

Journal of Constitutionalism and Human Rights

№1, 2013

Журнал
конституционализма
и прав человека

Михаил Краснов

«Смысл конституционно-правовой апелляции к нравственным категориям в контексте европейской культуры»

Владимир Кряжков

«Общественное обсуждение проектов законов и иных важных решений в Российской Федерации (конституционно-правовые вопросы)»

Илья Честнов

«Конструирование прав человека в современном мире»

Айдар Султанов

«Как дело о цензурном запрете помогло появлению важнейших правовых позиций Большой Палаты Европейского Суда по правам человека»

The Editorial Council

Dominique Rousseau (prof. Paris I, France)

Michael Krasnov (prof., head of constitutional law department of Higher School of Economics, Russia)

Anatoly Kovler (judge of ECtHR from Russia)

Ganna Yudkivska (judge of ECtHR from Ukraine)

Gulnara Useinova (prof., Kazakhstan University, head of constitutional law department, Kazakhstan)

Bill Bowring (Barrister, Director of the LLM / MA in Human Rights School of Law, Birkbeck, University of London)

Alla Sokolova (prof., Dean of Graduate School of European Humanities University)

Toma Birmontiene (judge of Constitutional Court of Lithuania)

Aleksei Kresin (prof., Head of Center of comparative studies of Institute of state and law of National Academy of Science of Ukraine)

Karina Moskalkenko (Head of the International Protection Centre, Russia)

The Editorial Board of the Journal

Karine Bechet-Golovko - chief-editor (dr. of Law, France)

Ksenya Peresypkina - Executive Secretary

Column Doctrine: Oleg Bresky

Column Governmental institutions: Kirill Kononov

Column Democracy: Karine Bechet-Golovko

Column Human Rights: Konstantin Ivanov

Column The Practice of the European Court of Human Rights: Anton Burkov

Column The Experience of Human Rights Activity: Aleksander Zhuk

Kanstantin Dzehtsiarou

Aleksander Vashkevich

Liudmila Uliashina

Contents

3 **От редакции**

К. Беше-Головко

4 **Doctrine /**

Доктрина

О. Бреский, «Гражданство и членство в Церкви в контексте постсекуляризма»

Т. Хаэлин, «Четыреста лет споров вокруг Альтузия и потребность в новой его интерпретации»

18 **Governmental institutions/**

Властные институты Государства

В. Кряжков, «Общественное обсуждение проектов законов и иных важных решений в Российской Федерации (конституционно-правовые вопросы)»

В. Комарова, «Учредительная власть многонационального народа Российской Федерации в свете законодательных механизмов»

30 **Democracy/**

Демократия

М. Краснов, «Смысл конституционно-правовой апелляции к нравственным категориям в контексте европейской культуры»

Е. Лукьянова, «Мы вас увольняем... (общество и государство - диагностика состояния)»

41 **Human Rights/**

Права человека

И. Честнов, «Конструирование прав человека в современном мире»

Л. Брусницын, «Решения ЕСПЧ и проблемы их учета в государствах – членах Совета Европы (на примере уголовного судопроизводства): к реформе Конвенции о защите прав человека и основных свобод»

Т. Еремина, «Право доступа к государственной гражданской службе: истоки законодательного оформления»

53 **The Practice of the European Court of Human Rights/**

Практика Европейского суда по правам человека

А. Султанов, «Как дело о цензурном запрете помогло появлению важнейших правовых позиций Большой Палаты Европейского Суда по правам человека»

64 **The Experience of Human Rights Activity/**

Опыт правозащитной деятельности

Права и условия работы журналистов в Российской Федерации

70 **Пресс-релиз**

Конференция «Локальная демократия и проблемы энергетической безопасности в Евразийском регионе», Неаполь, 28-29 января 2013

Демосгасу/ Демократия



М.А. Краснов

Доктор юридических наук, профессор
заведующий кафедрой конституционного и муниципального права
факультета права НИУ «Высшая школа экономики»,

Смысл конституционно-правовой апелляции к нравственным категориям в контексте европейской культуры. В статье анализируется проблема обоснованности конституционной апелляции к понятию «нравственность». В этих целях автор исследует связь категорий морали и права и приходит к выводу о том, что апелляция к «нравственности» как ценности общего блага не только оправданна, но и необходима для самого права. При этом, рассматривая проблему в контексте европейской цивилизации, автор делает вывод о сохранении ее этической основы, которой исторически являлось христианство.

In the article the problem of the constitutional appeal validity to the concept of "morality" is analyzing. The author explores the links between categories of morality and law, and concludes that the appeal to "morality" as a value of the common good is not only justified but also is necessary for the law. Author considers the ethical basis of law in the context of European legal tradition and describes the tendencies of its development.

Ключевые слова: нравственность, мораль и право, имморализм, ограничение прав и свобод, моральный релятивизм, ценности, общее благо.

«Смысл конституционно-правовой апелляции к нравственным категориям в контексте европейской культуры»

1

Нравственность² в ее отношении с правом можно рассматривать с разных позиций. Но я собираюсь рассмотреть только проблему правовой апелляции к нравственности.

