

Памяти Лона Л. Фуллера

«Говоря о соотношении двух моралей, я предложил изображение восходящей шкалы, начинающейся внизу с условий, очевидно важных для общественной жизни, и заканчивающейся сверху самыми возвышенными стремлениями к человеческому превосходству. Нижние ступеньки шкалы представляют мораль долга; её верхняя часть — мораль стремления. Одну от другой отделяет подвижная линия разграничения, тем не менее очень важная. ... Если мораль долга выходит за верхнюю границу своей сферы, железная рука наложенной обязанности может задушить эксперимент, стремление и спонтанность. Если мораль стремления вторгается в сферы долга, люди начинают взвешивать и оценивать свои обязанности по своим собственным стандартам, и дело может кончиться как у поэта, бросающего свою жену в реку в уверенности — возможно, вполне оправданной, — что он сможет писать лучшую поэзию в её отсутствие».

Лон Л. Фуллер «Мораль права»¹

«Разум аккуратен как бухгалтер;
Жизнь беспорядочна как художник ...».

Жорж Кангилем²

ВВЕДЕНИЕ

В своей основополагающей работе профессор Лон Л. Фуллер из Гарвардской школы права вводит

О ПРАВАХ И О ПРИВИЛЕГИЯХ: МОРАЛЬ ДОЛГА ПРОТИВ МОРАЛИ СТРЕМЛЕНИЯ



БОШТЯН М. ЗУПАНЧИЧ^{*1}

это плодотворное различие между двумя моральями³. С одной стороны, у нас есть мораль долга, и, с другой стороны, у нас есть мораль стремления. Ясно, что мораль долга представляет субстанцию того, что мы называем правом, то есть его предписания, его запреты и его разрешения⁴. Мораль долга тем или иным образом ссылается на наименьший общий знаменатель человеческого поведения⁵.

Как отмечает Фуллер, это очень важно понимать, так как причины, в основном игнорируемые как определения человеческих действий — предписанных, запрещённых или разрешённых, — могут существовать, только если они

ссылаются на поведение, которое является в прямом смысле преобладающим, обычным или даже статистически доминирующим⁶. Такое поведение может быть предметом правового описания просто потому, что оно является обычным и может эмпирическим путём поддаваться определению *per genus proximum et differentiam specificam*⁷: по ближайшей общей категории, с одной стороны, и конкретному различию, характеризующему определённую модель поведения этой категории, с другой стороны⁷.

Уголовное право, например, в своём материально-правовом аспекте, ссылается на преступные деяния, которые легко описать (в *corpus delicti*⁸), чтобы сторона обвинения несла чётко определённое бремя доказывания, в ходе которого она должна обосновать каждый элемент состава преступления⁸. Можно даже было бы сказать,

*1 Боштян М. Зупанчич [Boštjan M. Zupančič], магистр права, доктор права Гарвардской школы права; профессор права в США и Словении; бывший заместитель председателя Комитета ООН против пыток; бывший судья Конституционного Суда Словении; в 1998–2016 годах судья Европейского Суда по правам человека. Оригинал настоящей статьи, которая вместе с переводом публикуется здесь с разрешения автора, впервые был опубликован в Журнале международного права Бостонского университета [Boston University International Law Journal] (Vol. 34:211 2016). Copyright © 2015 by B.M. Zupančič. All rights reserved.

¹ Lon L. Fuller. The Morality of Law [Лон Л. Фуллер. Мораль права]. — Yale University Press rev. ed. — 1969. — P. 27-28.

² Georges Canguilhem. Note sur la situation faite en France à la philosophie biologique. [Жорж Кангилем. Заметки о фактической ситуации с биологической философией во Франции] // Revue de métaphysique et de Morale 326. — 1947.

³ См.: Fuller, op. cit. — P. 27-28.

⁴ См., ibid. — P. 15, 42.

⁵ См., ibid. — P. 2, 13, 19-22, 27.

⁶ См., ibid. — P. 22-23.

⁷ Per genus proximum et differentiam specificam (лат.) — по ближайшему роду и видовому отличию (примечание редакции).

⁸ См., ibid. — P. 25, 29.

⁸ Corpus delicti (лат.) — состав преступления (примечание редакции).

