¹⁴⁹ В связи с этим упорядоченность, которую мы наблюдаем в делах человеческих, по большей части является результатом не целенаправленного планирования, а спонтанных индивидуальных действий. Так, в результате этих действий создается и та среда, в которой и под воздействием которой развивается и сам разум. Разум может лишь способствовать улучшению, корректировке спонтанно сложившихся социальных институтов. Вообще цивилизация, по мнению Хайека, развивается путем проб и ошибок, поэтому столь многое в человеческом обществе кажется непознаваемым и иррациональным.¹⁵⁰ Хайек призывает обращаться с разумом очень осторожно – он схож со взрывчатым веществом: может принести пользу, а может и взорвать весь мир.¹⁵¹

Исходя из этого следует признать, что ни один человек или группа людей не могут знать всего необходимого для сознательного целенаправленного социального планирования. Отсюда – политический вывод: роль государства должна быть ограничена. Оно не может брать на себя всей ответственности за состояние жизни общества. Поскольку государство все же стремится к этому, роль права заключается, во-первых, в том, чтобы ограничить возможности государственного принуждения, во-вторых, чтобы обеспечить каж-

¹⁴⁹ Hayek FA. Individualism and Economic Order. P. 6–13.

¹⁵⁰ Ibid. P. 19–22.

¹⁵¹ Hayek FA. Studies in Philosophy... P. 94.

дому индивиду гарантированную сферу жизни, в рамках которой он может использовать пусть ограниченные, но собственные познания и возможности и по своему усмотрению, ради удовлетворения частого интереса.

Такое состояние общества, согласно Хайеку, является правовой свободой, или по крайней мере одной из сторон правовой свободы, обеспечивающей спонтанность развития общества.¹⁵²

Итак, Хайек пытается восстановить традицию критического рационализма (идушую, по его мнению, от Аристотеля) и, кажется, трактует ее весьма вольно. Строго говоря, Платон и Аристотель гораздо ближе друг к другу, чем соответственно к Р. Декарту и Д. Юму. Да и вообще отношение Аристотеля к человеческому разуму было более «уважительным», нежели это представляет Хайек. А Монтескье он почему-то исключает из перечня картезианцев и с большим одобрением относится к нему как к защитнику свободы, хотя Монтескье преклонялся перед разумом человека не менее других французских просветителей. В общем, Хайек создает собственную доктрину либерализма, обращаясь к классикам постольку, поскольку это необходимо для подтверждения его взглядов. Так, и Юм, и Кант рассматривали принципы сознания как нечто стабильное, константное и, таким образом, гарантирующее униформность, универсальность и постоянство человеческой природы. Для Хайека же разум –

¹⁵² Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 133–175.

элемент исторического процесса. Разум не может контролировать исторический процесс, но не может быть и независим по отношению к нему. Разум погружен в этот процесс и развивается вместе с ним, в ходе взаимодействия множества индивидов с различными знаниями и мнениями. Конкретный результат этого взаимодействия предсказать невозможно, но есть основания, полагает Хайек, сделать вывод о наличии неких надындивидуальных сил, направляющих этот процесс.

Чтобы определить эти силы, Хайек следует своей собственной традиции «двойственности»: два понимания свободы, две эпистемологии и соответственно две школы историзма. Первую – немецкую историческую школу XIX в. – Хайек критикует за «антитеоретический» уклон, но соглашается с ее основным выводом: социальные институты являются результатом не сознательного планирования, а взаимодействия индивидов в ходе исторического процесса. На наш взгляд, Хайек неоправданно «социологизирует» немецкую историческую школу. Обращаясь к «теоретическому историзму» Гегеля и Маркса, рассматривавших историю как целостность, проходящую определенные стадии развития и подчиняющуюся определенным познаваемым законам, Хайек соглашается с тем, что в своих специфических проявлениях человеческий разум детерминирован историческими особенностями. Однако он отрицает возможность

познания исторических законов.¹⁵³ Согласен Хайек и с тем, что в различные эпохи люди разделяют различные мнения, но не согласен с тем, что существуют «привилегированные» эпохи, когда люди, наконец, окончательно познают законы исторического развития.¹⁵⁴

Концепция самого Хайека близка к кантианству, хотя со значительными отличиями. Он признает существование некоторых универсальных категорий сознания – это свойство, присущее человеку: «...признавая что-либо как разум, мы признаем одновременно, что это сходно с нашим собственным разумом».¹⁵⁵ Вместе с тем разум и его категориальный аппарат могут варьироваться в соответствии с опытом индивида или группы, с которой он идентифицируется (т. е. он отрицает тезис Канта об априорности идей). Категориальный аппарат разума формируется условиями, преобладающими в среде жизни носителя разума.¹⁵⁶ Те стимулы, которые индивид получает из среды, формируют соответственно и структуру его сознания. Но, поскольку на людей воздействуют хотя и не идентичные, но сходные факторы, классификационные категории, варьируясь в зависимости от конкретных обстоятельств, сохраняют свою прин-

¹⁵³ Hayek FA. The Counter-Revolution of Science. Glencoe, 1955. P. 64–65.

¹⁵⁴ Ibid. P. 65–66, 77–78.

¹⁵⁵ Ibid. P. 78.

¹⁵⁶ Hayek FA. Sensory Order: an Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology. Chicago, 1963.

ципиальную универсальность. Хайек пишет об имплицитных правилах, которые приобретаются вместе с овладением языком.¹⁵⁷ Способность мыслить – не природная способность. Это культурное наследие, передаваемое не биологически, но путем примера и обучения. Этот тезис очень важен для Хайека как исходный для всей его социальной философии. Разум, а значит, и сам человек, развивается и функционирует в рамках таких институтов, как мораль, право, язык,¹⁵⁸ но сам не может планировать и прогнозировать их развитие. И если мы хотим создать условия для развития разума, то мы должны ограничить его самого с тем, чтобы сохранить среду, в которой только он и может развиваться, т. е. свободу.

Итак, свобода оказывается единственно возможной средой, в которой человек может развиваться как разумное существо. Но анархизм чужд Хайеку не в меньшей степени, чем тоталитаризм.

Не просто свобода, а правовая свобода – вот идеал Хайека. Он твердо стоит на позициях либерализма: Дж. Локк, Д. Юм, Дж. С. Милль, А. Токвиль – наиболее любимые и часто цитируемые им мыслители. Вторя им, Хайек утверждает, что свободу невозможно иметь в какой-то степени: свобода либо есть, либо ее нет. Она существует как всеобщий принцип. Вместе с тем свобода приобретает ценность толь-

¹⁵⁷ Hayek FA. Studies in Philosophy... P. 161.

¹⁵⁸ Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 69. ¹⁰³Ibid. P. 11.