Такая апелляция встречается во многих современных конституциях (обычно в связи с описанием рамок свободного усмотрения). Например, Основной закон ФРГ упоминает о «нравственном законе» как ограничителе права на свободное развитие своей личности (ст. 2); Конституция Индии – о разумных ограничениях «в интересах приличия и морали» (ст. 19); Конституция КНР – об обязанности уважать нормы общественной морали (ст. 53); Конституция Японии – об «опасности для морали» как об одном из условий закрытого судебного разбирательства (ст. 82); Конституция Италии – о «моральном равенстве супругов» (ст. 29); Конституция Кипра – о «морально позорящем проступке» как препятствии для выдвижения кандидатуры на посты Президента и Вице-президента страны (ст. 40); Конституция Бельгии – об «уважении нравственной неприкосновенности» ребенка (ст. 22 bis); Конституция Бразилии – об «уважении моральной неприкосновенности» заключенных (ст. XLIX); а Конституция Таиланда упоминает даже о «высокой нравственности» в качестве ограничительного условия прав и свобод человека (статьи 28, 36, 37, 43, 49, 50, 64). В Конституции России понятие «нравственность» закрепляется как одна из ценностей, в целях защиты которой возможно законодательное ограничение любых прав и свобод личности (ч.3 ст.55).

Понятие «нравственность» («мораль») встречается и в основных международно-правовых актах о правах человека: во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в [Европейской] Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., в Международных пактах о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., где о нравственности упоминается целых восемь раз.

В современных конституциях и международно-правовых актах понятие «нравственность» стоит в одном ряду с другими понятиями, обозначающими ценности, относящиеся как к общему (публичному) благу (национальная безопасность, территориальная целостность, демократическое, правовое, социальное государство и т.д.), так и к благам индивидуальным (жизнь, здоровье, честь и т.д.). Это хорошо видно, например, в ст.10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая оговаривает «свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны государственных органов и независимо от государственных границ» возможностью установления законом того или иного государства формальностей, условий, ограничений или санкций, необходимых «(1³) в демократическом обществе в интересах (2) государственной безопасности, (3) территориальной целостности или (4) общественного спокойствия, в целях предотвращения (5) беспорядков и (6) преступлений, для (7) охраны здоровья и (8) нравственности, (9) защиты репутации или (10) прав других лиц, (11) предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или (12) обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия».

Хотя в приведенной статье «охрана нравственности» помещена между индивидуальными благами (здоровье и репутация),

тем не менее, она относится к элементам общего блага. Из чего это следует? Понимание нравственности как индивидуального блага в современном европейском⁴ государстве, во-первых, вошло бы в конфликт не только с общепризнанными в европейской культуре нормами, но и с нормами права. Перед государством постоянно вставал бы неразрешимый вопрос: как реагировать в случае применения гражданами «санкций» за моральные нарушения (например, казнь женщины, обвиненной в прелюбодеянии), предписываемые некоторыми неевропейскими культурами. Охранять (защищать⁵) можно лишь общественную нравственность – те моральные императивы, которые свойственны культуре данного общества. Во-вторых, публично-правовой характер нравственности определяется тем, что эта ценность (наряду с другими ценностями общего блага) обеспечивает единство правовой системы, о чем будет сказано ниже. Именно поэтому такого рода ценности выступают как ограничители индивидуальных благ, отражаемых, прежде всего, в основных правах и свободах личности.

2.

Отсюда вытекает серьезная для конституционного государства проблема поиска баланса между достоинством личности и поддержанием конституционного порядка, в том числе посредством охраны общественной нравственности.

Думаю, именно о таком балансе говорил выдающийся русский правовой мыслитель Б.Н. Чичерин: «Каждое разумное существо есть само по себе цель (во всех цитатах курсив мой. – М.К.); оно не должно быть низведено на степень простого средства [...] Как разумно-свободное существо, каждый член государства имеет свои, неотъемлемо принадлежащие ему, цели, в которых он сам верховный судья. Эти цели он преследует в союзе с другими, и в этом отношении союз является для него средством. Таким образом, когда государство охраняет право, оно имеет в виду ограждение личности каждого гражданина; когда оно заботится об общей пользе, оно имеет в виду благосостояние своих членов. Но с другой стороны, когда государство охраняет право, оно имеет в виду исполнение высшего закона, осуществление идеи правды на земле; заботясь о благосостоянии, оно имеет в виду благо целого, а не пользу отдельных лиц. Наконец, очевидно, что всемирно-историческая роль народа не может составлять цель отдельного лица, а только целого союза. Здесь уже лицо становится средством для государства. Государство имеет право требовать от него жертвы, даже всецелой, доходящей до пожертвования своею жизнью для интересов целого союза. Это именно оказывается на войне»⁶.

Мысль понятна. Настораживают лишь строки о «всемирно-исторической роли народа» (особенно их странно читать у Чичерина, считающегося либеральным мыслителем⁷). Возможно, он понимал под этим нечто иное, нежели идею «всемирной миссии», и к тому же не мог предположить, что такая идея всего через несколько десятков лет обернется античеловеческой практикой тоталитарных государств.

Возвращаясь к мысли о балансе между достоинством личности и поддержанием конституционного порядка посредством охраны общественной нравственности, должен заметить, что понятие «ограничение прав в целях защиты нравственности» является не совсем точным. На мой взгляд, моральные пределы прав человека существуют еще до их конституционного закрепления, поскольку существует естественная норма. Поэтому правильнее говорить не об ограничении прав и свобод (по крайней мере, самых фундаментальных), а о поиске законодателем их естественных пределов (в чем заключается такой поиск и на основе чего он должен