⁸ Сторона обвинения несёт бремя доказывания вне разумных сомнений, а также риск его необеспеченности (*in dubio pro reo* — любое сомнение толкуется в пользу обвиняемого). Это применяется к любому элементу состава преступления из особенной части уголовного кодекса, но не обязательно применяется, как в деле «Пэттерсон против Нью-Йорка» [Patterson v. New York], к элементу, выводимому из общей части уголовного кодекса, — крайнему эмоциональному возбуждению, как смягчающему обстоятельству, или вспышке страсти при неожиданной провокации, как в деле «Уиншип» [In re Winship]. Как показывают все три указанных ниже дела, простая формула, согласно которой сторона обвинения должна доказать каждый элемент состава преступления, не работает. Она не работает, потому что основная посылка уголовно-правового силлогизма является продуктом объединения конкретных составов преступлений, с одной стороны, и элементов, выводимых из общей части уголовного кодекса, с другой стороны. Не стоит даже говорить, что здесь существуют миллиарды возможных комбинаций. Это также слишком много для упрощённого континентального понимания принципа законности (*principe de légalité, Legalitätsprinzip*). О так называемом треугольнике дел «Уиншип» — «Маллани» — «Пэттерсон» [Winship — Mullaney — Patterson] в Верховном Суде США см. его постановление по делам «Пэттерсон против Нью-Йорка» [Patterson v. New York], 432 U.S. 197 (1977); «Маллани против Уилбура» [Mullaney v. Wilbur], 421 U.S. 684 (1975); «Уиншип» [In re Winship], 397 U.S. 358 (1970).

что определения в материальном уголовном праве действительно являются наименьшим общим знаменателем человеческого поведения, и именно поэтому мы иногда ссылаемся на уголовный кодекс как на минимальный моральный кодекс⁹.

Но этот вывод о возможности определения человеческого поведения обращается не только к уголовному праву. В тех пределах, которые описывает Фуллер, он подразумевает все виды частноправовых деликтов, договоров, а также различные аспекты административного права¹⁰. Даже в международном контексте прав человека мы часто говорим о позитивных и негативных обязательствах государств, поведение которых в конкретных ситуациях также возможно определить, то есть дать определение, которое способно осудить конкретное государство за конкретный вид нарушения прав человека¹¹.

В отличие от этого, мораль стремления не поддаётся такого рода описаниям. Стремления, о которых говорит Фуллер, по определению выходят за пределы преобладающего, обычного и статистического¹². Когда мы говорим о конкретных достижениях людей, выходящих за пределы, в положительном смысле, обычных границ поведения, мы говорим о чём-то, что *a priori*¹³ не может уменьшить наименьший общий знаменатель¹³.

Например, некоторое время назад, в 2015 году, на французском телевидении проходил конкурс детских талантов, в котором дети разного возраста исполняли музыкальные произведения на скрипке и виолончели¹⁴. Как мы далее увидим, важно отметить, что победителем этого конкурса стала юная девушка, исполнившая на скрипке одну из частей концерта «Лето» из «Времени года» Вивальди¹⁵. В тот момент, когда девушка начала играть, уже было ясно, что она победит на конкурсе; все остальные участники отошли на задний план. Жюри, все взрослые люди, в составе виолончелиста,

певца и танцовщика, хвалило всех конкурсантов и пыталось каждого ободрить. Но когда дело дошло до необычайной девушки-скрипачки, они не смогли найти соразмерные превосходные эпитеты, чтобы отдать ей должное. В самом прямом смысле выступление девушки перешло границы обычных критериев качества музыки таким образом, который невозможно определить и особенно, разумеется, определить заранее. Члены жюри отчаянно засыпали девушку эпитетами, о которых они договорились, но они вряд ли могли «определить» чрезвычайное стремление. Никто из публики и из состава жюри не был способен описать, в чём же оно проявлялось. В некотором смысле, как мы увидим далее, в этом состоит метафизический аспект морали стремления¹⁶.

Как мы заметили, это основополагающее различие между моралью долга и моралью стремления относительно легко установить. В праве мораль стремления *a priori* просто не представляется значимой. Предписания, запреты и разрешения права присутствуют в нём, чтобы регулировать поддающееся определению человеческое поведение — а не для воодушевления на чрезвычайные достижения¹⁷. Кроме того, человеку нельзя предписать или разрешить быть великолепным скрипачом, замечательным исследователем или писателем — лауреатом Нобелевской премии. Фуллер признаёт это и выводит из этого определённые последствия¹⁸. Иными словами, Нобелевский комитет по определению не может быть связан при присуждении своих премий какими-либо правовыми или формалистически определёнными критериями, объявленными заранее. Фуллер, похоже, верит в то, что такие критерии, вследствие чрезвычайного характера некоторых человеческих достижений, не могут быть описаны¹⁹.

Однако, как мы увидим, у описанного выше различия между моралью долга и моралью стремления имеются

⁹ См., в общем: *Edmund L. Pincoffs. Legal Responsibility and Moral Character* [Эдмунд Л. Пинкоффс. Юридическая ответственность и нравственный характер] // 19 *Wayne L. Rev.* — 1973. — P. 905, 908 (с обсуждением значения уголовного права для «минимального морального кодекса»).

¹⁰ См.: *Fuller*, op. cit. — P. 23-25, 32.

¹¹ См., например, Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, 4 ноября 1950 года, 213 *U.N.T.S.* [Серия договоров ООН] 221, с изменениями, внесёнными Протоколом № 11 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (здесь и далее — «ЕКПЧ»).

¹² См.: *Fuller*, op. cit. — P. 28 (с определением природы человеческих стремлений к совершенству, поиску максимальной экономической эффективности, приспособляемости и чуткости к изменяющимся условиям).