ко тогда, когда является правовой свободой. Цицероновское «мы должны подчиняться закону, чтобы быть свободными», очень близко Хайеку. Правовая свобода предполагает ограничения метаюридической неправовой свободы и означает такие условия жизни общества, когда принуждение одних по отношению к другим сведено до минимума. Но означает ли это, что свобода субординируется по отношению к праву? В формальном смысле это действительно так, однако в субстанциональном аспекте право производно от свободы. Во-первых, право защищает свободу, и поэтому оно может рассматриваться как средство ее обеспечения. Хайек считает, что законы предназначены для защиты частной сферы жизни.¹⁵⁹ Вместе с тем утилитаристский, инструментальный подход к праву чужд ему. Право не имеет в виду достижение каких-либо конкретных целей: цель права глобальна – защита свободы как таковой. Во-вторых, право предусматривает необходимые рамки реализации свободы (что, кстати говоря, связано с ограниченностью и несовершенством человеческих знаний, в том числе о свободе), но при этом не подавляет, а расширяет, максимализирует ее. В подтверждение этой мысли он цитирует высказывание Локка о соотношении свободы и права и полагает, что это одна из величайших традиций человечества, идущая от греков и Цицерона к классическому либерализму. Право – это порядок свободы, упорядоченная свобода. Посредством права свобо-

¹⁵⁹ Ibid. P. 220.

да транслируется в конкретные юридические права и свободы. Право поэтому – условие и основание свободы, а свобода – цель права. Но позитивное право не в любом случае готово исполнить эту функцию. Закон как воля правителя (государства) склонен скорее уничтожить свободу, а не расширять ее. Право же, складывающееся спонтанно, как и весь социальный порядок, свободе угрожать не может по определению. Закон же, созданный людьми, использующими свой несовершенный, ограниченный разум, угрожает свободе.

Немецкий термин «*Rechtsstaat*» и английский «*the Rule of Law*» Хайек нередко использует как синонимы. Но вместе с тем он неоднократно указывает, что формальная концепция правового государства приводит к пренебрежению свободой, и его симпатии остаются на стороне английского варианта «правления права, а не людей». Именно правление права,¹⁶⁰ отличное от правления людей, он считает главной чертой свободного государства. «Человек свободен, если он должен подчиняться не другому человеку, но закону»,¹⁶¹ – выделяет Хайек Кантову мысль. И хотя Хайек упоминает в своих работах многочисленных сторонников этой идеи, он полагает, что широко разрабатываться она начала лишь в либеральную эру и своим непосредственным предшествен-

¹⁶⁰ В русском издании книги «Дорога к рабству» термин «*the Rule of Law*» переводится как «правозаконие» (см.: Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 128 и др.).

¹⁶¹ Там же.

ником считает В. Дэйси.¹⁶² Однако для него принципы правления права означают гораздо больше, чем просто принципы конституционализма, или связанность государства принимаемыми им законами. Проблема состоит в том, полагает Хайек, что сами по себе понятия свободы и права употребляются произвольно, и смысл их туманен.¹⁶³ Чтобы внести ясность, Хайек обращается к подробному анализу концепции правления права.

Правление права он определяет как политический идеал. Рассуждения его строятся следующим образом. Существует метаюридическая свобода, из которой произрастают права человека. Значит, существует и метаюридическое право, принципы которого и должны определять законотворчество. «Принципы правления права, ограничивающие власть государства... сами по себе не могут быть правом, а существуют лишь как руководящие начала, как свойства хорошего закона».¹⁶⁴ Итак, принципы правления права это метаюридические принципы хорошего позитивного закона. В «Конституции свободы» он пишет еще определеннее: «Правление права – это доктрина о том, каким право должно быть, она касается тех свойств, которыми отдельные законы должны обладать... Это не нормы права, но нормы, касающиеся того, каким право должно быть. Это метаюридическая

¹⁶² Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 203–204, 240–242.

¹⁶³ Hayek FA. Law, Legislation and Liberty. Vol. I. P. 62.

¹⁶⁴ Hayek FA. The Political Ideal of the Rule of Law. Cairo, 1955. P. 22–26.

доктрина, или политический идеал. Он эффективен только в той степени, в какой законодатель считает себя связанным им». ¹⁶⁵ Следовательно, принципы правления права, выражаясь в позитивном законе, превращают его в правовой закон. Эти принципы носят нормативный характер в том смысле, что они возлагают определенные обязательства на законодателя ради предотвращения произвола и сохранения свободы индивида, и, таким образом, защиты самого права как спонтанно складывающегося правопорядка. Спонтанным правопорядком, т. е. истинным правом, Хайек считает частное право или, шире, английское общее право, складывавшееся через правовые обычаи и деятельность суда. В этом он несомненный англофил и практически буквально следует Дайси.

Свободные люди, стремящиеся достичь своих индивидуальных целей, должны провести корректирование своих планов и поступков, а для этого необходимо определить сферу, полностью подвластную человеку, которую он может контролировать и которая упорядочивается путем взаимного согласия (так складывается сфера частного права как система спонтанного правопорядка). ¹⁶⁶ По признаку «спонтанности» и «организованности» правопорядка Хайек делит общества на номократические (свободные) и телеократические (несвободные). ¹⁶⁷ Только в свободных обществах одновре-

¹⁶⁵ Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 205–206.

¹⁶⁶ Hayek FA. The Political Ideal of the Rule of Law. P. 34.

¹⁶⁷ Hayek FA. Studies in Philosophy... P. 162–166.

менно со спонтанным развитием правопорядка происходит и развертывание принципов правления права, обращенных к нормам, создаваемым государством. Требования правления права у Хайека в общем не оригинальны (хотя в XX в. вряд ли можно придумать что-то совершенно оригинальное): закон должен быть всеобщим, абстрактным и не допускать исключений – в этом его отличие от приказа, обращенного к конкретным лицам. Но такие всеобщие, абстрактные и не допускающие исключений нормы тоже ограничивают свободу. Вместе с тем эти ограничения существенно отличаются от тех, которые проистекают из произвольных, неправовых приказов, ибо они в равной мере распространяются на всех – как частных, так и официальных лиц – представителей государства. Поскольку никто не получает привилегий и не исключается из-под действия закона, постольку это вполне совместимо с сохранением свободы. Отсюда вытекает принцип равенства всех перед законом. Этот принцип, полагает Хайек, даже более значителен, чем принцип всеобщности. По его мнению, «великая цель борьбы за свободу – это установление равенства перед законом».¹⁶⁸ Установление равенства перед законом государства (статутом) объективно проистекает из равенства сторон в частноправовых отношениях, где это принцип абсолютен.¹⁶⁹ Следующее качество правового закона – его ясность и определенность. Это каче-

¹⁶⁸ Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 154–155.