существуют еще до их конституционного закрепления, поскольку существует естественная норма⁸. Поэтому правильнее говорить не об ограничении прав и свобод (по крайней мере, самых фундаментальных), а о поиске законодателем их естественных пределов (в чем заключается такой поиск и на основе чего он должен происходить – отдельная тема). Причем, под «пределами» следует понимать моральную норму, которая не позволяет ни сужать, ни расширять содержание субъективного права. Например, нельзя считать ограничением фундаментальных прав в целях защиты нравственности запрет юридической регистрации однополых браков. Впрочем, самого законодательного запрета нет, так как еще лет двадцать назад брак мыслился только между мужчиной и женщиной. Например, в ч.3 ст.1 Семейного кодекса РФ⁹ сказано: «Регулирование семейных отношений осуществляется в соответствии с принципами добровольности брачного союза мужчины и женщины». О таком же понимании брака говорится в ст.12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и в ст.23 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Правда, в этих международно-правовых актах закрепляется право мужчин и женщин вступать в брак. Поэтому в лукавых целях это можно истолковать так, будто речь не обязательно идет о браке между мужчиной и женщиной. В таком случае можно представить ситуацию, когда два российских гражданина, собравшиеся вступить в однополый брачный союз и получившие отказ в его регистрации, обращаются в суд общей юрисдикции и, не получив удовлетворения своего заявления, – в Конституционный Суд РФ (КС РФ) с жалобой на нарушение своих прав Семейным кодексом РФ, ссылаясь как раз на толкование ими ст.12 Европейской конвенции. Как должен был бы поступить КС РФ? Согласно ч.4 ст.15 Конституции РФ, «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора» (Россия является участницей Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Должен ли Суд признать, что российское законодательство сузило (ограничило) право на брак в сравнении с Конвенцией? Разумеется, он в своем решении может сказать, что да, ограничило, но ограничило правомерно, в соответствии с ч.3 ст.55 Конституции РФ – в целях защиты нравственности. Впрочем, для некоторых исследователей и этот аргумент окажется неубедительным, ибо они сошлутся на относительность моральных норм и спросят: «Что же тут безнравственного? И главное, такой брак не нарушает ничьих прав». Поэтому (и не только для подобных ситуаций) так важно понимать, какая именно этическая основа признается данным государством. Но гораздо более правильным (в том числе для самого национального права) было бы решение, в котором бы Суд сказал, что вообще не усматривает здесь никакого ограничения, поскольку естественные пределы (моральная норма) права на брак предусматривают семейный союз лишь между мужчиной и женщиной.

Казалось бы, какая разница, под каким «теоретическим предлогом» вводятся юридические запреты «злым законодателем» или, наоборот, немислимые ранее разрешения – «законодателем добрым». Разница есть, и существенная. Если мы говорим об ограничении фундаментальных прав, то признаём, что в своем «естественном состоянии» (изначально) они уж включают в себя нравственную аномалию или, по крайней мере, индифферентны к ней.

Повторю. Законодательно права человека не должны ни сужаться, ни расширяться, но по мере усложнения действительности (скорее, это эвфемизм размытия критериев аномалии и нормы) содержание таких прав требует юридического уточнения.

Разумеется, и предложенная концепция естественных пределов не снимает опасности того, что законодатель не покусится на достоинство личности, исходя из собственного понимания естественных пределов. Однако подобная опасность не специфична только для понятия «нравственность». Она существует применительно к любой ценности общего блага: все они, так сказать, денормативизируют конституционный текст. Например, говоря о демократии, известный американский политолог А. Пшеворский заметил, что она «стала своего рода алтарем, куда каждый несёт свои наиболее предпочтительные

жертвоприношения»¹⁰.

Главной преградой перед законодательным злоупотреблением понятием «охрана нравственности», равно как и иными общими понятиями, является судебная власть, при условии, что она подлинно беспристрастна и (в том числе в силу своей беспристрастности) авторитетна. Разумеется, это лишь схема, поскольку в конституционном государстве должны существовать и иные фильтры, обеспечивающие правовой баланс между охраной ценностей общего блага и человеческого достоинства.

3

Почему категория нравственности оказалась среди ценностей общего блага, которые государство обязуется охранять? Попробую сразу же сформулировать ответ. Общественная нравственность является охраняемой государством ценностью потому, что, во-первых, вне этической основы национальное право разрушается, а, во-вторых, исторически определенная моральная система обеспечивает как национальную, так и цивилизационную идентичность данного общества. Попытаюсь обосновать такой вывод.

В древности система моральных регуляторов фактически представляла собой одновременно и систему права. Как справедливо заметил известный библеист и правовед XIX века А.П. Лопухин, «область права, в сущности, есть вместе и область нравственности; в основе своей они тождественны»¹¹. Если говорить о нормах морали-права Древнего Израиля¹², то все они имели духовный смысл, будучи в буквальном смысле продиктованы Моисею Самим Богом. Само понятие «закон» означало как чисто «религиозные», так и «житейские» (моральные и правовые) предписания. Но такая дифференциация возможна лишь с современных позиций, когда моральные нормы отделились от религиозных, а правовые – от моральных. Поэтому, когда исследователи Священного Писания выделяют «юридические нормы» как в составе Декалога, так и в более широком Моисеевом законодательстве, мы должны понимать, что они делают это, лишь сообразуясь с современным правом.

А.П. Лопухин писал, что «благодаря особенной жизненности религиозного начала, чисто нравственные правила могут иметь значение вполне юридических постановлений. Поэтому-то в Десятисловии, напр., наряду с чисто юридическими постановлениями: "не убей", "не укради", стоят чисто нравственные правила: "не пожелай жены искреннего (ближнего. – М.К.) твоего" и пр. и для народа они имели одинаковую обязательную силу»¹³. Примерно в этом же ключе рассуждает и А.М. Осавелюк, который разбил десять заповедей на две условные группы: «небесные» и «земные», а вторую группу, в свою очередь, – на «моральные императивы» и «важнейшие постулаты права». При этом к первым он относит заповеди о почитании родителей, запреты прелюбодеяния и зависти, а ко вторым – запреты убийства, хищения и лжесвидетельства¹⁴.