¹³ *A priori* (лат.) — изначально (примечание редакции).

¹⁴ См., *ibid.* — P. 5.

¹⁵ *Anas Tazi. Prodiges (France 2): Qui est Camille Berthollet, la grande gagnante?* [Ана Тазу. Таланты (Франс 2): Кто такая Камилла Бертолле, обладатель главного приза?] // *Telesiar* (29 декабря 2014 года) (<http://www.telesiar.fr/2014/articles/prodiges-france-2-qui-est-camille-berthollet-la-grande-gagnante-66427>).

¹⁶ См.: *Fabien Randanne. Camille Berthollet: “Ce que montrent mon album et ‘Prodiges,’ c’est que la musique classique, c’est aussi la Jeunesse”* [Фабьен Ранданн. Камилла Бертолле: «Как показывают мой альбом и “Таланты”, классическая музыка — это также молодость»] // 20 *Minutes.* — 10 октября 2015 (<http://www.20minutes.fr/culture/1711091-20151016-camille-berthollet-montrent-album-prodiges-musique-classique-aussi-jeunesse>).

¹⁷ Но не в протоюридическом (этическом) плане, где мораль стремления полностью отделена от вопроса, который мы здесь рассматриваем. См., в общем: *David Ingram. Of Sweatshops and Subsistence: Habermas on Human Rights* [Дэвид Ингрэм. О потогонных предприятиях и средствах к существованию: Хабермас о правах человека] // *Ethics & Global Pol.* 193. — 2009. «Напряжённость между правовыми и нравственными аспектами прав человека может быть разрешена, если и если только права человека понимаются как нравственные стремления, а не просто как правовые требования. В частности, ... есть две причины, почему права человека должны пониматься как нравственные стремления, которые действуют не юридическим образом. Во-первых, основные человеческие блага, к которым права человека предоставляют гарантированный доступ, могут быть определены только относительно основных человеческих способностей, выявляемых прогрессивным образом в ходе неопределённого (полностью включительного и всеобщего) процесса коллективного обучения; во-вторых, институциональные препятствия к пользованию правами человека являются культурными по природе и не могут быть преодолены посредством правового принуждения». Там же. — P. 193. Похоже, что Ингрэм даже не знает о «Морали права» Фуллера.

¹⁸ См.: *Fuller*, op. cit. — P. 5.

¹⁹ См., в общем, *ibid.* — P. 4-6, 11-15, 27-29.

²⁰ См., *ibid.* — P. 14, 30.

весьма специфические последствия. Одним из последствий этого различия выступает различие права и привилегии²⁰. Цель настоящей статьи, опирающейся на схему Фуллера, таким образом, состоит в том, чтобы рассмотреть этот последний аспект и исследовать воздействие причин того, почему в некоторых случаях, сходных с привилегиями, усмотрение принимающего решение не может быть связано строгими нормами права²¹.

I. ПРАВО

A. Право и средство его защиты

Процессуальным аналогом понятия «субъективное право» [*right*] служит «обладание правом» [*entitlement*]. Оно означает, что носитель права обладает правом на определённый исход при возбуждении некоторой юридической процедуры²². В римском праве *rei vindicatio*²³, например, было действием «в защиту вещи», которая «находилась в собственности» потерпевшего ущерб лица, то есть это было юридическим действием, которое восстанавливало право только по явно выраженной инициативе предполагаемого процессуального собственника вещи²³. Право собственности определялось как *ius utendi et abutendi re sua*, то есть право пользоваться и употреблять вещь (в соответствии с правилами или с нарушением правил), «находящуюся в собственности» собственника²⁴. «Обладание правом» и *было* этим правом.

Данное абстрактное и статичное определение обладания правом, именуемым «собственностью»²⁵, однако игнорирует тот простой факт, что миллионы вещей «находятся в собственности» их собственников, причём никто и никогда

не утверждал, что это является правом или обладанием правом²⁶. Иными словами, право и обладание правом находятся в латентной спячке до того момента, когда собственник вынуждается к динамичному *rei vindicatio*, то есть к защите своего движимого или недвижимого имущества, предположительно потому, что кто-то осуществил вмешательство в рассматриваемую вещь.

С материально-правовой точки зрения, право собственности является, следовательно, ни чем иным как правом исключать других из данной собственности; это статичное и латентное право динамически восстанавливается как обладание правом, только когда оно сталкивается с теми, кто исключён. Говоря другими словами, хотя всё же по-прежнему неоднозначно, материальное право не существует вне его процессуального контекста²⁷.

В таком случае не должно быть удивительным, что право и средство его защиты²⁸ являются двумя сторонами одной и той же монеты. Действительно, как заметил в своей плодотворной статье профессор Чэйес из Гарвардской школы права, право и средство его защиты взаимозависимы²⁹.