¹⁶⁹ Ibid. P. 156.

ство совершенно необходимо для функционирования свободной экономики. Хайек даже полагает, что экономическая эффективность западной системы (в сравнении с восточной) во многом обязана именно этому качеству закона.¹⁷⁰

Для обеспечения этих субстанциональных свойств закона необходимо предусмотреть целый ряд специальных институциональных средств, ограничивающих государство и, таким образом, способствующих свободе индивида:

- 1) разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную с тем, чтобы каждая могла сдерживать другую ради сохранения свободы;
- 2) федерализм как средство защиты свободы от излишней централизации в больших государствах;
- 3) принятие билля о правах, гарантирующего частную сферу жизни от государственного вмешательства;
- 4) ограничение как законодательного, так и административного усмотрения;
- 5) желательность писаной конституции;
- 6) судебный надзор как средство, ограничивающее государство и обеспечивающее права граждан.¹⁷¹

В общем, Хайек описал постулаты американской политической системы. И это не случайно, ибо он считал, что именно в США в наибольшей степени поддерживаются принципы правления права. А идеальный, с его точки зрения, вари-

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid. P. 169–212.

ант – такой, когда сфера действия государственного закона сведена до минимума, и максимально возможный массив отношений в обществе регулируется нормами частного права.

Вместе с тем с наступлением «эры демократии» расширяется сфера действия государственного закона, а это неуклонно ведет к упадку права и угрожает свободе. В особенности его беспокоит то, что это происходит на фоне растущего влияния коллективистской доктрины или «французского» понимания свободы. В этом случае оправдание государственного вмешательства происходит под демагогическими лозунгами необходимости этого во имя интересов большинства. Но «оправдание необходимостью нарушения свободы человека – аргумент тиранов и кредо рабов».¹⁷² Хайек не противник демократии и даже не противник государственного закона. Дело обстоит сложнее. Он противник тоталитарной демократии, построенной на принципе *vox populi vox Dei*. Либеральная или правовая демократия – это важнейшее средство защиты свободы.¹⁷³ Необходим и закон, но Хайек противник формального понимания закона и формального понимания принципов правления права. Опасен не сам факт расширения законотворчества, а оправдание этого процесса в рамках позитивистской школы. В «Конституции свободы» он замечает, что субстанциональная концепция *Rechtsstaat*, которая означает, что в соответствии с прин-

¹⁷² Hayek FA. The Political Ideal of the Rule of Law. P. 37.

¹⁷³ Hayek FA. The Constitution of Liberty. P. 103–117.

ципами правления права закон должен нести в себе определенные свойства, заменена чисто формальной концепцией, требующей лишь того, чтобы действия правительства были узаконены легислатурой. Идеал «индивидуалистического» субстанционального понимания правления права уходит в прошлое под напором националистических и социалистических идей.¹⁷⁴

Если в области политэкономии мишенью Хайека была теория Дж. Кейнса, то в области правоведения – «чистая теория права» Г. Кельзена. Оценивая ее, Хайек утверждал, что при таком подходе *Rechtsstaat* становится чрезвычайно формальной концепцией и приложима ко всем государствам, даже деспотическим. Ведь она не предусматривает каких-либо ограничений по отношению к законодателю; фундаментальные свободы уничтожаются; различие между законом (как абстрактным и всеобщим правилом) и простым приказом не принимается во внимание.¹⁷⁵

Хайек предлагает собственную, либертаристскую теорию права и демократии. Поскольку, по его мнению, общих представлений о справедливости в обществе существовать не может, постольку не может существовать и этического обоснования закона. Вместе с тем Хайек настаивает на необходимости гармонии между правом и законом. В этом он, несомненно, близок к античным мыслителям. Современная правовая

¹⁷⁴ Ibid. P. 237.

¹⁷⁵ Ibid. P. 238.

система немыслима без законодательства, но право или, точнее, принципы правления права требуют ограничения его масштабов. «Принципы правозаконности (правления права. – *И. К.*) накладывают определенные требования на характер самих законов, – пишет Хайек. – Они допускают общие правила, известные как формальное право, и исключают законы, прямо нацеленные на конкретные группы людей или позволяющие кому-то использовать для такой дискриминации государственный аппарат. Таким образом, закон регулирует вовсе не все, наоборот, он ограничивает область действия властей, однозначно описывая ситуации, в которых они могут и должны вмешиваться в деятельность индивидов. Поэтому возможны законодательные акты, нарушающие принципы правозаконности. Всякий, кто это отрицает, вынужден будет признать, что решение вопроса о наличии правозаконности в современной Германии, Италии или России (книга вышла в свет в 1944 г. – *И. К.*) определяется только тем, каким путем пришли к власти диктаторы, – конституционным или неконституционным».¹⁷⁶

Итак, согласно Хайеку, закон связывается с принудительной силой государства, с его вмешательством в частную жизнь, а принципы правления права ставят эту силу в определенные рамки, элиминируя или уменьшая негативные последствия действия закона. Вместе с тем в современном мире принципы правления права развиваются в единстве зако-

¹⁷⁶ *Хайек Ф.* Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 129–130.

нодательства и судебных решений. Главное же – точно определить, что является законом. В каирских лекциях по проблеме правления права Хайек выражал сожаление, что очень часто законодательными актами называют простые решения властей по поводу имеющихся в их распоряжении средств, что фактически является не законом, а приказом по отношению к управляемым.¹⁷⁷ Сложность состоит в том, что различия между политикой и законом нечеткие, но такое различие провести необходимо, чтобы понять, в свою очередь, различие между приказом властей и законом. В определенном смысле законодательство не может не отражать политику, но политику, понимаемую как долговременный политический курс (например, либеральная политика государства); кратковременные же политические интересы, интересы политической борьбы не должны влиять на содержание и применение законов.¹⁷⁸ В этом смысле закон выше политики. Не менее сложно и соотношение права и закона. Право, согласно Хайеку, складывается спонтанно, через долгий процесс селекции и модификации. Для подтверждения этой мысли он привлекает рассуждения Дайси, а именно, что новые правовые идеи становятся общим достоянием и начинают оказывать свое влияние лишь через одно или даже несколько поколений после того, как они были высказаны. И в этом проявляется отрицательный характер постепенно-

¹⁷⁷ Hayek FA. The Political Ideal of Rule of Law. P. 35.

¹⁷⁸ Ibid. P. 42–43.

