

МОРАЛЬ И СОВРЕМЕННАЯ СОЦИАЛЬНАЯ РЕАЛЬНОСТЬ

В седьмой, завершающей, главе своей книги «В защиту морали» П. Девлин конкретизирует ряд аргументов в рамках полемики с Г. Л. А. Хартом по вопросу соотношения права и морали. Опираясь на рекомендации Комитета Волфендена, предложившего кардинальное реформирование английского уголовного законодательства в сторону декриминализации ряда уголовно наказуемых действий с аморальным содержанием, Девлин отмечает их крайнюю противоречивость с точки зрения защиты ценностей общественной морали. В главе также представлена критика ключевых аргументов доктрины Дж. С. Милля о балансе свободы и государственного принуждения.

Ключевые слова: общественная мораль, право, правовое принуждение, сфера частной жизни, юридический морализм, Дж. С. Милль, Г. Л. А. Харт.

Те, кто следит за текущими спорами о взаимоотношениях между правом и моралью, вольны теперь выбирать из ряда доктрин. Прежде всего, это доктрина Милля о свободе, сформулированная им в 1859 г. [1]. Затем доктрина судьи Стивена, содержащаяся в его опубликованной в 1873 г. работе «Свобода, равенство, братство» [2], интерес к которой недавно возродился благодаря подробному исследованию профессора Харта в его книге «Право, свобода и мораль» [3]. Кроме того, в отчёте Комитета Волфендена¹ был представлен основополагающий принцип, в соответствии с которым «должна оставаться сфера частной морали и безнравственности, которая, если говорить кратко и грубо, не является делом закона» [4, р. 53]. Судья Стивен и я вряд ли можем притязать на право представлять цельные доктрины, но на нас все же обратили внимание, потому что, как выразился профессор Харт, «хотя их аргументы в некоторых моментах и запутаны, они всё же, безусловно, заслуживают комплимента рациональной оппозиции» [3, р. 17]. Существуют также и другие современные доктрины, в частности доктрина доктора Сент Джон-Стеваса² [5].

Поэтому интересоваться, каких именно взглядов придерживается профессор Харт, не будет для нас преждевременным занятием.

В настоящее время об этом можно сказать четыре вещи. Во-первых, это не доктрина, провозглашенная самим Миллем, хотя профессор Харт по-прежнему отдаёт должное 'знаменитому изречению'³, которое служит ядром воззрений Милля на свободу. Во-вторых, она ещё не была изложена

с такой силой ясности и определённости, которые в свое время так убедительно использовал Милль, и которыми, могу сказать без лести, по общему признанию обладает профессор Харт. В-третьих, её природа до сих пор была раскрыта лишь от случая к случаю в ходе попыток профессора Харта привести доктрину Милля в контакт с 'современной социальной реальностью'. В-четвёртых, когда доктрина будет изложена, то, вероятно, она будет хорошо укоренена в 'твёрдой почве' [*terra firma*] этой самой реальности, поскольку одно из общих возражений профессора Харта против взглядов Стивена и моих собственных состоит в том, что с нами такого никогда не случится. «Доктрина Стивена и большая часть доктрины лорда Девлина, — пишет профессор Харт, — парят над 'твёрдой почвой' современной социальной реальности; вполне вероятно, это отлично сформулированные интеллектуальные конструкции, интересные тем, что выявляют характерное для английской судебной системы мировоззрение, но они не применимы к современному обществу» [3, р. 63].

Я, правда, не знаю, что это такое — мировоззрение английской судебной системы. Действительно, академические критики чаще обвиняют судей в том, что они ползают по 'твёрдой почве', уткнувшись в неё носом, нежели парят над ней. Но в таком случае, занимаясь внесудебной деятельностью, я должен сразу же признать этот упрек. Я и не думал, что мои взгляды имеют хоть какое-то отношение к современной социальной реальности. Я считал, что они были абсолютно доктринерскими. В кон-

це концов, доктрина Милля существует уже более века, и никто никогда не пытался применить её на практике. Подавляющее большинство людей в этой стране по-прежнему считают, что определённые виды действий являются морально неправильными, и вполне удовлетворены тем, что как таковые они должны быть запрещены законом. Есть активные и умные люди, продвигающие правовые реформы, которые, как считается, связаны с некоторым нарушением моральных принципов, например, в области аборт и эвтаназии. Однако никто не заходит так далеко, чтобы открыто утверждать, что аборт и убийства взрослых людей по взаимному согласию не являются делом закона. Рекомендация Комитета Волфедена, согласно которой сексуальные отношения между взрослыми однополыми партнёрами по взаимному согласию более не должны быть уголовно наказуемы [4, р. 53], не получила одобрения населения, несмотря на поддержку подавляющим большинством членов этого Комитета. На свободном голосовании в Палате общин в 1960 г. рекомендация была отклонена подавляющим большинством голосов. Если когда-нибудь будет внесён законопроект о реформе, чтобы привести её в действие, такой законопроект, смею предположить, будет поддержан только на практических основаниях, которые так убедительно изложены в докладе; и любой пылкий теоретик, пытающийся сказать собравшимся законодателям, что их долг — без лишних слов отменить закон, который никогда не был их делом, скорее всего, будет бесцеремонно одёрнут [to be pulled down by the coat-tails] стоящими за ним современными реалистами.