B. Процессуальный контекст

Утверждение о взаимозависимости права и средства его защиты является очевидным, но мы хотели бы сделать следующий шаг в процессуальном направлении. Поскольку средство правовой защиты столь фатально зависит от доступа к суду³⁰, также очевидно, что материальное право взаимозависимо со своей *процедурой*. Как мы отметили выше, материальные права многочисленны, но они пребывают в спячке, пока не появится понятная процедура для их защиты. Отсюда логически

²⁰ См. Fuller, *op. cit.* — P. 29 (где он заявляет, что существенные общественные строгости должны защищать себя не просто своим присутствием здесь, а через требование активного признания — основополагающее значение «субъективного права»). См. также, *ibid.* — P. 30 («Соображения симметрии предполагали бы, что в морали стремления, тянущейся вверх, награда и похвала должны играть ту роль, которую в морали долга выполняют наказание и неодобрение»).

²¹ См., *ibid.* — P. 28, 42, 44-45.

²² См., *ibid.* — P. 5 (при обсуждении того, как греческое общество развивало свои социальные нормы посредством формулирования требований к морали стремления).

²³ *Rei vindicatio* (лат.) — требование собственника о возврате своего имущества из чужого незаконного владения (*примечание редакции*).

²⁴ См.: Joshua C. Tate. Ownership and Possession in the Early Common Law [Джозуа К. Тэйт. Собственность и владение в раннем общем праве] // 48 *Am. J. Legal Hist.* — 2006. — P. 280, 286-287.

²⁵ См.: Ulrich Duchrow. Property for People, Not for Profit: Alternatives to the Global Tyranny of Capital [Ульрих Духров. Собственность для людей, а не для выгоды: альтернативы глобальной тирании капитала]. — 2004. — P. 11-13. Однако см. статью 544 французского Гражданского кодекса: «Правом собственности является право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее полным образом, при условии соблюдения запретов пользования, установленных законами или регламентами».

²⁶ «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишён своего имущества, иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права». Английский текст: “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.” См. Протокол к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, 20 марта 1962 года, 213 U.N.T.S. [Серия договоров ООН] 262 (выделено нами). Во французской версии: “Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.” Расхождение между английским и французским текстами (“possessions” против “propriété”) поражает. Со времён римского права ясно, что владение (имущество) является фактом, тогда как собственность — правом.

²⁷ См., *ibid.* См. также: Duchrow, *op. cit.* — P. 12.

²⁸ В американском праве этот процессуальный контекст воспринимается более или менее как данный. В континентальном праве это не так, поскольку юристы склоняются к тому, чтобы считать статичные материальные объекты (правовые определения и т.п.) материализованной реальностью, вполне отделимой от их процессуальной обусловленности. Я полагаю это главным фактором (и причиной, и следствием) всё ещё преобладающего континентального правового формализма. Я затрагивал этот вопрос в тексте, касающемся аналогичной материализации на континенте прав человека. Критическая статья о правовом формализме, в том числе внутри ЕСПЧ, была опубликована в переводе на словенский язык под заголовком «О «сущности» прав человека» [On the 'Essence' of Human Rights] и сейчас редактируется для предстоящего издания на английском языке под заголовком «О Европейском Суде по правам человека» [On the European Court of Human Rights].

²⁹ См. речь: Thomas R. Phillips. The Constitutional Right to a Remedy [Томас Р. Филлипс. Конституционное право на средство правовой защиты] // 78 *N.Y.U. L. Rev.* — 2003. — P. 1309, 1322 (где он заключает, что законоположения гарантируют право на средство правовой защиты).

³⁰ Abram Chayes. The Role of the Judge in Public Law Litigation [Эбрам Чэйес. Роль судьи в публично-правовом споре] // 89 *Harv. L. Rev.* — 1976. — P. 1281, 1282-1283.

³¹ Я рассмотрел это более подробно в другой работе. См.: Bostjan M. Zupančič. Access to Court as a Human Right According to the European Convention on Human Rights [Боштян М. Зупанчич. Доступ к суду как право человека по Европейской конвенции о правах человека] // 9(2) *Nottingham L.J.* — 2000. — P. 1.

следует, что материальное право не только взаимозависимо со средством его защиты, но и само средство защиты права является фактически вопросом процедуры.

Если сформулировать это более основополагающим образом, происхождение права покоится в его процедурах. Мы можем представить себе доступ к суду и сопутствующие процедуры без каких бы то ни было материальных прав. Но мы не можем вообразить материальные права без процедуры, посредством которой можно получить средство защиты права³¹. Ханна Арендт утверждала, что существо прав человека основывается на процессуальном доступе к юрисдикции, в которой эти права могут быть сформулированы и защищены³². Но это относится к праву вообще, даже в антропологическом смысле. Легко представить себе примитивные общества, в которых нет закреплённых материальных прав, а есть лишь наследственные процедуры, посредством которых определённое неформулируемое обладание правом может утверждаться и защищаться.