сти. Получается, что спонтанное право всегда или почти всегда живет вчерашним днем. Здесь на помощь должен прийти закон, смысл которого в том, что он отражает сегодняшнее, актуальное мнение. Таким образом, с помощью законодательства вносятся необходимые изменения в право. Поэтому в современном мире развитие права идет как посредством судебных решений, так и посредством законодательства. Законодательство может представлять угрозу свободе индивида, но в то же время оно необходимо для коррекции развивающегося права. Оно не может развиваться исключительно через прецедент и научную интерпретацию. Без закона не обойтись даже в сфере частного права.¹⁷⁹ Дело в том, что право, проистекающее из спонтанно складывающихся отношений и постепенно выражающееся в артикулированных нормах, «может развиваться в нежелательном направлении». Спонтанно развивающееся право рискует зайти в тупик, и закон в этом случае является наиболее эффективным способом коррекции, так как развитие прецедентного права в определенном смысле – дорога с односторонним движением. Когда право уже далеко продвинулось в одном направлении, изменить его очень сложно, даже если предыдущие решения неверны. Таким образом, само по себе развитие права (посредством судебных решений и научной интерпретации) еще не гарантирует того, что оно всегда будет хорошим или,

¹⁷⁹ Hayek FA. Law, Legislation and Liberty. Vol. 1. P. 168.

по крайней мере, не может быть плохим.¹⁸⁰

Кроме того, «спонтанность» и постепенность препятствуют быстрой адаптации норм, необходимой для регулирования новых отношений. Радикальное изменение правил целесообразно проводить с помощью закона. Суд для этой цели не пригоден. Во-первых, задача суда в том, чтобы развивать право, а не изменять его. Суд всегда связан предшествующими решениями. Во-вторых, полагает Хайек, суд и не должен быть единственным органом, развивающим право. Дело в том, что судьи, как правило, рекрутируются из особого класса людей, чьи представления о справедливости могут и не соответствовать более общим представлениям о ней. Это тем более опасно, ибо ни в одном обществе единого представления о справедливости существовать не может и не может существовать «инстанции», определяющей эту справедливость; вернее, может, но это будет означать, что общество встало на путь тоталитаризма. Человеческому обществу свойственна конфликтность интересов и соответственно различное понимание справедливости. Если какая-то группа населения в качестве правовой нормы представляет исключительно свой собственный интерес и свое понимание справедливости, то такая норма уже не будет соответствовать требованиям правления права и должна быть изменена, прежде всего путем издания закона.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ibid. P. 88–89.

¹⁸¹ Ibid. P. 89.

Получается, что основные недостатки судебного правосудия проистекают из положительных характеристик суда. Суд – орган независимый, относительно бесконтрольный и поэтому недемократический. В связи с этим Хайек и заявляет, что век демократии, в который вступило человечество, – это век законодательства. Закон, в отличие от судебного решения, несет в себе демократический потенциал. В то же время он несет и угрозу свободе и принципам правления права.¹⁸²

Хайек отличает правление права как изномию от демократии. Отнюдь не в любом случае демократия как власть народа ведет к изномии. Демократическое государство должно быть ограничено (как любое другое). Хотя Хайек и не удовлетворен современным состоянием демократии,¹⁸³ демократия, с точки зрения поддержания изномии, наиболее все же предпочтительная форма государства. Согласно Хайеку, существуют три аргумента, оправдывающие демократию, каждый из которых может считаться решающим. Первый заключается в том, что для выяснения того, какое из мнений имеет наибольшую поддержку, менее расточительно использовать подсчет голосов, чем драку. «Демократия есть единственный известный человечеству метод проведения изменений мирным путем». Второй состоит в том, что «демократия – гарантия индивидуальной

¹⁸² Ibid. P. 129–133.

¹⁸³ См. далее гл. III.

свободы», ее перспективы благоприятнее при демократии, чем при какой-либо иной форме правления. Наконец, третий аргумент: при демократии поднимается уровень осознания народом общих дел. Здесь он вслед за Токвилем утверждает, что демократия – это единственный путь для определения мнения большинства. Консерватизм, считает он, статичен, поэтому демократия как процесс формирования общественного мнения более предпочтительна, чем правление элит. Однако преимущества демократии, как и преимущества свободы, могут проявить себя только в течение длительного времени.¹⁸⁴ И только в условиях либеральной (т. е. ограниченной) демократии закон государства может способствовать существованию изомии и, таким образом, свободе индивида. Свободе, но не своеволию. Правовая норма, в отличие от нормы морали, предполагает санкцию за ее нарушение, т. е. содержит элемент принуждения индивида и ограничения его свободы, точнее, своеволия, несовместимого с правом, а значит, и с истинной свободой, которая заключается в подчинении закону, а не человеку. Порядок в обществе необходим, но это должен быть правовой порядок. Необходима в обществе и власть, но власть правовая.

Хайек подчеркивает свою близость к либерализму Э. Берка и А. Токвиля, но, в отличие от них, он с одобрением относится к английской и французской революциям, ибо в деятельности Карла I и Людовика XVI сила преобла-

¹⁸⁴ Hayek F. A. The Constitution of Liberty. P. 107–109.

дала над правом.¹⁸⁵ Вместе с тем он нигде не говорит о праве на революцию. Его идеал – постепенное складывание правопорядка. Ради такого порядка Хайек согласен пожертвовать какой-то частью свободы. Ведь «любой закон ограничивает в какой-то мере индивидуальную свободу...»¹⁸⁶ Но дело в том, что правовой порядок не навязывается обществу, он является эквивалентом того порядка, который рождается в самом обществе в результате взаимодействия людей.¹⁸⁷ Этот порядок предполагает не только свободу, но и ответственность (причем свобода и ответственность тесно связаны между собой). Человек свободный привыкает отвечать за свои поступки, а безответственность неминуемо приводит к упадку свободы.

Ответственность по отношению к себе предполагает и ответственность по отношению к другим, а значит, и осознание необходимости подчиняться нормам права. Внешнее регулирование посредством закона в обществе необходимо. Хайек сожалеет лишь о том, что в современном обществе возможности закона преувеличиваются и потому закон начинает угрожать свободе и праву. Цель же его – обеспечить свободу, право и порядок.

Итак, основные идеи Хайека, по его собственному мнению, следующие. Существование свободного общества за-

¹⁸⁵ Ibid. P. 194–195.

¹⁸⁶ Хайек Ф. Дорога к рабству // Вопросы философии. 1990. № 11. С. 124.

¹⁸⁷ Hayek FA. The Political Ideal of the Rule of Law. P. 29–32.