Давление общественного мнения, которое, в конечном счете, создаёт и отменяет законы, находится не в устах людей, более остальных рассуждающих о морали и реформах, а в сердцах тех, кто без особых раздумий продолжает верить в большую часть того, что они усвоили от своих отцов и теперь учат этому своих детей. То, во что они верят, может быть совершенно неправильным, но это вполне современно и не менее реально. Именно поэтому в демократическом обществе существующие законы содержат лучшее и наиболее полное изложение современной социальной реальности, хотя и не совершенное. Всегда найдётся какой-нибудь неотменный юридический 'хлам', от которого особо никто не стремится избавиться. Более того, по своей природе закон не может мгновенно реагировать на новые события и нуждается в корректирующем наблюдении со стороны человека, определяющего силу и направление ветра перемен. Например, можно утверждать, что смертная казнь — это устаревшая идея, от которой нам пора бы избавиться. Осмелюсь предположить, что большинство всё ещё выступает за её сохранение, но, вероятно, с меньшей верой в её ценность, и Палата общин фактически проголосовала за её отмену. Идеи реформаторов, как бы хорошо и ясно они ни были выражены, будут отражать не современные социальные реалии, а служить всего лишь желаемым образом того общества, которое они хотели бы видеть, — по меньшей мере до наступления момента, когда против того или иного закона не начнется сильное общественное давление. И если они когда-то и станут современными, — маловероятно, что они примут точную форму желаемого. В настоящее время нет реального общественного давления, с которым рано или поздно пришлось бы считаться правительствам, в интересах какой-либо реформы права, требую-

щей изгнания принципов морали. Доктрина Милля о свободе не совершила никаких завоеваний на 'твёрдой почве' нашей социальной реальности.

Я сказал всё это не для того, чтобы принизить ценность передового мышления. Я протестую только против того, что каждый, кто не согласен с немедленной колонизацией всех территорий, которые недавно были разведаны, и на которых прошли первые незначительные стычки, лишен чувства современной реальности. Также я не использую слово 'доктринёрский' с презрением. Я считаю, что споры о доктрине не только полезны, но и весьма интересны. Я не думаю, что подобные доктрине Милля взгляды на свободу когда-либо будут приняты или что когда-либо будет создан закон в соответствии с заложенными в них принципами. Многолетняя экспертиза выявила слишком много практических противоречий [impracticabilities], а также, возможно, как предполагает профессор Харт, и 'теоретических недостатков' [3, р. 16]. Однако в этой доктрине есть зерно истины, оказавшее огромное влияние на тех, кто её изучал и продолжает изучать. Несомненно, профессор Харт согласился бы с этим, хотя мы с ним глубоко расходимся во взглядах на то, что является истиной, а что — ошибкой. Это битва, которую стоит вести, но она не имеет никакого отношения к современной социальной реальности.

По этой причине я сомневаюсь, что сейчас было бы полезным рассматривать доктрину Милля, за исключением частных случаев её применимости к социальной реальности. Разумеется, противники этой доктрины в вопросах морали, такие как судья Стивен и я, не должны определять, как её применять. Самое большее, что мы можем сделать — и, возможно, лишь в той мере, в которой это правомерно — обратить внимание учеников Милля на тот факт, что в Англии, как и во многих других странах, всегда существовало большое количество законов, которые не согласуются с требованиями их собственной доктрины, и поинтересоваться, что они предлагают (если вообще что-то предлагают) с этим делать. На самом деле и Стивен, и я, размышляли над этой проблемой, начав с того, что профессор Харт назвал 'не очень пронищательными замечаниями' [3, р. 29].

Милль оставил ответ на вопрос Стивена своему ученику, Джону Морли, который отверг подобное обращение к современной социальной реальности как 'суетливую тяжеловесность' [bustling ponderosity]. По его словам, это не имеет никакого значения. Вопрос не в том, каковы законы, а в том, какими они должны быть. Я думаю, дискуссия и оставалась бы на высоком теоретическом уровне, если бы профессор Харт не привлек в нее 'практические соображения' [practical mind]. Между прочим, Морли имел редкие для философа-рационалиста возможности применить свои теории на практике. Он был членом парламента в течение многих лет и одним из четырёх человек, составивших доминирующую фракцию в последнем кабинете мистера Гладстона⁴. Но, похоже, он так и не воспользовался своими возможностями.

Профессор Харт не придерживается столь высокой теоретической планки. Он признаёт «безобидный консервативный принцип, согласно которому существует презумпция, что общие и давно установленные институты, вероятно, имеют достоинства, неочевидные для философа-рационалиста» [3, р. 29]. Я не хочу здесь оценивать вес, который следует придавать такому консервативному прин-

ципу. Я думаю, если можно так выразиться, что профессор Харт прав, полагая, что для многих умов убедительная сила данного принципа будет весьма значительной и что, так сказать, ему стоит заняться этим вопросом, чтобы прояснить, если он сможет, то, что, по его словам, является 'запутанным и сбивающим с толку' [3, р. 29] использованием Стивеном и другими, включая меня, примеров, взятых из действующего права. К ним относятся два основополагающих принципа и восемь конкретных преступлений, *prima facie* несовместимых с доктриной, согласно которой уголовный закон должен использоваться только для защиты других лиц от вреда, на который они не дали согласия. Профессор Харт оставил бы оба принципа в том виде, в котором он сам их и разъяснил, а также два из восьми конкретных преступлений — двоежёнство и жестокое обращение с животными. Одно из преступлений — гомосексуализм — он бы упразднил (разумеется, я рассматриваю подобное преступление только в той мере, в какой они относятся к действиям, совершаемым взрослыми людьми наедине и по обоюдному согласию). Есть ещё пять преступлений, а именно аборт, содомия в форме скотоложества, кровосмешение, непристойное поведение, например торговля порнографией, и преступления, связанные с проституцией, такие как сутенёрство, сводничество и содержание публичных домов, которые удобно классифицировать как коммерциализация порока. Но Профессор Харт молчит обо всем этом, хотя есть основания полагать, что он не предоставил бы ни абортам, ни коммерциализации порока полной защиты, предоставляемой частной сферой⁵. Несомненно, последнее было отказано в защите в соответствии с рекомендациями Комитета Волфендена по проституции.