Известный историк права Гарольд Берман, критикуя А. Даймонда, считавшего, что «большая часть древнееврейского ветхозаветного права является также "светским правом", абсолютно отличным от религии», верно заметил: «Древние евреи никогда не признавали такого отличия и осудили бы его; для них каждое слово Библии было священно»¹⁵.

Синкретичность морали и права, повторю, характерна для всех государств древности и античности. Другое дело, что чаще всего уже сами правители стремились сакрализировать свои законы, опереться на божественную санкцию. Тот же А.П. Лопухин писал, что на найденной в XIX в. французскими археологами плите с законами Хаммурапи (у Лопухина – Аммураби), «где содержится в 44 столбцах кодекс с 282 законами, находится барельеф, который представляет картину, как царь получает благословение, а может быть, и самую

скрижал законов от бога Солнца, причем он стоит в позе того благоговейного смирения, с которым цари обыкновенно приближались к богам»¹⁶.

Другой пример дает Римская империя I-III вв., где одним из поводов для преследования христиан был их отказ поклоняться так называемому «гению императора», т.е. языческому божеству, якобы охраняющему императора (обряд состоял в воскурении фимиам на жертвеннике или в совершении жертвоприношения в честь императора¹⁷).

Характерно в этом отношении и законодательство Юстиниана (VI в.), содержащее немало норм в защиту нравственности. Современный исследователь деятельности этого византийского императора Астериос Геростергиос приводит такой пример: «Хотя преступники и могли искать убежища в церкви, Юстиниан в новелле XVII (535) приказал, чтобы это убежище не предоставлялось прелюбодеем, насильникам и торговцам проститутками, так как, согласно убеждениям, убежище Церкви создано не для злодеев, а для невинных: "[...] Привилегия получения убежища в храмах дается не преступникам, но несправедливо пострадавшим. Нельзя, чтобы в священных местах могли получать защиту и те, кто творит зло, и те, кто от него страдает»¹⁸»

По мере развития европейской цивилизации (а в духовном смысле – по мере религиозной энтропии) право и мораль всё более и более обретают признаки самостоятельных регулятивных систем, а мораль, в свою очередь, начинает разделяться на религиозную и светскую. Процесс этот, надо заметить, не был простым. Так, в XVI в. среди сторонников Реформации разгорелся спор, названный «антиномистским»¹⁹. Лидер антиномистов – ученик и друг Мартина Лютера Иоганн Агрикола – «считал, что провозглашение Закона относится к компетенции не Церкви, но магистрата или светской власти ("Десять заповедей уместны в уголовном суде, но не в Церкви", – утверждал он)²⁰». Такой взгляд основывался на обоснованном ранним Лютером положении, будто христианин спасается только верой, а не делами, а потому не нуждается ни в каких делах и, соответственно, не связан никакими заповедями и законами²¹. Однако позже Лютер смягчил эту позицию и выступил с осуждением взглядов Агриколы. В конечном итоге, как отмечают исследователи, «в пастырской и педагогической практике лютеран изменение отношения к роли Декалога проявилось в акцентировании его нравственно-дисциплинирующей функции»²². Больше того, подпись Лютера стоит под документом («Judicium», 1536 г.), где говорится, что именно светская власть есть «хранитель обеих таблиц Декалога»²³, т.е. заповедей, обращенных как к духовной, так и к бытовой жизни. А спустя век светские власти (в Англии и в Новой Англии) начали даже преследовать тех, кто отрицал обязательность следовать предписаниям Декалога. Они рассматривались как угроза социальному миру²⁴.

С точки зрения нашей темы, важно понять, чем руководствуется государство, «юридизируя» моральные нормы и «деюридизируя» нормы права, т.е. каковы критерии их разграничения. Учитывая, что этот вопрос заслуживает отдельного исследования, ограничусь следующими соображениями.

А.П. Лопухин, вслед за известным швейцарским правоведом Иоганном Блунчли (Bluntschli), критерием разграничения норм морали и права считал «объем подлежащего их ведению круга духовной жизни» и пояснял: «В то время как нравственность обнимает всю жизнь человеческого духа – до его тончайших, не подлежащих проверке, движений, право обнимает лишь ту его сторону, которая проявляется вовне и может подлежать внешней проверке, оценке и ограничению»²⁵.

На мой взгляд, это не вполне верно. Возможность «внешней проверки»²⁶ способна, конечно, служить критерием разграничения морали и права, но только дополнительным. Во-первых, по нему невозможно дифференцировать множество проявлений, которые в европейской культуре не считаются правовыми, но при этом вполне могут «подлежать внешней проверке, оценке и ограничению»:

супружеская измена (прелюбодеение), ложь, грубость, трусость и т.п.²⁷. И, во-вторых, процесс «юридизации» и «деюридизации» основывается отнюдь не только на возможности контроля, но и, как минимум, еще на двух критериях.

Первый – это степень социальной нетерпимости к тому или иному нарушению этических норм в рамках данной культуры. Есть сотни, если не тысячи правил, регулирующих, например, разные виды этикета, ведение дискуссий и т.д. и т.п. Но в подавляющем большинстве они не становятся юридическими нормами как раз потому, что не представляют настолько большой ценности, важности, чтобы их охраняла принудительная сила права. И наоборот: некоторые этические нормы становятся настолько значимыми для общества, а их нарушения настолько нетерпимыми²⁸, что преобразуются в правовые запреты и обязанности. Например, исторически лишь недавно стали юридически наказуемыми: хулиганство (ст.20.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях – КоАП РФ и ст.213 Уголовного кодекса РФ – УК РФ), появление в общественных местах «в состоянии опьянения, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность» (ст.20.21 КоАП РФ), заражение венерической болезнью (ст.121 УК РФ), оставление беспомощного человека в опасности (ст.125 УК РФ) и др.