Представьте себе, аналогичным образом, что поселенцы из романа Жюль Верна «Таинственный остров» должны были бы развиваться и размножаться и стали бы изолированным маленьким новым обществом³³. Как и в любом человеческом обществе, у них не могли бы не возникать разногласия. Как бы они разрешались? Видимо, как и в отдалённом ненаселённом регионе Тристан-да-Кунья, «главным островитянином» был бы посредник, имеющий власть над процедурой, но не имеющий каких-либо материально-правовых определений прав, кроме принадлежащих «естественному праву» как

«определённым неизменным законам, которые относятся к природе человека, которые могут быть открыты разумом и которым сотворённые человеком законы должны соответствовать»³⁴. Таким образом, происхождение всего права покоится на этих антропологически изначальных процедурах, а материальные права представляют собой обычный многовековой осадок этих процедур.

1. Пример римского права

Это, безусловно, справедливо для римского права. Первая таблица в *Leges Duodecim Tabularum* — Законах Двенадцати таблиц (около 450 года до н.э.)³⁵ была типичным императивом: *Si in ius vocat ito, ni it antestamino: igitur em capito*. Второе правило гласило: *Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*³⁶.

Действительно, как я как-то разъяснял³⁷, этот первый процессуальный императив не только находится в истоках всего права. Его принципиальное значение лежит в основе необходимости предупреждать самопомощь, то есть физическую борьбу между двумя потерпевшими ущерб сторонами. Если бы с этим можно было мириться, тогда общество очень быстро скатилось бы к анархии, к *bellum omnium contra omnes* по Гоббсу, войне всех против всех³⁸. Тем не менее, учитывая, что организованное правоприменение со стороны государства в тот момент истории практически не существовало, Третья таблица действительно разрешала ограниченное правоприменение типа самопомощи³⁹; это послужило источником вдохновения для «Венецианского купца»

³¹ Вот почему до появления конституционных судов континентальные конституции перечисляли сверхмногочисленные права, что буквально ничего не значило, поскольку они не могли быть непосредственно оспорены. Предположительно, они связывали лишь законодателя и т.д., но даже на это не распространялись судебный контроль и иные средства правовой защиты. См.: R. H. Helmholz. *Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions?* [P.Г. Гельмгольц. *Континентальное право и общее право: исторические чужаки или компаньоны?*] // *Duke L.J.* — 1990. — P. 1207, 1210-1216, 1225 (с описанием различных положений Великой хартии вольностей, производных от континентального права); см. также судебное постановление по делу «Гавер против Торора» [*Haver v. Thorol*] (1629) 124 *Eng. Rep.* — P. 221, 222, 228, 230.

³² См.: *Hannah Arendt. The Human Condition* [Ханна Арендт. *Человеческий фактор*]. — 1959. — P. 25.

³³ Удалённый остров в южной части Атлантического океана, называемый Тристан-да-Кунья, с его менее чем 300 жителями — именно такое общество. Общий обзор его органов власти и законодательства см. по адресу: <http://www.tristandc.com/>.

³⁴ *Natural Law* // *Oxford English Dictionary* [Естественное право // Оксфордский словарь английского языка] / 2d ed. — 1989. Однако см.: *John Finnis. Natural Law and Natural Rights* [Джон Финнис. *Естественное право и естественные права*]. — H.L.A. Hart ed. — 1980. — P. 29-53, 364-365 (где, в том числе, полностью излагается «естественное право» в основном согласно теологии неотолизма).

³⁵ См.: *Samuel Parsons Scott. The Civil Law* [Сэмюэль Парсонс Скотт. *Гражданское право*]. — *Const. Soc'y*, по адресу: <http://www.constitution.org/sps/sps01.1.htm> (в последний раз проверено 12 февраля 2016 года).

³⁶ «Если вызывают [кого-нибудь] на судоговорение, пусть [вызванный] идёт. Если [он] не идёт, пусть [тот, кто вызвал] подтвердит [свой вызов] при свидетелях, а потом ведёт его насильно. Если [вызванный] измышляет отговорки [для неявки] или пытается скрыться, пусть [тот, кто его вызвал] наложит на него руку». *The Law of the Twelve Tables* [Законы Двенадцати таблиц] (ок. 450 г. до н.э.), по адресу: <http://thelatinlibrary.com/law/12tables.html> (в последний раз проверено 12 февраля 2016 года) (с отданием должного работе: E.H. Warmington. *Remains of Old Latin III* [Э.Г. Уормингтон. *Остатки старой латыни III*]).

³⁷ См.: *Boštjan M. Zupančič. The Owl of Minerva: Essays on Human Rights* [Божья М. Зупанчич. *Сова Минервы: очерки о правах человека*] / *Nandini Shah ed.* — 2008.

³⁸ *Thomas Hobbes. Leviathan* [Томас Гоббс. *Левиафан*] / *Martinich & Brian Battiste eds.* — 2011 (1651).