Надеюсь, не будет слишком неблагородным предположить, что профессор Харт выбрал только те примеры, с которыми ему удобнее всего иметь дело, однако было бы также нечестным не признать, что он, я полагаю, первый высокий авторитет, который до них снизошел. Любопытно, что спустя столетие после изложения доктрины Милля до сих пор невозможно сказать, какие именно поправки к уголовному законодательству из неё вытекают; и существует только одно преступление — гомосексуализм, о котором достоверно известно, что оно относится к сфере частной жизни.

Я хотел бы рассмотреть, каким образом профессор Харт предлагает решать эти вопросы. Моя цель не в том, чтобы выяснить, насколько профессор Харт в этом преуспел, — по моему непреложному мнению, в рамках изложенной им доктрины Милля он терпит неудачу. Моя цель — понять, что происходит с доктриной Милля в процессе подобного изложения. Мне кажется, она так сильно ударилась о 'твердую почву', что расплющилась до неузнаваемости; и то, что профессор Харт готов ей отдать должное, можно разглядеть только сквозь очень мутное стекло.

Первое столкновение принципов возникает по поводу того, какую роль играет мораль в оценке наказания. Милль не допускал, чтобы мораль играла какую-либо роль в вопросах правотворческой деятельности [the making of the law]. Основная часть уголовного права посвящена преступлениям, которые имеют две характеристики: они являются преступлениями против морального права и причиняют физический вред личности или имуществу

других лиц. Только вторая характеристика, по мнению Милля и его учеников, оправдывает существование права. Но если оправданием правотворчества служит простое предотвращение вреда, то преступник должен понести соответствующее наказание. Он должен быть наказан за кражу так же, как, например, за нарушение правил парковки; наказание должно быть рассчитано таким образом, чтобы предотвратить повторение этого преступления с его стороны и удержать других от его совершения. Моральная вина правонарушителя не является вопросом права⁶.

На самом деле закон применяется не так. И хотя степень моральной вины — не единственный фактор, определяющий суровость приговора, она повсеместно считается очень важным обстоятельством. Проявляется это двумя способами. Во-первых, в градации преступлений в перечне уголовных дел, рассматриваемых судом в конкретный день [the criminal calendar]: преступления располагаются по степени тяжести, а не просто в соответствии с причинённым вредом. Во-вторых, в учёте жестокости способа совершения преступления: приговоры за кражу не ранжируются просто по количеству украденных денег или даже с помощью более тонких методов оценки причинённого вреда.

Профессор Харт не выступает, как можно было бы подумать, за исключение морали из оценки наказания. Вместо этого он проводит различие между системой наказания, согласно которой наказанию подлежит только лишь причиняющее вред поведение, и непосредственным размером наказания. Он описывает как 'поучительную ошибку' [3, р. 34] неспособность Стивена увидеть различие между системой и размером. У меня есть сильная предположенность думать, что во всяком высказывании профессора Харта всегда есть что-то важное, но здесь я признаюсь, что не вижу ни ошибки, ни того, чему она должна была бы нас научить. В английском праве прочно укоренилась доктрина, согласно которой власть, предоставленная для одной конкретной цели, будь то министру или судье, не должна использоваться ради достижения другой. Это считается злоупотреблением властью, и его предотвращение необходимо для существования свободного общества. На основе права в его нынешнем виде было бы злоупотреблением властью наказывать за безнравственность, которая находится вне ведения закона. Иногда случается так, что действие, которое является нарушением уголовного закона, также является нарушением той части морального права, которая не включена в уголовный закон. Так, например, обман может включать в себя прелюбодеяние. В таком случае было бы неправильным, если бы судья увеличил срок наказания, соответствующий этому преступлению, из-за прелюбодеяния. Судья может назначить наказание в соответствии со степенью безнравственности самого деяния, но он должен делать это независимо от не имеющей никакого отношения к делу безнравственности [extraneous immorality]. Согласно доктрине Милля, любая безнравственность является таковой. Моральное содержание закона, если оно имеется, является случайным, и его наличие или отсутствие не должно иметь никакого значения.

Позвольте мне это проиллюстрировать сравнением морали с религией. Принятие закона, имеющего своей целью простое принуждение к соблюдению религиозных убеждений, справедливо будет считаться неприемлемым. Означает ли это, что те-

перь мы должны отменить закон, запрещающий, например, воскресную торговлю? Не обязательно, поскольку желательно, чтобы существовал всеобщий день отдыха, и это могло бы быть как воскресенье, так и любой другой день, который можно было бы оправдать на этом основании. Но если запрет на торговлю нарушит верующий еврей, — правильно ли в таком случае удвоить наказание на том основании, что он нарушил религиозный принцип, так же как и нормы социального регулирования? Это немедленно осудили бы как вмешательство религии в вопросы права. Почему же тогда в сфере наказания допустимо привносить мораль в закон?

Ошибка Стивена, по мнению профессора Харта, заключается в том, что он «не видит, что вопросы 'Какого рода поведение может быть оправданно наказуемым?' и 'Насколько строго мы должны наказывать различные правонарушения?' являются отдельными и независимыми вопросами» [3, р. 36]. Я не думаю, что это независимые вопросы. Они представляют собой примеры деления (сделанного для удобства) единственного вопроса: 'Что оправдывает вынесение наказания?'. Оправдание должно быть найдено в законе, и не может быть закона, который не касался бы нравственности человека, но в то же время позволял бы ему быть наказанным за его безнравственность. Если представить себе судью, который делит приговор на части и приговаривает человека к трём месяцам за вред, который он причинил своей жертве, и к шести месяцам за его злодеяния, совершенные в ходе причинения самого этого вреда, то результат был бы точно таким же, как если бы он был обвинен отдельно по двум разным статьям закона, одна из которых квалифицирует деяние как преступление, совершенное без какого-либо умысла, а другая — как более тяжкое преступление, совершенное со злым умыслом. Рассмотрим более правдоподобный пример такого рода, приведенный Стивеном. Судья говорит заключенному: «Это — твоё первое преступление и мелкая кража. В обычных обстоятельствах я бы дал тебе ещё один шанс. Однако эта конкретная кража была очень подлой: ты украл деньги у человека, который доверял тебе и оказывал тебе поддержку. Я не могу оставить это без внимания и приговариваю тебя к трём месяцам тюремного заключения». Здесь мы имеем наказание за моральную развращённость и ни за что другое.