Второй критерий можно охарактеризовать как выполнимость нормы обычным человеком. Ю.М. Батулин верно заметил, что «требования, которые предъявляет право, всегда имеют строго определенные границы, доступные всем. Предписания права точны и конкретны. Они устанавливают своего рода нижний предел, границу поведения. В противоположность этому требования нравственности беспредельны. Здесь каждый достигнутый уровень служит лишь ступенью дальнейшего совершенствования и точкой отсчета новых требований»²⁹. Поэтому, с правовой точки зрения, абсурдно и бессмысленно требовать от человека совершения нравственных подвигов³⁰ или достижения нравственного совершенства³¹.

4

Супружеская измена (прелюбодеение), ложь, грубость, трусость и т.п.³². И, во-вторых, процесс «юридизации» и «деюридизации» основывается отнюдь не только на возможности контроля, но и, как минимум, еще на двух критериях.

Первый – это степень социальной нетерпимости к тому или иному нарушению этических норм в рамках данной культуры. Есть сотни, если не тысячи правил, регулирующих, например, разные виды этикета, ведение дискуссий и т.д. и т.п. Но в подавляющем большинстве они не становятся юридическими нормами как раз потому, что не представляют настолько большой ценности, важности, чтобы их охраняла принудительная сила права. И наоборот: некоторые этические нормы становятся настолько значимыми для общества, а их нарушения настолько нетерпимыми³³, что преобразуются в правовые запреты и обязанности. Например, исторически лишь недавно стали юридически наказуемыми: хулиганство (ст.20.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях – КоАП РФ и ст.213 Уголовного кодекса РФ – УК РФ), появление в общественных местах «в состоянии опьянения, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность» (ст.20.21 КоАП РФ), заражение венерической болезнью (ст.121 УК РФ), оставление беспомощного человека в опасности (ст.125 УК РФ) и др.

Второй критерий можно охарактеризовать как выполнимость нормы обычным человеком. Ю.М. Батулин верно заметил, что «требования, которые предъявляет право, всегда имеют строго определенные границы, доступные всем. Предписания права точны и конкретны. Они устанавливают своего рода нижний предел, границу поведения. В противоположность этому требования нравственности беспредельны. Здесь каждый достигнутый уровень служит лишь ступенью

дальнейшего совершенствования и точкой отсчета новых требований»³⁴. Поэтому, с правовой точки зрения, абсурдно и бессмысленно требовать от человека совершения нравственных подвигов³⁵ или достижения нравственного совершенства³⁶.

посягательств, Чичерин отрицательно относился и к понятию «общественная нравственность»³⁷.

Похожий взгляд исповедовал крупный политический философ XX века Карл Поппер. Свое отрицательное отношение к требованию «расширить правовую сферу (т.е. сферу норм, навязываемых государством) за счет сферы собственно морали (т.е. норм, устанавливаемых не государством, а нашими собственными моральными решениями, нашей совестью)³⁸» он объяснял опасностью уничтожения моральной ответственности личности. К. Поппер исходил из того, что «мораль государства (если таковая вообще существует), как правило, значительно ниже морали среднего гражданина, так что гораздо желательнее, чтобы граждане контролировали государство, а не наоборот»³⁹.

Представители такого современного направления правовой мысли, как либертарианство (либертаризм), выступают против «морализации» права с иных позиций. Они понимают гарантии свободы как физическое невмешательство в жизнь индивида и выступают за максимальное сокращение возможностей государственной охраны публичных ценностей. Один из теоретиков либертарианства Дэвид Боуз категорически заявляет: «Каковы пределы свободы? Вывод из либертарианского принципа, гласящего, что "каждый человек имеет право жить так, как он считает нужным, если он не нарушает равные права других", таков: Ни у кого нет права совершать агрессию в отношении человека или чьей-либо собственности (курсив в источнике. – М.К.). Это то, что либертарианцы называют аксиомой неагрессии, являющейся главным принципом либертарианства»⁴⁰. В обычном языке это описывается формулой: «Живи и жить давай другим».

Либертаризм стремится, так сказать, «очистить право» от любых элементов субъективизма, чтобы минимизировать властную дискрецию. Поэтому и их правопонимание сводится к абсолютизации формальных моментов, прежде всего формального равенства в свободе⁴¹. В то же время либертарианцы по-разному оправдывают отрицание «соприкосновений» права и морали.

Так, ведущий российский представитель либертарианства В.А. Четвернин утверждает, что «моральная интерпретация права вносит путаницу в общественное правосознание и в теорию права, не способствует формированию юридического правопонимания»⁴². Н.В. Варламова объясняет, что «либертарная концепция отнюдь не отрицает существования принудительных порядков, основанных на ином (моральном, религиозном и т.п.) принципе; она просто не признаёт их правовыми, должными с точки зрения права»⁴³. А В.В. Лапаева, не соглашаясь с известным русским мыслителем В.С. Соловьевым, развивавшим идею гармонизации личной свободы и общего блага через категории нравственности, говорит, что индивидуальная правовая свобода окажется «обусловленной нравственными установками общества» и властные структуры будут навязывать человеку «от имени общества свое понимание, в чем состоит нравственное добро и общее благо»⁴⁴.

При всем различии оттенков подхода либертарианцев к идее нравственного измерения права, они сходятся в одном: правовая охрана нравственности есть покушение на свободу личности, поскольку оперирование государства моральными категориями посредством позитивного правового регулирования и правоприменения обуславливает потестарный тип властвования. Правовой же тип, по их мнению, возможен только при либертарном правопонимании.