висит от трех моментов. Во-первых, следует отличать две разновидности порядка: спонтанный (саморазвивающийся) и организованный, которые соотносятся с двумя типами правопонимания. Естественно, что свобода и право соотносимы лишь с саморазвивающимся порядком. Во-вторых, распределительная или социальная справедливость имеет значение только во второй разновидности порядка, в-третьих, та модель построения демократических институтов, в которой законодательный орган берет на себя ответственность за создание справедливого порядка посредством издания справедливых норм, неизбежно ведет к деградации спонтанного правопорядка и к установлению тоталитаризма.¹⁸⁸

Правовая концепция Хайека, в частности его понимание правления права, не разделяется многими англо-американскими юристами. Представители формального и инструментального подходов полагают, что в концепции Хайека соединено слишком много ценностей и имеется слишком много преувеличений, а его правовая концепция трансформируется в политическую и экономическую. И это действительно так. Хайек, хотя он и имеет степень доктора права, не правовед. Он философ, социолог, экономист и рассматривает право в более широком социальном контексте, а поэтому и критика должна идти в том же контексте. И надо сказать, что леворадикальные критики Хайека в общем следуют этому правилу. Они разделяют основную мысль Хайека о том,

¹⁸⁸ Hayek FA. Law, Legislation and Liberty. Vol. 1. P. 2.

что правление права присуще либеральному режиму. Но раз он плох, то порочно и право, порождаемое им. На такой позиции стоят Р. Ангер и его единомышленники из «школы критических правовых исследований».¹⁸⁹ Ангер тоже полагает, что правление права элемент либерального порядка. Но все то, о чем пишет Хайек, – всеобщность и униформность норм, независимость суда, спонтанный правопорядок, – никогда не существовало. Все это лишь слова, прикрывающие иерархичность общества, неравенство и эксплуатацию. Идея правления права, считает Ангер, возникла в начале новой европейской истории в ходе переговоров между лавочниками и монархической бюрократией. Причем бюрократия и так уже широко использовала стабильные правовые кодексы для того, чтобы укрепить существующий порядок. Лавочники же, в свою очередь, стремились создать такую правовую систему, которая в большей степени соответствовала бы их интересам и обеспечила их независимость от произвола чиновников. Но в результате сделки между этими двумя сторонами практически ничего не изменилось: бюрократия как правила, так и правит. Дух либерализма не смог, да и не мог, проникнуть в общество, поэтому либеральный правовой порядок страдает недостатком легитимности. Да и вообще в условиях группового плюрализма, который оборачива-

¹⁸⁹ *Anger R. M.* 1) *Law in Modern Society*. New York, 1976; 2) *The Critical Legal Movement* // *Harvard Law Review* 1983. Vol. 96. P. 563–675; *The Politics of Law* // Ed. by D. Kairys. New York, 1982.

ется групповым эгоизмом, идея правления права не может иметь социальной поддержки (он не более чем маска). Судьи никогда не были беспристрастными: они всегда руководствуются интересами своей группы. И государство в целом всегда служит определенной группе и делает это достаточно открыто. Поэтому все утверждения о его нейтральности – фикция. Фикция везде – и в государстве плюралистической демократии, и в государстве всеобщего благоденствия, ибо везде существуют несправедливость и иерархичность общества. Из этих рассуждений следует вывод, что либеральный порядок необходимо разрушить и создать новую правовую систему, но уже не на основании принципов правления права, а на основании отказа от них. Но, призывая к разрушению либерального порядка, Ангер не превращается в революционера; он мыслит в рамках чисто американской парадигмы. Местом битвы за новое право он избирает юридические факультеты с тем, чтобы воспитать новое поколение судей и адвокатов, способных защитить демократию от права.

В противопоставлении демократии и права и заключается основная ошибка Ангера. Можно согласиться с ним в критике современного американского и вообще западного общества. Оно действительно несправедливо по многим параметрам. Но путь, который избирает Ангер, уже многократно проверен. Хайек с полным основанием мог бы отнести Ангера к французской традиции: «Важно не то, как правят, а кто правит». «Критические правовые исследования» про-

водились в основном радикальным поколением конца 60-х – начала 70-х годов. Вместе с тем их влияние сохраняется и по сей день.¹⁹⁰

Слабость концепции Хайека, на наш взгляд, конечно, не в противопоставлении демократии и права. Хайек не допускает вариантности в развитии: либо рыночная экономика и свобода, либо тоталитарный коллективизм и несвобода. Он искусственно ограничивает свое исследование крайностями. Причем если одна крайность – тоталитаризм – имела практическую реализацию в ряде стран, то либертаристская экономическая и социально-политическая система, в том виде, в каком он представлял ее себе, существует лишь как идеал, до сих пор не реализованный и вряд ли вообще реализуемый. Доводя идею индивидуализма до логического конца, Хайек полагает, что, поскольку в обществе не существует единого представления о справедливости, государство и не может брать на себя заботу о поддержании справедливости в обществе. Однако если распределительная справедливость действительно не может быть абсолютным критерием, то это не означает, что она не может быть критерием вообще. Хайеку свойственно переносить принципы рыночной экономики на все общественные отношения. Это верно, но только в какой-то степени, иначе это приводит к упрощению действи-

¹⁹⁰ См., напр.: *Hutchinson A., Monahan P. Democracy and the Rule of Law // The Rule of Law: ideal or ideology /Ed. by A. Hutchinson, P. Monahan. Toronto a.o., 1987. P. 97–125.*

тельного положения дел. Общество для него – это либо однообразный универсум (коллективизм и тоталитаризм), либо игра свободных индивидуальных сил, спонтанный правопорядок, корректируемый законом, и как результат установления благозакония. В общем, либо мы обожествляем государство, обращаем к нему свои помыслы и оно берет на себя исполнение функции раздачи благ по справедливости и определяет ее произвольно в каждом случае, либо его деятельность ограничивается изданием общих норм, а граждане сами заботятся о справедливости для себя. Иначе говоря, государство – это зло, и чем меньше оно заметно, тем лучше. А постулируя бесспорную мысль о разнообразии людей, Хайек приходит к весьма спорному выводу о невозможности общих ценностей в обществе. Это уже прямо противоречит реальному положению дел: ни одно общество не может существовать без согласия по поводу основных ценностей. Да и принципы рыночной экономики не могут быть совершенно нейтральны к тем целям, которые ставит перед собой человек.

Свободу Хайек считает высшей ценностью, и с ним трудно не согласиться. Но даже идея свободы не должна превращаться в *idée fixe*. Свобода не единственная ценность в обществе. В тех или иных исторических обстоятельствах она, конкурируя с другими ценностями, может проигрывать: лозунг «Свобода или смерть» не всегда приемлем, а точнее, вообще не приемлем.