Я не оспариваю причины, которые профессор Харт приводит для того, чтобы позволить моральным соображениям участвовать в оценке наказания. Он указывает [3, р. 36–37], что, если шкала наказаний за преступления будет противоречить общепринятым оценкам их сравнительной злостности, моральные суждения будут искажены, и закон окажется под угрозой. Принципы справедливости или честности по отношению к разным правонарушителям, говорит он, требуют, чтобы к морально различным преступлениям относились по-разному, а к морально похожему — одинаково. Я согласен с этим. Но мне кажется, что это заставляет его отказаться от собственной твердой позиции, согласно которой закон не имеет отношения к морали как таковой. Он говорит: «... в теории наказания морально терпимое в итоге, вероятно, будет сложнее, чем можно было бы предположить, исходя из наших теорий. В жизни общества мы обычно не стремимся к реализации единственной ценности или единственной нравственной цели, но беспокорясь о необходимости находить ее компромиссы с дру-

гими» [3, р. 38]. Это, если можно так выразиться, золотые слова. Но почему только 'в теории наказания'? Подобные соображения, которые в равной степени применимы к вопросам правотворчества, — применимы и к вопросу о том, должен ли, например, вообще существовать закон против гомосексуализма. Если эти законы, о которых идет речь, будут отменены, наши моральные суждения могут быть искажены, и тогда наши законы окажутся под угрозой, поскольку люди увидят, что моральное зло остается безнаказанным. И это один из аргументов против их отмены. Кроме него есть аргументы о страданиях, причиненных людям, и так далее. Решением мог бы стать компромисс. Однако профессор Харт на него не пойдет, поскольку полагает, что гомосексуальность находится в сфере, в которую закон не должен вмешиваться, так что он не может обсуждать условия для подобного вмешательства. Это теоретическое предложение, и его следует защищать в качестве такового.

Не может быть никакого компромисса и в теории наказания. Если бы доктрина Милля случайно стала действующим правом и мы бы обсуждали, как заставить неосуществимую часть этой теории работать так, чтобы вызвать как можно меньше недовольства у здравомыслящих людей, тогда то, что говорит профессор Харт, было бы очень кстати. Однако мы обсуждаем совсем другое. Мы пытаемся выяснить, согласуется ли теория о том, что закон не может использоваться для принуждения к нравственности как таковой, с теорией о том, что наказание по закону может быть скорректировано в соответствии с моральной тяжестью совершенно поступка. На мой взгляд, это не так, и мне кажется, что мы бы просто выхолостили доктрину Милля, утверждая, что она должна применяться только к вопросам создания закона, но не его применения.

Второй фундаментальный принцип имеет отношение к функции согласия в уголовном праве. По мнению Милля, она всегда должна служить хорошей защитой, потому что закон должен быть направлен только на причинение вреда другому против его воли. Но в целом согласие не служит нам защитой, хотя существуют преступления, вроде изнасилования и воровства, в которых отсутствие согласия является составной частью преступления и должно быть соответствующим образом доказано обвинением. Одним из примеров обычных преступлений, в которых согласие не может быть защитой, является убийство в случаях эвтаназии, дуэли и договоров о самоубийстве. Другим примером является применение насилия или угроза его применения [assault]; возможно, сегодня наиболее вероятным случаем добровольного подчинения подобному насилию была бы некоторая форма мазохизма.

Вывод, который я сделал из этого в своей первой лекции, состоял в том, что нарушение уголовного закона рассматривается как преступление не только против пострадавшего человека, но и против общества в целом; действие, совершенное по согласию, такое как эвтаназия, может быть запрещено только как нарушение морального принципа, соблюдение которого требует общество. Профессор Харт прямо говорит, что этот вывод 'попросту неверный' [3, р. 31]. Такой акцент в его оценке говорит о том, что я упустил из виду очевидное. Увы, я не предвидел, что некоторые члены команды, плывущей под флагом свободы Милля, взбунтуются и поднимут на мачту патернализм. Профессор Харт считает, что именно патернализм, а вовсе не моральный

принцип, является оправданием закона в этих вопросах. И, благодаря этому, он принимает второй принцип: «Правила, исключаящие согласие жертвы в качестве защиты при обвинении в убийстве или применении насилия, вполне могут быть объяснены как проявление патернализма, призванного защитить людей от самих себя» [3, р. 31].

«Милль, без сомнения, мог бы возразить» [3, р. 31], — продолжает профессор Харт, пытаясь и дальше выхолощивать его доктрину. Это разрывает само сердце доктрины Милля: «Личное же благо самого человека, физическое или моральное, не составляет достаточного основания для какого бы то ни было вмешательства в его действие. Никто не имеет права принуждать человека что-либо делать, или что-либо не делать, на том основании, что от этого ему самому было бы лучше, или что от этого он сделался бы счастливее, или наконец, на том основании, что, по мнению других людей, поступить известным образом было бы мудро или даже правильно» [1, р. 22].

Профессор Харт предполагает, что Милль мог возражать не столько против патернализма, сколько против принуждения к соблюдению требований моральных принципов⁷. Свое мнение он основывает на том, что Милль особо выделяет три причины, по которым подобное принуждение было бы неправомерным. По его словам, их следует разделять: первые две, как я понимаю, относятся к патернализму, а третья — отвечает за принуждение к морали. Такое прочтение кажется мне вынужденным. Милль излагает свои доводы в виде суммы, а не в виде отдельных альтернатив. Если человек поступает мудро и правильно, то, по мнению Милля, это делает его лучше и счастливее. Он не проводил бы между ними различия. Однако в любом случае профессор Харт совершенно ясно дает нам знать, что, если доктрину Милля можно поделить на части, он отказался бы, по крайней мере, от половины.