Антитоталитарный пафос либертарианства нельзя не приветствовать. Однако категорически отнимая у права функцию охраны нравственности, полностью разъединяя понятия морали и права, эта концепция «вместе с водой выплескивает и ребенка».

Дело даже не в том, что многие юридические запреты и обязанности, в формулировках которых содержится слово «нравственность», при либертарном правопонимании перестанут существовать (например, в КоАП РФ глава 6 названа «Административные правонарушения, посягающие на здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность», а в УК РФ глава 25 – «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности»). Гораздо важнее, что постепенно будут легализованы все новые аморальные проявления. И в конечном счете это приведет к превращению права в систему, по-прежнему охраняющую... Но уже не нравственность, а безнравственность.

Разумеется, и на это могут ответить примерно так: «Что вчера считалось аморальным, сегодня есть норма». Впрочем, уже примерно так и отвечают. Известный футуролог Э. Тоффлер и его соавтор-жена вполне спокойно иллюстрируют процесс радикального пересмотра некоторых базовых этических представлений: «Возьмите, – пишут они, – например, Рики Энн Уилкинса, компьютерного эксперта с Уолл-стрит, которого "Нью-Йорк таймс" назвала "транссексуалом, хирургически превращенным из мужчины в женщину". Уилкинс возглавляет группу, которая лоббирует в Вашингтоне интересы меньшинств и заявляет, что разделение людей по половому признаку на "он" и "она" уже само по себе репрессивно, поскольку принуждает брать на себя ту или иную роль тех, кто не относится ни к тем, ни к другим»⁴⁵. И авторы делают фаталистичное заключение: «Хотим мы того или не хотим, но придется смириться с новым образом мира», ибо «те, кто недооценивает революционного характера нынешних изменений, живут среди иллюзий»⁴⁶.

Давайте проведем мысленный эксперимент. Представим, что право вообще не апеллирует к нормам морали. Станут ли граждане исполнять юридические предписания и соблюдать юридические запреты? При сохранении хотя бы нынешнего уровня свободы не станут, ибо сама сущность права предполагает внутреннее согласие с некими моральными императивами. Современная система регулирования поведения рухнет. И тогда либо государственность распадется, либо воцарится тирания.

5

А теперь попробую ответить на вопрос: какую именно этическую систему подразумевают современные конституции, говоря о нравственности?

Еще лет двести-триста назад такой вопрос показался бы неуместным, ибо в массовом европейском сознании еще сохранялась устойчивая связь между христианским мировоззрением и основанной на нем моралью. Сегодня же понятие «светское государство» принято трактовать настолько узко, что даже намеки на религиозные корни вызывает, как минимум, раздражение (чего стоит одна только история спора, следует ли упоминать о христианских корнях Европы в так и не вступившей в силу Конституции Европейского союза). А вот – частный пример подобного подхода: популярное российское электронное издание «Газета. Ru» опубликовало редакционную статью, где есть такие строки: «Конечно, главные традиционные религии России – православие и ислам – изначально резко отрицательно относятся к гомосексуализму. Но Россия – светское государство и не может опираться в светских законах на религиозные доктрины и нормы»⁴⁷.

Выше я уже писал, что процесс разъединения морали и права как регулятивных систем связан с религиозной энтропией. Но и в рамках этого процесса можно выделить периоды более активной секуляризации⁴⁸ как общества в целом, так и права в частности. К таким периодам относится эпоха Реформации, когда борьба против папства неслы в себе зерно борьбы с религиозным мировоззрением в целом, и, конечно же, эпоха Просвещения.

В нем можно найти следы и обычного (родоплеменного) права, и права античного (римско-греческого), и права канонического (церковного). Но основой европейского права всё же является христианство. Эта основа сегодня пока еще признается в историческом плане. Но всё чаще и настойчивее христианская родословная отвергается. А некоторые исследователи вообще пытаются оспорить даже само существование христианской (религиозной) основы европейского права⁴⁹. При этом многие исходят из мифологемы, будто христианство несовместимо ни с демократией, ни с правами человека.

Это не только не так, но, наоборот, прогресс права, в том числе публичного, в европейской цивилизации обязан именно христианским принципам, христианским воззрениям на мир. П.И. Новгородцев справедливо писал: «Подобно тому, как средневековая церковь, провозглашая отрешение от мира, не могла упразднить земных интересов и светских начал и сама прониклась ими, так и новое государство, как ни резко противопоставляло оно себя церковному идеалу, не могло отрешиться от христианского духа, которым проникнуто нравственное сознание новых народов. Вл. Соловьев хорошо заметил, что "неверующие двигатели новейшего прогресса действовали в пользу истинного христианства" и что "социальный прогресс последних веков совершился в духе человеколюбия и справедливости, т.е. в духе Христовом"⁵⁰.

Другое дело, что Церковь – как Католическая, так и Православная – действительно, нередко становилась на сторону тех, кто противился такому ходу истории. У А. де Токвиля есть замечательные строки, к сожалению, остающиеся актуальными и ныне: «Христианство, провозгласившее равенство всех людей перед Господом, не должно отвращать лицеизрение картины равенства всех граждан перед законом. По странному стечению обстоятельств, однако, религия в данный момент находится в союзе с теми силами, которые ниспровергаются демократией, и потому религии часто приходится отвергать любезное ее сердцу равенство и проклинать свободу как своего врага, тогда как, взяв ее за руку, она могла бы благословить ее во всех ее устремлениях. Рядом с подобными набожными людьми я вижу других, взоры которых устремлены не столько к небу, сколько к земле. Это – поборники свободы, они отстаивают ее не только потому, что видят в ней источник наивысшего человеческого благородства и доблести, но в особенности потому, что рассматривают ее как средство обретения максимальных выгод. Они искренне хотят помочь ей утвердить свою власть для того, чтобы люди вкусили ее блага. Я считаю, что этим последним следовало бы в спешном порядке обратиться за помощью к религии, ибо они должны знать, что царства свободы нельзя достичь без господства нравственности, так же как нельзя сделать нравственным общество, лишенное веры»⁵¹.