³⁹ См. ниже изложение Третьей таблицы на двух языках:

<p>Tabula III aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicet, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore aut si volet minore vincito. si volet suo vivito, ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras faris endo dies dato. si volet, plus dato. tertiis nundinis partis secanto. si plus ters. minusve secuerunt, se fraude esto adversus hostem aeterna auctoritas <esto>.</p>	<p>Таблица III. Пусть будут [даны должнику] 30 льготных дней после признания [им] долга или после постановления [против него] судебного решения. [По истечении указанного срока] пусть [истец] наложит руку [на должника]. Пусть ведёт его на судоговорение [для исполнения решения]. Если [должник] не выполнил [добровольно] судебного решения и никто не освободил его от ответственности при судоговорении, пусть [истец] ведёт его к себе и наложит на него колодки или оковы весом не менее, а, если пожелает, то и более 15 фунтов. [Во время пребывания в заточении должник], если хочет, пусть кормится за свой собственный счёт. Если же он не находится на своём содержании, то пусть [тот, кто держит его в заточении,] выдаёт ему по фунту муки в день, а при желании может давать и больше. В третий базарный день пусть рубят должника на части. Если отсекут больше или меньше, то пусть это не будет вменено им [в вину]. Пусть сохраняет [свою] силу навеки иск против изменника.</p>
---	---

См., в общем: *Scott, op. cit.*

Шекспира и вошедшего в обиход выражения «*pound of flesh*» — точное количество, причитающееся по закону⁴⁰.

2. Современное право

В современном праве процессуальное происхождение любой правовой вещи очень легко доказать. Например, около шестидесяти лет назад Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) торжественно приступил к работе при наличии тоненького текста Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ) и при полном отсутствии какой-либо прецедентной практики, на которой можно было бы основываться⁴¹. Иными словами, *acquis*⁴⁶ ЕСПЧ начинался исключительно в процессуальной форме совершенно с *tabula rasa*⁴⁷, что, кстати, справедливо также для большинства недавно созданных конституционных судов в так называемых «новых демократиях»⁴².

Акцент на материальном праве более типичен для континентального, а не для общего права. Монтескьё, например, питал отвращение к «процедурам» в свою бытность магистратом в Бордо⁴³ и даже Кельзен считал процедуру неважным «прилагаемым» правом — то есть прилагаемым к важному материальному праву⁴⁴. Как-то я объяснял, как эта реализация материального права вследствие влияния, прежде всего, кодификации подталкивалась потребностью абсолютных монархов XVIII и XIX века контролировать судебную ветвь власти. Если бы всё было отдано на откуп процедуре, тогда контроль оказался бы в руках судей. Им никто не мешал бы создавать право — как они делали это в Англии⁴⁵. Следовательно, вышеприведённая формула Чэйеса, согласно которой право и средство его защиты взаимозависимы, является материальным способом восприятия процессуальной природы прав. Средство правовой защиты представляет собой *aide-memoire*⁴⁸, напоминающую о том, что право без своего процессуального контекста — ничто.

С. Право и законность

Несмотря на приведённую выше оговорку о процессуальном контексте, принцип законности, однако, явно относится к материальному праву. Определения прав, составов правонарушений⁴⁶ и т.п. могут быть вещественным осадком аккумуляции многовековых процедур; будучи однажды определёнными, они являются самостоятельными. Субъективные права в материальном праве очерчивают пределы сопутствующего воздействия средств правовой защиты в соответствующих процедурах. Именно здесь формалистическое правосознание начинает действовать в полном объёме, поэтому право является абстрактным учением. Опять-таки, это более справедливо для систем континентального права, где юристы подвержены коллективной иллюзии — вышеназванной реализации, — согласно которой материальные права существуют совершенно отдельно от их процессуального контекста. Противоположностью этой формалистической законности выступает принятие решений по усмотрению. Как мы увидим, ЕСПЧ столкнулся в полном объёме с данной проблемой в деле «Булуа против Люксембурга» [*Boulois v. Luxembourg*]⁴⁷.

Д. Принцип законности в уголовном праве

В уголовном праве принцип законности (*principe de légalité*, *Legalitätsprinzip*) является особенно строгим; чем более общим выступает принцип, тем больше оказывается на кону, тем строже правовые гарантии⁴⁸. И, наоборот, это означает, что данная чистая мораль (минимального) долга не допускает никакого усмотрения со стороны того, кто принимает решение. Поэтому может казаться, что в уголовном праве привилегии⁴⁹,

⁴⁰ См.: Edith Z. Friedler. Essay: Shakespeare's Contribution to the Tracking of Comparative Law. Some Reflections of The Merchant of Venice [Эдит З. Фридлер. Очерк: вклад Шекспира в историю сравнительного права. Некоторые размышления о «Венецианском купце»] // 60 *LA. L. REV.* — 2000. — P. 1091; Max Radin. Secare Partis: The Early Roman Law of Execution against a Debtor [Макс Рэдин. Разрушение на части: казнь должника в раннем римском праве] // 43 *AM. J. PHILOLOGY.* — 1922. — P. 36.