Я думаю, если с моей стороны это не будет слишком дерзким замечанием, что аргументация профессора Харта могла бы быть более убедительной, если бы он не включил в неё Милля. Он не получает никакого преимущества, ссылаясь на его авторитет. Если Милль явным образом ошибался в своих оценках патернализма, почему он должен быть прав в тех случаях, когда речь заходит о вопросах принуждения к соблюдению морали? Освободившись от 'бремени' Милля [the incubus of Mill], профессор Харт, без сомнения, самостоятельно и со свойственной ему точностью изложил бы то, как он определяет границы частной сферы. Но в данном случае он прибегает к помощи того, что без преувеличения называет 'модификацией' Милля [3, р. 33]. Я, например, остаюсь в искреннем недоумении относительно того, что это за модификация.

Очевидно, что она должна хотя бы в какой-то степени соответствовать патернализму. Однако будет ли это полным патернализмом, т.е. будет ли охватывать всё, что делает человека лучше и счастливее? Или же будет проводиться различие между физическим благом человека и его моральным благом? Является ли профессор Харт, так сказать, физическим патерналистом и моральным индивидуалистом? Я полагаю, ответ на этот вопрос можно было бы найти, но только в том случае, если бы мы точно знали, в чём именно заключается различие между патернализмом и юридическим морализмом. Прене-

брежение этим различием, по словам профессора Харта, является 'формой более общей ошибки' [3, р. 34]. Но что такое юридический морализм? Он возникает, когда судьи «изо всех сил стараются выразить точку зрения, согласно которой поддержание сексуальной морали является надлежащим образом частью того, чем должно заниматься право» [3, р. 6]. И это всё, что говорит профессор Харт.

И все же, что это? Если это всего лишь предостережительная судебная привычка морализировать сказанное [obiter], тогда её нельзя противопоставить патернализму так, чтобы возникло поучительное различие. Может быть, это всего лишь другой способ описания патернализма в вопросах морали, который я буду называть для краткости моральным патернализмом? Это сделало бы весь аргумент абсолютно понятным, при условии, что мы могли бы провести границу (что я считаю невозможным по причинам, которые я приведу ниже) между физическим и моральным патернализмом.

Если речь идет не об этом различии, тогда нам следует искать его на границе между юридическим морализмом и полным патернализмом, т.е., видимо, между применением права для принуждения к соблюдению требований морали и применением права с целью заставить человека делать то, что отвечает его собственному моральному благу. Несомненно, такое различие лучше всего соответствует языку профессора Харта. И хотя он никогда прямо не определяет способы использования принимаемого им патернализма, в тексте есть отрывки, которые позволяют нам предположить, что это самая полная его разновидность. Но разве полный патернализм не оправдывает законы против безнравственности? Говоря здесь о безнравственности, я буду ограничиваться только примером с гомосексуализмом, поскольку, как я уже сказал выше, это единственная безнравственность, о которой мы знаем наверняка, что, по мнению профессора Харта, она не только охватывается существующим уголовным законом, но и входит в сферу частной жизни, которая не должна быть делом закона. Разумеется, патернализм передаст гомосексуализм в ведение закона, если он содержит в себе моральный вред для человека, который находится под его опекой. И тем не менее, если во всем этом и есть хоть капля ясности, то она именно в том, что профессор Харт полностью поддерживает рекомендацию Комитета Волфендена об отмене закона против гомосексуализма на основании того, что подобные вопросы не подлежат правовому регулированию.

Давайте рассмотрим, как деловало бы переформулировать 'знаменитое изречение' Милля, чтобы охватить эти альтернативные гипотезы.

Во-первых, опираясь на предположение, что оно должно охватывать только физический патернализм, оно могло бы выглядеть следующим образом: «Единственные две цели, ради которых власть может быть законным образом осуществлена над любым членом цивилизованного сообщества против его воли, это предотвращение вреда другим либо для его личного физического блага, — его собственное моральное благо не является достаточным основанием. Его законно могут принудить что-либо сделать или воздержаться от этого, на том основании, что физически так будет лучше для него либо он станет от этого [физически?] счастливее, но не потому, что, по мнению других, поступить подобным образом было бы мудро или даже правильно».

Во-вторых, если исходить из того, что оно должно охватывать полный патернализм, физический и моральный, оно должно быть сформулировано иначе: «Единственные две цели, ради которых власть может быть законным образом осуществлена над любым членом цивилизованного сообщества против его воли, это предотвращение вреда другим либо для его личного физического или морального блага. Следовательно, его личное благо, физическое или моральное, служит достаточным основанием. Его законно могут принудить что-либо сделать или воздержаться от этого, на том основании, что так будет лучше для него либо он станет от этого счастливее, но не потому, что, по мнению других, поступить подобным образом было бы мудро или даже правильно».

Очевидно, что первый вариант привлекательнее, чем второй. Сторонники первой формулировки, готовые поверить в делимость доктрины Милля, вполне могут заявить, что предложенная ими поправка аннулирует не более половины исходной доктрины и поэтому может считаться актом модификации. Вторая формулировка, как мне кажется, вредит всей доктрине, разрушая её почти полностью прямым противоречием, и вдобавок оскорбляет её посредством сведения к очевидной бессмыслице. Если закон не позволяет человеку самому судить, делает ли поступок его лучше и счастливее, то как еще об этом можно судить, кроме как по мнению других? А если, по мнению других, поступок неразумен или ошибочен, тогда как он может, по их мнению, сделать его лучше и счастливее?