Итак, резюмирую. Правовая (конституционно-правовая) апелляция к нравственным категориям в процессе ограничения прав и свобод личности не только не менее необходима, чем апелляция к иным ценностям общего блага – безопасности государства, его территориальной целостности, демократии и др., но и в чем-то даже более необходима, ибо нравственность – это ценность, не просто скрепляющая общество, но и ограждающая его от одичания, что, в свою очередь, составляет угрозу праву и государству как таковому. Представьте, например, что запреты посягать на свободу, здоровье, жизнь человека обосновываются не нравственными идеями, а, допустим, подрывом экономической эффективности. Тогда завтра можно будет доказать, что убивать людей, относящихся к определенной категории, не только можно, но и, с точки зрения экономики, даже полезно.

Впрочем, есть и более прикладное назначение моральных категорий. Например, современная тенденция реформирования публичной службы идет не только в направлении ее «менеджеризации», но и по пути «этизации». Известный российский исследователь бюрократии А.В. Оболонский оценивает стремление ряда государств включить в систему регулирования поведения государственных служащих этические кодексы, как «значительное

повышение внимания к ценностным императивам и регуляторам поведения людей, особенно должностных лиц»⁵².

Как я уже сказал, апелляция к моральным нормам подразумевает, в рамках европейской цивилизации, апелляцию к христианской этической системе. Почему к ней? Потому, что именно христианская мораль создала современную Европу? Однако сегодня европейская цивилизация теряет свою роль во многом как раз из-за отказа от своей родословной. Очень верно горькое замечание известного философа Г.С. Померанца и З.А. Миржиной: «Первенство Европы, хоть и казалось очевидным в XIX в., но не состоялось, и сегодня она – только партнер других частей мира в глобальном диалоге. Более того, начиная с терпимости, победившей на рубеже XVIII в., Европа теряла свою христианскую окраску, и недавно госпожа А. Меркель поздравила "голубую пару" с официальным бракосочетанием»⁵³.

Наверняка, многие, даже если согласятся с исторической ролью христианства, скажут примерно следующее: «Сегодня христианская этика уже не отвечает потребностям глобального общества и поэтому само общество выработает необходимую для него этическую систему». Но в том-то и дело, что разум (рационалистический ум) неизбежно будет раздвигать границы морально дозволенного и это приведет общество к такому состоянию, при котором станет юридически разрешено совершать дикое (с позиций современных стандартов европейского этоса) поступки. Возразят: это просто будет другая цивилизация. Однако, боюсь, вряд ли ее тогда вообще можно будет назвать цивилизацией...

²Тел.: 8903-112-03-36. Адрес: Москва, ул. М.Ордынка, 17, ком.213. Электронная почта: krasnov.makmak@yandex.ru

³Несмотря на то, что в философской литературе понятия «нравственность», «мораль», «этика» разграничиваются, в настоящей статье они рассматриваются как синонимы. Нумерация моя. – М.К.

⁴В настоящей статье слово «европейское» (по отношению к государству и праву) я употребляю в цивилизационном (социокультурном), а не географическом значении.

⁵Эти термины имеют различия, но в настоящей статье применяются как синонимы.

⁶Чичерин Б.Н. Общее государственное право / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М., 2006. С.16-17.

⁷См.: Чижков С.Л. Идеальная эволюция Бориса Николаевича Чичерина. М., 2008.

⁸См. подробнее об этой концепции: Краснов М.А. Ограничение прав человека или поиск их естественных пределов? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 2.

⁹Нормативный материал для настоящей статьи получен и проанализирован с помощью Справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰Пшевцовский Адам. Защита минималистской концепции демократии // Теория и практика демократии. Избранные тексты / Пер. с англ. под ред. В.Л. Иноземцева, Б.Г.Калустина. М., 2006. С.10.

¹¹Лопухин А.П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея // Лопухин А.П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. Вавилонский царь правды Аммураби и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым / Под ред. и с предисловием проф. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2005. С.5.

¹²О них я говорю потому, что культурные корни европейской цивилизации растут из новозаветной этики, которая, в свою очередь, не противопоставляется этике ветхозаветной, а является ее более высокой нравственной ступенью.

¹³Лопухин А.П. Указ. соч. С.5.

¹⁴См.: Осавелюк А.М. Государство и Церковь. М.: Изд-во РГТЭУ, 2010. С.137.

¹⁵Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. М., 1998. С.89.

¹⁶Лопухин А.П. Указ. соч. С.270.

¹⁷Любопытно, что римские власти иногда предлагали христианам лишь для виду (формально) совершить обряд жертвоприношения или вкусить идоложертвенную пищу. Однако большинство отказывались, рассматривая это как предательство своей веры в Христа, т.е. отдавали приоритет христианской морали перед имперским правом.

¹⁸Геростергиос А. Юстиниан Великий – император и святой / Пер. с англ. прот. М. Козлова. М., 2010. С.271.

¹⁹От лат. anti – против и греч. nomos – закон. Под Законом же понимался, в первую очередь, именно Декалог.

²⁰Корзо М.А. Дискуссии о Декалоге в протестантской мысли XVI века // Философия права Пятикижия / Под ред. А.А. Гусейнова и Е.Б. Рашковского. Составитель П.Д. Баренбойм. Сборник статей. М.: Издательство «ЛУМ», 2012. С.372.