⁴¹ См. ЕКПЧ, статья 19.

⁴⁶ *Acquis* (фр.) — опыт, приобретение, завоевание, достижение (примечание редакции).

⁴⁷ *Tabula rasa* (лат.) — чистая доска (примечание редакции).

⁴² Я имею в виду самые восточные европейские страны, например Польшу, Украину, Чешскую Республику, Словакию и т.д. В некоторых из этих стран в переходный период уже имелись действующие конституционные суды. Они не накопили какой-либо относимой или имеющей обязательную силу прецедентной практики, поскольку до этого не обладали реальными полномочиями судебного контроля.

⁴³ См.: Matthew P. Bergman. Montesquieu's Theory of Government and the Framing of the American Constitution [Мэтью П. Бергман. Теория управления Монтескьё и создание Американской конституции] // 18 *Pepp. L. Rev.* — 1990. — P. 1, 4.

⁴⁴ Petra Gumplova. Law, Sovereignty and Democracy: Hans Kelsen's Critique of Sovereignty [Петра Гумплова. Право, суверенитет и демократия: критика суверенитета Хансом Кельзенем]. — 11 ноября 2004 года (неопубликованная рукопись: http://citation.allacademic.com/meta/p361108_index.html).

⁴⁵ См.: Zupančič. The Owl of Minerva. — P. 108-125.

⁴⁸ *Aide-memoire* (фр.) — памятная записка (примечание редакции).

⁴⁶ Правонарушения в материальном уголовном праве также, строго говоря, являются фактически в большей мере «правами», чем в иных отраслях права. Определение состава правонарушения (*corpus delicti*) является одновременно не подлежащим наказанию субъективным правом, если только все элементы этого состава правонарушения не были доказаны вне разумных сомнений. См., *ibidem*, а также примечание 8.

⁴⁷ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Булуа против Люксембурга» [*Boulois v. Luxembourg*], *ECHR* [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2012-II (http://echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2012-II.pdf).

⁴⁸ См., например, постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Штрелец, Кесслер и Кренц против Германии» [*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*], *ECHR* [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2001-II (совпадающее мнение судьи Зупанчича) (http://echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2001-II.pdf).

⁴⁹ Нет необходимости упоминать о том, что «привилегия» против самоговора не является привилегией; это — конституционное право, выводимое из Пятой поправки к Конституции США и старой максимы *nemo contra se prodere tenetur* — никто не обязан показывать против себя. См. Zupančič. The Owl of Minerva. — P. 87-159.

производные от морали стремления, вообще не имеют места⁵⁰. Что касается принципа законности, то одно предложение пункта 1 статьи 7 ЕКПЧ — «Наказание исключительно на основании закона» — покрывает всё материальное уголовное право⁵¹. Формула *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵² происходит не из римского права; она была создана Ансельмом фон Фейербахом и включена в Уголовный кодекс Баварии 1813 года⁵³. Эта идея, однако, ведёт своё начало из эпохи Просвещения, от итальянца Чезаре Беккариа и его трактата «О преступлениях и наказаниях» [*Dei delitti e delle pene*]⁵⁴. Знаменитый австрийский теоретик уголовного права Франц фон Лист утверждал, что материальное уголовное право в сочетании с принципом законности представляет собой *magna carta libertatum* — великую хартию вольностей подсудимого в уголовном процессе⁵⁴. Данное описание ограничивается уголовным правом, но его можно обобщить в том смысле, что гарантирующая роль любого законоположения непосредственно зависит от осознания определения соответствующего субъективного права. Предупреждение произвола в принятии решений в праве зависит от данного вида формальной законности.

II. ПРИВИЛЕГИЯ

В отличие от субъективного права, привилегия, согласно Фуллеру, не подлежит этим ограничительным влияниям принципа законности и связанного с ним правового формализма⁵⁵. По Фуллеру, привилегии привязаны к морали стремления и предоставляются в порядке абсолютного усмотрения⁵⁶. Конечно, обладание привилегией её получателем может, после её предоставления, стать

правом, но *процесс* её получения полностью находится вне пределов правового формализма. Как я отметил, Нобелевский комитет или любой другой частный орган присуждения премий совершенно свободны в своих соображениях, которые могут привести, а могут и не привести к награждению премией.

А как быть с награждением Президентом Французской Республики орденом Почётного легиона? Ясно, что это уже давно является не частным выбором частного органа, а, напротив, признанием заслуг государственным органом. Ещё более убедительным примером служит дарование помилования осуждённому по уголовному делу, следствием которого является освобождение его от наказания, назначенного ему в соответствии с законом⁵⁷. Здесь мы больше не говорим о морали стремления, если конечно, не считать в порядке абсурда, дарование помилования осуждённому по уголовному делу своего рода эманацией этой морали.