Рассмотрим теперь различие между физическим и моральным патернализмом, на котором основана первая формулировка 'знаменитого изречения'. Когда речь идёт об исключении согласия в качестве средства защиты от обвинений в убийстве или применении насилия, профессор Харт использует фразу, которая позволяет предположить, что он проводит различие между физическим и моральным патернализмом. Он говорит о «применении закона для защиты от телесных повреждений даже согласной на них жертвы» [3, р. 31; курсив П. Д. — Прим. переводчиков]. Но я не думаю, что слово 'телесный', по крайней мере здесь, можно было бы использовать в качестве основания для различия. Было бы совершенно нереальным трактовать преступления, о которых говорит профессор Харт, как преступления против тела человека, выразившего на то свое согласие, а не как преступления против морали. Выше я уже предположил, что наиболее распространённым случаем, когда человек добровольно подчиняется насилию, является мазохизм. Говорить, что в подобном случае закон должен вмешаться не из-за порока, а для того, чтобы защитить человека в его собственных интересах от телесных повреждений, вряд ли имеет смысл. То же самое можно сказать и в случае эвтаназии. Нельзя всерьёз утверждать, что, если бы не существовало никаких моральных принципов, закон в свободной стране указывал бы человеку, когда ему умирать, а когда нет, исходя из своего патерналистского интереса к его телу, а не душе. Или, что в случаях эвтаназии преступление заключается не в моральном решении искать собственной смерти, а исключительно лишь в физическом, очевидно обезболивающем действии, которое она вызывает.

Ведь, если в законе, запрещающем мазохизм и эвтаназию, присутствует элемент физического патернализма, тогда такие преступления какотся

мне столь же хорошими примерами, как и любые другие, которые можно было бы выбрать в качестве иллюстрации трудностей разграничения физического и морального патернализма на практике. Ни в теории, ни на практике нельзя провести границу между законами, контролирующими физическое благополучие человека, и законами, которые контролируют его моральное благополучие. Если бы патернализм был действующим принципом, ни один отец семейства не стал бы довольствоваться заботой о физическом благополучии своих детей, предоставив их нравственность им самим. Если у общества есть интерес, позволяющий ему принимать законы в одних случаях, то почему бы не делать этого и в других? Если же мы достаточно взрослые, чтобы самим заботиться о своей нравственности, то почему бы нам в таком случае не позаботиться и о своем теле?

Термины, которыми профессор Харт обосновывает близкий ему вид патернализма, приводят к тому же выводу. По его словам, «наблюдается общий упадок веры в то, что люди сами лучше всего знают, в чем именно состоят их собственные интересы» [3, р. 32]. Нет никаких оснований полагать, что, если люди не способны без посторонней помощи видеть свое личное физическое благо, они могут судить о собственном моральном благо. Далее он продолжает: «Выбор может быть сделан или согласие дано без адекватного размышления или оценки последствий; или в погоне за мимолетными желаниями; или в различных затруднительных ситуациях, когда суждение может быть загуманено; или в силу непреодолимого внутреннего психологического влечения; или под давлением других людей, слишком тонким, чтобы его можно было доказать в суде» [3, р. 33]. Подобные слова, как мне кажется, могли быть написаны в расчёте на гомосексуальных людей. Именно моральная слабость, а не физическая, приводит к затруднительным ситуациям, когда суждение может быть загуманено, является причиной непреодолимого внутреннего психологического влечения.

Такие соображения приводят нас к выводу, что различие между моральным и физическим патернализмом — это совсем не то, о чем говорит профессор Харт. Но альтернативная гипотеза кажется нам ещё более неприемлемой. Если так трудно установить границу между моральным и физическим патернализмом, то провести хоть скольнибудь значимую линию, отделяющую моральный патернализм от осуществления морального права, просто-напросто невозможно. Моральный закон, т.е. общественная мораль, необходимы для патернализма, иначе нельзя было бы прийти к общему мнению относительно того, что является для человека его моральным благом. Когда общество принуждает человека действовать ради его собственного морального блага, оно обеспечивает соблюдение морального закона, поэтому говорить, что общество действует ради собственного блага человека, а не в целях применения закона, не значит вводить какое-либо различие. Означает ли подобный отказ от юридического морализма, что судья, вынося приговор, не должен упоминать, что он исполняет закон, но только то, что он действует во благо самого человека?

Даже это различие исчезает, если, как считает профессор Харт, судья имеет право при вынесении приговора принимать во внимание нарушение морального закона. В подобных обстоятельствах

судебный приговор, отклоняющий любые упреки в юридическом морализме, должен быть сформулирован следующим образом: «Джон Дроу и Ричард Роу, вы признали себя виновными в акте грубой непристойности. В нашей стране мы считаем такие действия морально неправильными, но вы находитесь на скамье подсудимых не из-за этого. Вы находитесь на скамье подсудимых, потому что нарушили закон, который был принят для вашего собственного морального блага, и потому что мой долг — не допустить, чтобы вы вновь его нарушили. Если бы я думал только о вашем собственном благе, я должен был бы связать вас обязательством пройти психиатрическое лечение. Но закон гласит, дабы не давать повода для искажения моральных суждений и тем самым не бросать тень на сам закон, я должен при вынесении своего приговора учитывать безнравственность вашего поступка. Поэтому я приговариваю каждого из вас к трём месяцам тюремного заключения».

Наконец, даже если и возможно, в чем я сомневаюсь, провести теоретическое различие между моральным патернализмом и принуждением к соблюдению требований морали, оно не имеет никакого отношения к данному аргументу. Весь вопрос в том, существует ли сфера частной морали и безнравственности, которая не является делом закона. Патернализм, если только он не ограничен каким-то все ещё не установленным нами образом, должен, как я уже отмечал, всякую мораль делать делом закона.

Таким образом, обе рассматриваемые мной формулировки приводят к несостоятельным, если не сказать абсурдным, взглядам. Какая бы модификация доктрины Милля ни предполагалась профессором Хартом, вряд ли она ведет нас к абсурду. Так что он, должно быть, имеет здесь в виду альтернативу, которую он просто ещё не сформулировал.