Глава III

Правление права и политическая демократия

§ 1. Два архетипа концепции демократии

Идея правления права складывалась веками, однако хотя бы частичную реализацию она получила только в условиях демократии. И то, что многие концепции правления права выводят демократию за скобки, говорит, пожалуй, лишь о том, что их авторы принимают демократию как данность, сосредоточиваясь на чисто правовых вопросах. Но это отнюдь не снимает проблему соотношения политического устройства и права. Особенно остро она стоит в обществах посттоталитарных, где отказ от внешних проявлений тоталитаризма не сопровождается столь же быстрым отказом от тоталитарного мировоззрения; старая политико-правовая культура неизбежно продолжает доминировать в обществе. Однако же ждать, пока путем проб и ошибок сложится спонтанный правопорядок, бессмысленно: время «спонтанного правопорядка» прошло и повторить этот путь невозможно.

Как это ни печально, но приходится признать, что в реформирующемся обществе, да еще и не обладающем долж-

ной политико-правовой культурой, возможности права ограничены. В этих условиях политика выступает на первый план, и в этом обстоятельстве таится главная опасность переходного периода. Путь к демократии и праву труден и не обязательно успешен. Тем более, что на этом пути часто происходит подмена понятий, и незаметно борьба за демократию и право приводит к «демократическому бесправию, к охлократии. Это свидетельствует о том, что соотношение демократии и права весьма противоречиво. Хотя и демократия и право, казалось бы, основываются на общих принципах свободы и равенства, конфликт между ними проявляется и в теоретической, и в практической плоскостях.

В первой главе мы выделили два архетипа концепции правления права. Не менее оправданно выделение и двух архетипов концепции демократии: коллективистского и индивидуалистического (либерального).

Становление коллективистского архетипа связано с античностью. Сам термин «демократия» вошел в употребление со времени Пелопонесской войны, по крайней мере, Геродоту он еще неизвестен.¹⁹¹ Несмотря на то, что демократия в Греции просуществовала незначительный, в сравнении с человеческой историей, период, ее опыт оказал огромное влияние на всю последующую политическую мысль. Вплоть до И. Бенстама представления о демократии, незави-

¹⁹¹ Ковалевский М. М. От прямого народовластия к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму: В 3 т. М., 1906. Т. 1. С. 26, 29.

симо от тех оценок, которые ей давались, складывались преимущественно на его основе.

Обращаясь к античному теоретическому и практическому опыту, следует указать на факт, не требующий, по нашему мнению, доказательства: все наиболее крупные греческие мыслители находились в оппозиции к демократии. Проще всего объяснить это обстоятельство можно, пожалуй, так, как это делает, например, А. К. Бергер: до нас дошли в основном сочинения противников демократии, мыслителей, стоявших на аристократических и даже олигархических позициях.¹⁹² Если это так, то остается только поразиться избирательности времени, погубившего чуть ли не все сочинения демократов. Трудно признать такую точку зрения истинной, тем более, что она покоится лишь на предположении. Автор же склонен признать интеллектуальную честность великих греческих философов.

Наиболее полный анализ древнегреческой демократии дан Аристотелем, мыслителем весьма критически к ней относившимся. Причем его критика основывалась не на умозрении, а на огромном эмпирическом материале.¹⁹³ Исходя из этого он пришел к выводу, что основным признаком демократии является правление неимущих, а то, что мы в этом случае имеем дело и с правлением большинства —

¹⁹² Бергер А. К. Политическая мысль древнегреческой демократии. М., 1966.

¹⁹³ Аристотелем было изучено устройство 158 греческих и негреческих государств (см.: Доватур А. Политикан политии Аристотеля. М.; Л., 1965. С. 115).

признак случайный; просто неимущих всегда больше (Политика, 1280 а). Однако даже если это признак и случайный (а случайный он у Аристотеля, на наш взгляд, лишь потому, что в противном случае была бы нарушена логика обоснования политики как среднего государственного устройства), то проявляет себя он с завидным постоянством. Поэтому «демократией следует считать такой строй, когда свободнорожденные и неимущие, составляя большинство, имеют верховную власть в своих руках» (Политика, 1290 в 15), и «когда постановления большинства имеют решающее значение» (Политика, 1291 в 35).

Такое положение дел Аристотель не приемлет. Но было бы неверно зачислять его в противники демократии вообще. Он противник той формы демократии, которая реально существовала в Афинах, а в его классификации это лишь пятый вид демократии. Тот, где «верховная власть принадлежит не закону, а простому народу. Это бывает в том случае, когда решающее значение будут иметь постановления народного собрания, а не законы. Делается это посредством демагогов... там, где верховная власть основана не на законах, появляются демагоги. Народ тогда становится единодержавным, как единица, составленная из многих: верховная власть принадлежит многим, не каждому в отдельности, но всем вместе... В этом случае простой народ, являясь монархом, стремится и управлять по-монаршьему (ибо в этом случае закон им не управляет) и становится деспотом (поче-

му и льстецы у него в почете), и этот демократический строй больше всего напоминает из отдельных видов монархии тиранию; поэтому и характер у них один и тот же: крайняя демократия и тирания поступают деспотично с лучшими гражданами; постановления такой демократии имеют то же значение, что в тирании распоряжения. Да и демагоги и льстецы в сущности одно и то же или, во всяком случае, схожи друг с другом; и те, и другие имеют огромную силу – льстецы у тиранов, демагоги у описанной нами демократии. Они повинны в том, что решающее значение предоставляется не законам, а постановлениям народа, так как демагоги отдают на его решение все. И выходит так, что демагоги становятся могущественными вследствие сосредоточения верховной власти в руках народа, а они властвуют над его мнениями, так как народная масса находится у них в послушании» (Политика, 1292 а 5-30). Аристотель дал блестящую характеристику крайней (коллективистской) демократии, видя основные ее недостатки в пренебрежении законом, во власти толпы, возглавляемой демагогом; такая демократия противостоит праву, заменяя его волей большинства, отождествляет закон с постановлением народного собрания.

У такого рода демократии, разумеется, существовали и свои сторонники, находившие в ней немало преимуществ. Именно изучению демократической традиции посвятил свою работу исследователь античности А. К. Бергер.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Следует признать, что книга А. К. Бергера – наиболее значительное иссле-

Его можно упрекнуть в некоторой модернизации античной мысли, в злоупотреблении классовым подходом, когда само по себе «правление народа» априори воспринимается как положительное явление. Но при этом А. К. Бергера нельзя обвинить в научной недобросовестности.

Главными героями его исследования являются вожди демократии – Перикл и Демосфен. (Хотя уже это вызывает некоторую настороженность: практикующие политики-демагоги в речах своих, которые подробнейшим образом анализирует Бергер, не могут не быть пристрастны). Вместе с тем в работе делаются весьма важные для нашей темы выводы. Во-первых, А. К. Бергер подчеркивает, что демократы, в отличие от Аристотеля, не различают видов демократии. Ее понятие однозначно: «политическое равенство всей гражданской массы», привнесение в демократию каких-либо олигархических начал – государственное преступление.¹⁹⁵ Во-вторых, если противникам демократии было свойственно обращать внимание на естественные начала позитивного закона, то демократам, напротив – на способ его создания: законы, лежащие в основе демократии, создаются народом (демосом), и именно это определяет их правовой характер, придает им общеобязательность. Для Аристотеля различие между законом (номосом) и простым постановлением

дование на данную тему не только в советской и российской, но и мировой современной литературе.