²¹См.: там же. С.372-373.

²²Там же. С.373.

²³ См.: там же. С.376-377.

²⁴ См.: там же. С.378.

²⁵ Лопухин А.П. Указ. соч. С.5.

²⁶ «Оценка и ограничение» являются производными от «внешней проверки».

²⁷ Правда, в определенных условиях некоторые из таких проявлений юридически запрещены (в основном, в судопроизводстве).

²⁸ Иногда это связано со значительным ростом числа нарушений.

²⁹ Батурин Ю.М. Конституционные оценки: правовое и нравственное измерение // Конституционные этюды. М., 2008. С. 17-18.

³⁰ Например, следование евангельской максиме: «Нет больше той любви, как если кто положит душу свою за друзей своих» (Ин. 15:13).

³¹ Вспомним разговор Иисуса Христа с богатым юношей, который спрашивая о том, что требуется для вечной жизни, получает от Спасителя ответ: «соблюда заповеди», т.е. элементарные моральные требования. И тогда «юноша говорит Ему: всё это сохранил я от юности моей; чего еще недостает мне? Иисус сказал ему: если хочешь быть совершенным, пойди, продай имение твое и раздай нищим; и будешь иметь сокровище на небесах; и приходи и следуй за Мною» (Мф. 19:20-21).

³² Правда, в определенных условиях некоторые из таких проявлений юридически запрещены (в основном, в судопроизводстве).

³³ Иногда это связано со значительным ростом числа нарушений.

³⁴ Батурин Ю.М. Конституционные оценки: правовое и нравственное измерение // Конституционные этюды. М., 2008. С. 17-18.

³⁵ Например, следование евангельской максиме: «Нет больше той любви, как если кто положит душу свою за друзей своих» (Ин. 15:13).

³⁶ Вспомним разговор Иисуса Христа с богатым юношей, который спрашивая о том, что требуется для вечной жизни, получает от Спасителя ответ: «соблюда заповеди», т.е. элементарные моральные требования. И тогда «юноша говорит Ему: всё это сохранил я от юности моей; чего еще недостает мне? Иисус сказал ему: если хочешь быть совершенным, пойди, продай имение твое и раздай нищим; и будешь иметь сокровище на небесах; и приходи и следуй за Мною» (Мф. 19:20-21).

³⁷ Там же.

³⁸ Полпер Карл Раймунд. Открытое общество и его враги. В 2 т. Т.1: Чары Платона / Пер. с англ. Под ред. В.Н. Садовского. М.: Феникс, Международный фонд «Культурная инициатива», 1992. С.152.

³⁹ Там же.

⁴⁰ Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика / Пер. с англ. под ред. А.В. Куряева. – Челябинск, 2004. С.84.

⁴¹ В.А. Четвернин, в частности, утверждает, что «в либертарной парадигме первый богат и последний нищий считаются равными – равными в свободе» (Четвернин В.А. Исторический прогресс права и типы цивилизаций // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып.2. М., 2009. С.42).

⁴² Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С.39.

⁴³ Варламова Н.В. Правопонимание: Синкретичность и «чистота» подходов // Правовые культуры: история, эволюция, тенденция развития. М., 2003. С.97.

⁴⁴ Лапаева В. Российская философия права в свете актуальных задач политико-правовой практики // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 2. С.54.

⁴⁵ Тоффлер Э., Тоффлер Х. Революционное богатство. М., 2008. С.21.

⁴⁶ Там же. С.22.

⁴⁷ Традиционная ориентация // Газета. Ру. 29 февраля 2012 г. (http://www.gazeta.ru/comments/2012/02/29_e_4016709.shtml).

⁴⁸ Несколько веков назад понятия «секулярный» и «светский» были фактически синонимами. Но сегодня их стоит различать. Если светское государство означает по отношению к церкви, если можно так сказать, организационно-правовой индифферентизм, то государство секулярное – индифферентизм мировоззренческий, хотя в реальности речь идет, скорее, о негативном отношении к религии, главным образом, христианской.

⁴⁹ Например, Н.В. Варламова отрицает религиозные корни европейского права, пытается доказать, что в его основе лежат корни магические. Исходя из того, что центральной идеей права является договор, она утверждает, что «образец» договорных отношений – это отношения магические. Ведь, по ее мнению именно «магическая система отношений характеризуется взаимностью (двусторонностью), принудительностью, эквивалентностью и договорностью. Обе стороны совершают активные взаимообусловленные действия, которые с необходимостью влекут определенные последствия (ответную реакцию контрагента)», тогда как религиозные отношения «носят односторонний (однаправленный) характер и не предполагают взаимности» (Варламова Н.В. Религиозные основания западной правовой культуры // Вопросы правоведения. 2011. № 2. С.69-70). Считая эту позицию ошибочной, причем по нескольким основаниям, я, однако, не стану здесь разбирать ее, ибо это далеко увело бы от темы.

⁵⁰ Новгородцев П.И. Лекции по истории философии права. Учения нового времени. XVI-XVIII вв. и XIX в. Изд. 2-е, испр. и доп. М., 1912. С.7.

⁵¹ Токвиль Алексис де. Демократия в Америке / Пер. с франц.; предисловие Гарольда Дж. Ласки. М., 2000. С.33.

⁵² Оболонский А.В. Мораль и право в политике и управлении. М., 2006. С.7.

⁵³ Померанц Г.С., Миркина З.А. Закаты и зори цивилизаций // Общественные науки и современность. 2012. № 2. С.155.

Европейский гуманитарный университет
Центр конституционализма и прав человека

Tauro 12, Vilnius, Lithuania, Lt-01114

tel. +**37060388347**

e-mail: **cchr@ehu.lt**