В дополнение к необходимости учитывать принцип патернализма, любая повторная либо даже новая формулировка 'знаменитого изречения' обязана будет принимать во внимание и некоторые другие поправки, которые профессор Харт готов признать. Жестокое обращение с животными тоже может стать преступлением, если защита от вреда будет распространяться не только на человечество, но и на всех живых существ. Такая мысль вполне могла прийти в голову Миллю, поскольку в «Утилитаризме», предлагая нам свое определение стандарта морали, он ссылается не только на 'всё человечество', но и 'насколько это позволяет природа вещей, на все разумное творение' [7, р. 11]. И все же в своем 'знаменитом изречении' он не осмелился расширить границы морали за пределы человечества. Поэтому не сразу понятно, каким образом подобная поправка должна быть согласована с его доктриной, ведь если (помимо обязанности воздерживаться от жестокости как морально вредного действия для самого нарушителя) мы признаем свой долг по отношению к животным, он не будет обязательством того же самого рода, что и долг по отношению к другим членам нашего общества.

Двоежёнство также является преступлением, которое профессор Харт готов принять на том основании, что оно является публичным актом, оскорбляющим религиозные чувства [3, р. 42]. Он считает сомнительным, что именно на этом основании Милль допустил бы наказание за двоежёнство. В области публичных действий Милль делал исключение только для тех из них, что 'являются на-

рушением хороших манер', и в эту категорию он включал также 'преступления против приличия' [1, р. 176].

Двоежёнство не нарушает ни хороших манер, ни приличий. Поэтому ученикам Милля трудно иметь дело с подобным преступлением. Когда оно совершается без обмана, оно никому не вредит; и тем не менее, в наше время лёгких разводов двоежёнцы не вызывают такого же сочувствия, как гомосексуалисты, и никто не проявляет особого энтузиазма по поводу изменения закона в их пользу. Были выдвинуты различные причины оставить закон в его нынешнем виде, но причина, выбранная профессором Хартом, ранит доктрину Милля больше, чем любая другая. Зарегистрированный в официальном органе брак только по форме является публичным актом. Принятое же самим Миллем исключение основано не на формальном различии между общественным и частным, а на праве общества не допускать, чтобы ему навязывали неподобающее поведение. Никто из людей с подлинно глубокими религиозными чувствами, скорее всего, не будет присутствовать на регистрации такого брака, и вероятность того, что счастливая пара при выходе из официального органа столкнется с человеком, который случайно соединит свои глубокие религиозные чувства со знанием того, что одна из сторон уже вступила в брак, ничтожно мала.

И вот теперь мы достигли ситуации, в которой исключения из доктрины Милля должны быть существенно расширены, чтобы охватить всю область уголовного наказания, некоторый вид патернализма и преступления против религиозных чувств. Помимо прочего, также есть пять преступлений, о которых профессор Харт ничего не говорит. Они довольно разнообразны. Мне было бы бесполезно пытаться предугадать дальнейший ряд поправок, которые они потребуют от доктрины Милля. Осмелюсь предположить, что трактовка данной доктрины профессором Хартом уже давно вышла за допустимые пределы толкования или даже поправок.

На этом наш обзор так называемых модификаций Милля завершён. Я думаю, не будет педантизмом настаивать: чтобы добиться хоть какой-то степени признания или даже понимания, они должны быть изложены с гораздо большей точностью. В конце концов доктрина Милля о свободе, независимо от того, верна ли она или ошибочна, была сформулирована с образцовой ясностью, тщательно и всесторонне. И она заслуживает комплимента в виде более точной трактовки, нежели та, которую предложил профессор Харт. До тех пор, пока не будет дано удовлетворительное изложение этой доктрины или пока она не будет заменена каким-либо другим принципом сопоставимого достоинства, мне кажется, нет места для дальнейших теоретических дискуссий.

Я также имею все основания считать, что на практике трактовка профессора Харта столь же неполноценна. Здесь, мне кажется, целью является продвижение реформ уголовного права, о которых профессор Харт упоминает в предисловии к своей книге. Я не сомневаюсь, что в пользу каждой из предложенных реформ, если рассматривать их по отдельности и по существу, можно привести веские аргументы. Не может быть никаких иных практических причин ссылаться на некоторый общий принцип свободы в моральном поведении, если только он не охватывает предлагаемую группу реформ так, чтобы они, объединённые при по-

мощи подобного принципа, надеялись привлекательностью, которой не хватало бы каждой из этих реформ по отдельности. Если заявление о том, что 'должна оставаться сфера частной морали и безнравственности, которая, выражаясь кратко и грубо, не является делом закона', есть лишь лозунг, призванный драматическим образом привлечь внимание к тому факту, что гомосексуальные преступления обычно совершаются наедине и без прямого вреда для его участников, — оно не заслуживает дальнейших комментариев как практических, так и теоретических. Если же это действительно является примером утверждения некоторого принципа, охватывающего своим действием и другие безнравственные поступки, помимо гомосексуализма, тогда любой реформатор-практик, прежде чем применить подобный принцип, захочет, чтобы ему объяснили, что ещё на самом деле он в себя включает. Нельзя привлечь сторонников, действуя так, как это делает профессор Харт, выбирая на свой вкус одно или два преступления, которые нам предлагается отменить. Те, кто заинтересован в подобных реформах, захотят узнать, если в случае гомосексуализма такой принцип будет признан, будет ли он распространять свое действие на некоторые другие, и какие именно, части действующего уголовного права. На инцест? На аборт? На скотоложество? Распространяется ли действие этого принципа на законы против публичных домов и порнографии, и если нет, то почему? Это не те вопросы, от которых можно бесконечно уклоняться всем тем, кто считает данный принцип актуальным для современной социальной действительности.