¹⁹⁵ Бергер А. К. Указ. соч. С. 264.

народного собрания (псефизмой) – очевидно. А Демосфен, как пишет А. К. Бергер, колеблется в проведении такого рода различия: «высшей санкцией авторитета закона, источником бытия закона для Демосфена все же является эклексия». ¹⁹⁶

Все сказанное верно. Но кажется, Бергер попал в ловушку классовой теории демократии: демократия – это правление народа, народ, по определению, беден, а бедные лучше богатых, поэтому их правление всегда предпочтительнее: бедные – они же большинство, осознавая свои интересы, выражают их в форме закона и такой закон справедлив и по содержанию и по способу создания, т. е. выражает субстанциональную и процессуальную справедливость. Демократическое законодательство требует участия широкой гражданской массы в политике. А. К. Бергер пишет, что для афинских демократов понятие демократии «означало, прежде всего, активное участие во власти всего мужского совершеннолетнего состава граждан, никаких компромиссов в смысле ограничения этого состава цензовым началом идеологи рабовладельческой демократии не допускали, как вообще не допускали привнесения в демократический строй каких-либо признаков олигархии. Это была политическая практика и теория широкой гражданской массы, осознавшей свои интересы и всецело державшей управление государством в своих руках». ¹⁹⁷ Доказывая теоретиче-

¹⁹⁶ Там же. С. 338–339.

¹⁹⁷ Там же. С. 263.

скую разработанность такого рода демократических воззрений, Бергер обращается к знаменитой надгробной речи Перикла, полагая, что она «замечательный образец политической литературы рабовладельческой демократии». На наш взгляд, это большое преувеличение.¹⁹⁸ Перикл в своей речи стремится поднять воинский дух афинян, не останавливаясь при этом и перед грубой лестью по отношению к демосу. Собственно демократии в его речи отведено не более десятка строк. Вот что он говорит: «И так как у нас городом управляет не горстка людей, а большинство народа, то наш государственный строй называется народоправством... Что же до дел государственных, то на почетные должности выдвигают каждого по достоинству, поскольку он чем-нибудь отличился не в силу принадлежности к определенному сословию, но из-за личной доблести. Бедность и темное происхождение или низкое общественное положение не мешают человеку занять почетную должность, если он способен оказать услуги государству» (Фукидид, История, 2, 37). Эти слова действительно звучат как гимн демократии и демосу, но вряд ли

¹⁹⁸ Сильно преувеличивают значение речи Перикла и некоторые современные либералы. Так, Б. Леони пишет: «Греческая идея свободы, выраженная в речи Перикла, сходна с нашим современным пониманием свободы как максимального ограничения вмешательства в индивидуальное поведение, в том числе и со стороны государства» (*Leoni B. Freedom and the Law. Indianapolis, 1991. P. 77*; см. также: *Havelock E. A. The Liberal Temper in Greek Politics. Toronto, 1957*). Здесь интересно отметить, что советский автор находит в речи Перикла аргументы в пользу классовой (коллективистской) демократии, в то время как его западные коллеги видят в ней зачатки либерализма.

их следует принимать за чистую монету. Ведь и сам Перикл и слушавшие его граждане «темного происхождения и низкого общественного положения» не могли не знать, что среди вождей народа представителей демоса нет, что все они аристократы.¹⁹⁹

Теперь приведем фрагмент речи, касающийся законов. Перикл полагает, что афиняне в общественной жизни не нарушают законов, «главным образом из уважения к ним» и повинуются «властям и законам, в особенности установленным в защиту обижаемых, а также законам неписаным, нарушение которых все считают постыдным» (Фукидид, История, 2, 37, 3). На первый взгляд сказанное – констатация господства законности в Афинах. Однако под законами неписаными Перикл понимает не нормы естественного права, а афинские обычаи.²⁰⁰ Что же касается писаных законов, то их понимание Периклом весьма упрощенное.

Об этом свидетельствует Ксенофонт: «Ты хочешь узнать, Алки виад, что такое законы, – отвечал Перикл, – твое желание совсем не трудно исполнить. Первый встречный скажет: законы – это все то, что большинство примет и напишет с указанием, что следует делать и чего не следует» (Ксе-

¹⁹⁹ См.: Фролов Э. Д. Политические лидеры афинской демократии: Опыт типологической характеристики // Политические деятели античности, средневековья и Нового времени: Индивидуальные и социально-типологические черты / Под ред. В. Г. Ревуненкова. Л., 1983. С. 6–22.

²⁰⁰ См.: Фукидид. История. М., 1993. С. 460 (комментарий к л. 37). ¹¹ Берлин И. Четыре эссе о свободе. Лондон, 1990. С. 49–50.

нофонт. Воспоминания, 1, 1, 42). Итак, закон не более чем простое предписание большинства.

Вернемся к речи Перикла. Последний пассаж о демократии: «Одни и те же люди у нас бывают одновременно заняты делами и частными, и общественными. Однако и остальные граждане, несмотря на то, что каждый занимается своим ремеслом, также хорошо разбираются в политике» (Фукидид, История, 2, 40, 2). Это явная ложь. Вся греческая история говорит об обратном. Не пришлось бы иначе Периклу оплачивать демосу участие в политике. «Раздачей денег на зрелища, платою вознаграждения за исполнение судебных и других обязанностей и разными вспомоществованиями Перикл подкупил народную массу и стал использовать ее в борьбе с ареопагом, членом которого он не был» (Плутарх, Жизнеописания, Перикл, 9). Так какой же государственный строй существовал в Афинах при Перикле? «По названию это было правление народа, а на деле власть первого гражданина» (Фукидид, История, 2, 65, 9).

Если использовать современную терминологию, то афинский политический режим времен Перикла можно определить как популистский авторитаризм. Плутарх заметил, что «в молодости Перикл очень боялся народа: собою он казался похожим на тирана Писистрата; его приятный голос, легкость и быстрота языка в разговоре этим сходством наводили страх на очень старых людей» (Плутарх, Жизнеописания, Перикл, 7). Прав Аристотель: трудно, а подчас невоз-

можно провести границу между популистским авторитаризмом (крайней демократией) и тиранией.