Примечания

¹ Комитет Волфендена (Wolfenden Committee) — специальный ведомственный комитет из 15 человек под руководством сэра Джона Волфендена, созданный для рассмотрения гомосексуальных преступлений и проституции. Комитет просуществовал три года (1954–1957) и основным результатом его деятельности стал так называемый «Доклад Волфендена» (Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution) [4], благодаря которому в действующее законодательство были внесены либеральные поправки, декриминализирующие приватные добровольные гомосексуальные связи между совершеннолетними гражданами. [Прим. переводчиков].

² Норман Сент Джон-Стеванс (18.05.1929–02.03.2012) — британский консервативный политик и юрист, продолжительное время занимавший разные посты в правительстве Маргарет Тетчер. [Прим. переводчиков].

³ 'Знаменитое изречение' [the famous sentence] Джона Стюарта Милля, о котором здесь идет речь, гласит: «Всякий член цивилизованного общества может быть справедливо подвергнут какому-нибудь принуждению только в том случае, если это необходимо для предотвращения таких действий с его стороны, которые вредны для других людей» [1, р. 22]. [Прим. переводчиков].

⁴ Уильям Юарт Гладстон (29.12.1809–19.05.1898) — британский политик и государственный деятель, представитель

партии вигов, неоднократно занимавший пост премьер-министра, последний кабинет которого пришелся на конец XIX века (1892–1894 гг.). [Прим. переводчиков].

⁵ См. замечания профессора Харта о реформе права в предисловии его книги «Право, свобода и мораль» [3, р. vi–x].

⁶ Подобной точки зрения придерживается леди Вуттон в книге «Преступление и уголовное право» [6, р. 41 и далее]. Это повлекло бы за собой переворот в уголовном праве, который, очевидно, не одобряет профессор Харт.

⁷ Ниже я показываю, что нет никакого реального различия между этими двумя утверждениями.

Библиографический список

1. Mill J. S. On Liberty. London: John W. Parker & Son, West Strand, 1859. 207 p.
2. Stephen J. F. Liberty, Equality, Fraternity. London: Smith, Elder, & Co., 1874. 139 p.
3. Hart H. L. A. Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1963. 88 p.
4. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution. London: Her Majesty's Stationery Office, 1957. 286 p.
5. St. John-Stevas N. Life, Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States. Bloomington: Indiana University Press, 1961. 375 p.
6. Wootton B. Crime and the Criminal Law. London: Stevens & Sons, 1963. 118 p.
7. Mill J. S. Utilitarianism // Utilitarianism, Liberty and Representative Government. London: J. M. Dent & Sons Ltd., 1910. P. 1–60.

Сведения о переводчиках:

ДИДИКИН Антон Борисович, доктор философских наук, кандидат юридических наук, профессор департамента теории права и междотраслевых юридических дисциплин факультета права.

SPIN-код: 4897-4450

ORCID: 0000-0003-0808-8900

ResearcherID: C-7039-2018

Scopus AuthorID: 56308857400

Адрес для переписки: abdidikin@bk.ru

РАДЧЕНКО Ольга Александровна, студентка факультета права.

Источник перевода:

Devlin P. The Enforcement of Morals. Oxford: Oxford University Press, 1965. P. 124–139.

Ссылка на полный текст книги:

<https://archive.org/details/enforcementofmor00devl>

Для цитирования

Девлин П. Мораль и современная социальная реальность = Devlin P. The Enforcement of Morals / пер. с англ. А. Б. Дидикина, О. А. Радченко // Омский научный вестник. Сер. Общество. История. Современность. 2021. Т. 6, № 3. С. 69–77. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-3-69-77.

Перевод поступил в редакцию 17.06.2021 г.

© П. Девлин

MORALS AND CONTEMPORARY SOCIAL REALITY

In the seventh and final chapter of his «The Enforcement of Morals», P. Devlin elaborates on a several of arguments for his polemic with H. L. A. Hart on issues of the relationship between law and morals. Based on the recommendations of the Wolfenden Committee which proposed a radical reform of English criminal law in the direction of decriminalizing a few of criminally punishable offences with immoral content, Devlin notes their extreme contradiction in terms of protecting the values of public morals. The chapter also criticizes the key arguments of J. S. Mill's doctrine of the balance of liberty and state coercion.

Keywords: public morals, law, legal coercion, private realm, legal moralism, J. S. Mill, H. L. A. Hart.

Reference

1. Mill J. S. On Liberty. London: John W. Parker & Son, West Strand, 1859. 207 p. (In Engl.).
2. Stephen J. F. Liberty, Equality, Fraternity. London: Smith, Elder, & Co., 1874. 139 p. (In Engl.).
3. Hart H. L. A. Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1963. 88 p. (In Engl.).
4. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution. London: Her Majesty's Stationery Office, 1957. 286 p. (In Engl.).
5. St. John-Stevas N. Life, Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States. Bloomington: Indiana University Press, 1961. 375 p. (In Engl.).
6. Wootton B. Crime and the Criminal Law. London: Stevens & Sons, 1963. 118 p. (In Engl.).
7. Mill J. S. Utilitarianism // Utilitarianism, Liberty and Representative Government. London: J. M. Dent & Sons Ltd., 1910. P. 1–60. (In Engl.).

About the translators:

DIDIKIN Anton Borisovich, Doctor of Philosophical Sciences, Candidate of Law, Professor of School for

Theory of Law and Cross-sectoral Legal Disciplines of Law Department.

SPIN-code: 4897-4450

ORCID: 0000-0003-0808-8900

AuthorID (SCOPUS): 56308857400

ResearcherID: C-7039-2018

Correspondence address: abdidikin@bk.ru

RADCHENKO Olga Alexandrovna, Student of Law Department.

For citations

Devlin P. Morals and Contemporary Social Reality / trans. from Engl. A. B. Didikin, O. A. Radchenko // Omsk Scientific Bulletin. Series Society. History. Modernity. 2021. Vol. 6, no. 3. P. 69–77. DOI: 10.25206/2542-0488-2021-6-3-69-77.

Received June 17, 2021.

© P. Devlin