После Перикла и вплоть до Демосфена у афинского демоса не было столь выдающихся вождей, а из тех, какие были, «каждый стремился к первенству и поэтому был готов, по-такая народу, пожертвовать даже государственными интересами» (Фукидид, История, 2, 65, 10). А Демосфен использовал те же средства, что и Перикл: «Собственная его “игра” приводила народ в восторг, но люди образованные, знатоки... находили ее низменной, пошлой и бессильной» (Плутарх, Жизнеописания, Демосфен). И вообще судьба Демосфена сродни судьбе самой афинской демократии: подозрение в коррупции, изгнание, краткое возвращение, вновь изгнание, самоубийство.

Дело, разумеется, не в личных качествах вождей афинской демократии, а в характере самого государственного устройства, объективную оценку которому вряд ли можно найти в речах демагогов. Придется вновь вернуться к Аристотелю.

Основные принципы демократии видятся им в свободе и равенстве. Свобода в данном случае означает самоуправление, а равенство осуществляется в количественном отношении, а не на основании достоинства. Поэтому неимущие в демократии обладают большей властью, чем люди состоятельные. Именно народной массе принадлежит верховная власть, и решения, принимаемые ею, считаются решениями окончательными.

чательными и справедливыми. Принцип свободы в демократии извращается и означает: «жить так, как каждому хочется». Отсюда возникает «стремление не быть ни у кого в подчинении или же, по крайней мере, подчиняться и управлять поочередно» (Политика, 1317–1318). Но действительно ли при таком государственном устройстве господствуют свобода и равенство? По мнению Аристотеля, это не так: «они лишь думают, что в государстве осуществляются равенство и свобода» (Политика, 1318 а 10). В таком государстве не существует справедливости, как не существует ее и в олигархии, ибо в первом случае объявляется справедливым то, что угодно большинству, а во втором то, что угодно меньшинству (Политика, 1318 а 20). Выход из такого положения Аристотель видел в создании среднего класса, т. е. в создании условий, при которых свобода, равенство, справедливость приобретают не иллюзорное, а действительное значение. Иначе говоря, Аристотель пытался вообще снять проблему конфликта между большинством и меньшинством.

Но основные пороки древнегреческой демократии, которые собственно и обусловили ее недолговечность, оказались неустранимыми: они объективно вытекали из особенностей полисной жизни, а именно, полисного коллективизма. Свобода, понимаемая как коллективная ценность, требовала для своей реализации коллективных усилий. Следует, видимо, согласиться с И. Берлином, утверждающим, что, «когда Перикл и Никий (имеется в виду речь Никия перед

битвой при Сиракузах. – И. К.) сравнивают свободу афинских граждан с уделом граждан менее демократических государств... они говорят, что граждане Афин наслаждаются свободой в смысле самоуправления, что они не являются ничьими рабами, что они исполняют свои гражданские обязанности из любви к своему полису, безо всякого принуждения, а не из страха перед бичами надсмотрщиков или варварскими законами (подобно тому, как было в Спарте или Персии). Итак, быть свободным – означало право и обязанность принимать участие в решении общих дел. Однако сам процесс политического участия был слабо институционализирован. Принятие коллективных решений проходило на основе непосредственной демократии, с ее помощью выявлялось коллективное мнение, индивидуальная воля при этом в расчет не принималась. А это в свою очередь приводило к вождизму. Коллективистская, слабо институционализированная демократия по самой своей природе требует вождя, вождя харизматического, но в то же время она не терпит ничего выдающегося, в том числе и вождя. Не случайно во времена демократии ostracism становится чрезвычайно популярным. «По-видимому, – пишет Аристотель, стремясь ко всеобщему равенству, они (государства с демократическим устройством. – И. К.) подвергали ostracism и изгоняли наопределенный срок тех, кто, как казалось, выдавался своим могуществом... (Политика, 1284 а 20). Не избежали этой участи ни Перикл, ни Демосфен. Видимо, другого типа

демократию античность породить и не могла. По самой своей сути она противилась праву. Дело в том, что античная демократия не выходила за границы небольшой общности людей, людей, знающих или могущих знать друг друга. Граждане принимали решения сообща в буквальном смысле этого слова, они ощущали свою общность, так сказать, на эмпирическом, эмоциональном уровне. Политика (управление общими делами) носила в известном смысле «семейный» характер. Потребность же в праве, как уже отмечалось в первой главе, возникает тогда, когда общение выходит за пределы узкого круга лично знающих друг друга. Правовые нормы – это правила «расширенного порядка».²⁰¹

Коллективистская неправовая демократия неустойчива и подвержена вырождению, что и предопределило критическое к ней отношение со стороны многих античных авторов. Вместе с тем опыт античной демократии в течение весьма длительного времени считался единственно возможным; он питал воображение мыслителей средневековья и Нового времени. Так, у Марсилия Падуанского, Иоанна Альтузия, Б. Спинозы, а затем и у Ж.-Ж. Руссо народ выступает как источник власти и коллективный законодатель. Народ – это «человеческий законодатель», – полагает Марсилиус Падуанский. Если народ и не может сам издавать законы, то «он как нельзя лучше может судить о том, какие законы ему

²⁰¹ «Расширенный порядок» – термин Ф. Хайека, но употребляет он его в ином контексте (см.: *Хайек Ф. А. Пагубная самонадеянность*. М., 1992. Гл. 1).

вредны и какие полезны, что право, а что неправо».²⁰² А участие народа в законотворчестве автоматически решает проблему самоуправления: «Законы получают свою моральную власть от народа и теряют силу без его одобрения. Поскольку целое всегда больше части, то несправедливо, чтобы какая бы то ни было часть предписывала законы целому; а поскольку люди равны, то несправедливо, если человек связан законами, созданными другим человеком. Лишь при подчинении законам, являющимся результатом всеобщего согласия, люди на самом деле управляют собой».²⁰³ Здесь Марсилий касается чрезвычайно важного момента: гетерономии (чужезакония). Действительно, нормы, правила поведения, навязанные субъектам, созданные без их участия и одобрения, страдают недостатком легитимности, а демократия дает возможность преодолеть этот порок «недемократического законодательства».

При этом следует помнить, что трактат Марсилия Падуанского «Защитник мира» имел вполне конкретную политическую направленность: защиту светской власти от притязаний пап. Народ, мыслимый как источник власти, должен был стать основой независимости светских правителей. Интересно отметить, что сходную аргументацию использовал и Фома Аквинский, но с противоположными целями. На это об-

²⁰² Цит. по: Ковалевский ММ. Указ. соч. Т. 1. С. 355–356.

²⁰³ Цит. по: Акстон. Очерки становления свободы. Лондон, 1992. С. 75.

ратил внимание еще лорд Актон.²⁰⁴

²⁰⁴ См.: Там же. С. 74.

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.