А. Два дела в ЕСПЧ

В Европейском Суде по правам человека было два дела, которые косвенно, а затем и прямо затрагивали вопрос привилегий.

Первым делом было «*E.V. против Франции*» [*E.V. v. France*]⁵⁸, вторым — «*Булуа против Люксембурга*» [*Boulois v. Luxembourg*]⁵⁹.

1. Дело «*E.V. против Франции*»: внесение идеи

В деле «*E.V. против Франции*» вопрос заключался в том, подвергалась ли член гомосексуальной лесбийской пары дискриминации относительно её привилегии

⁵⁰ Это не совсем так. Хорошо известно, что судья на стадии вынесения приговора в уголовном процессе, согласно общему праву, был наделён практически неограниченным усмотрением в отношении того, какое наказание он может назначить. Как только презумпция невиновности утрачивала действие, стадия судебного разбирательства завершалась и эти гарантии больше не применялись.

В Соединённых Штатах это начало меняться только в 1970-е годы. С другой стороны, никто точно не знает, в какой мере присяжные, изолированные в совещательной комнате, чувствуют себя связанными указаниями судьи. См., в общем: *Harry Calven, Jr. & Hans Zeisel. The American Jury* [Гарри Калвен-мл. и Ханс Цайзель. Американские присяжные] / *Phoenix ed. — The Univ. of Chi. Press, 1971*; *Joseph L. Gastwirth & Michael D. Sinclair. A Re-examination of the 1966 Kalven-Zeisel Study of Judge-Jury Agreements and Disagreements and Their Causes* [Джозеф Л. Гэстуорт и Майкл Д. Синклер. Пересмотр исследования Калвина — Цайзеля 1966 года о соглашениях и разногласиях судьи и присяжных и их причинах] // *3 Law, Probability & Risk. — 2004. — P. 169.*

В этом отношении континентальная система права действительно предлагает гораздо больше гарантий. Для сравнения см. постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «*Такске против Бельгии*» [*Taxquet v. Belgium*], *ECHR* [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2010-VI. Континентальные судебные решения мотивируются в отношении как фактов, так и права, тогда как вердикт присяжных, даже в Бельгии, лаконичен. Если мотивировка судебного решения отсутствует, как в лаконичном вердикте присяжных, обжалование по материально-правовым основаниям невозможно. Вот почему в системе общего права прецедентная практика по уголовным делам фокусируется преимущественно на процессуальных гарантиях.

⁵¹ «Никто не может быть осуждён за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое согласно действовавшему в момент его совершения национальному или международному праву не являлось уголовным преступлением. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления». ЕКПЧ, пункт 1 статьи 7.

⁵² *Nullum crimen nulla poena sine lege* (лат.) — нет преступления и наказания, кроме установленных законом (примечание редакции).

⁵³ См. постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «*Штрелец, Кесслер и Кренц*», упомянуто выше (совпадающее мнение судьи Зупанчича).

⁵⁴ *Cesare Beccaria. On Crimes and Punishments and Other Writings* [Чезаре Беккариа. О преступлениях и наказаниях и другие произведения] / *Aaron Thomas ed., Aaron Thomas & Jeremy Parzen trans. — Univ. of Toronto Press, 2008* (1764).

⁵⁴ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «*Штрелец, Кесслер и Кренц*», упомянуто выше (совпадающее мнение судьи Зупанчича).

⁵⁵ См.: *Fuller*, *op. cit.* — P. 30-31.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Дарование помилования главой исполнительной власти в любой юрисдикции является *lex in privos data* — сделанным по случаю законом, то есть квазизаконодательным актом, который применяется только для данного случая. В отличие от этого, амнистия является общим законодательным актом, который применяется *in abstracto* — абстрактно к любому числу конкретных случаев. В первой ситуации мы говорим только о привилегии (быть тем, кому даруется помилование), тогда как во второй ситуации мы говорим о праве конкретного осуждённого с точки зрения критериев названного законодательного акта амнистии.

⁵⁸ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «*E.V. против Франции*» [*E.V. v. France*], жалоба № 43546/02, *ECHR* [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2008 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571>).

⁵⁹ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «*Булуа*», упомянуто выше.

усыновить ребёнка⁶⁰. До того времени Европейский Суд не усматривал различия между правом и привилегией. В постановлении по данному делу привилегия вообще не упоминалась, но я представил особое мнение⁶¹. Я начал с посылки, что мы ведём обсуждение с точки зрения «наилучших интересов ребёнка». Это, в свою очередь, подразумевает, что имеющаяся у женщины, у *любой женщины*, возможность усыновить ребёнка *a priori* не может быть правом⁶². Те соображения, которые возникают, когда орган социального обеспечения, обладающий необходимой юрисдикцией, решает вопрос о предоставлении конкретному лицу привилегии усыновления ребёнка, наряду с некоторыми другими вещами не могут быть сформулированы в терминах права. Эти неуловимые нюансы, производные от «наилучших интересов ребёнка», который подлежит усыновлению, имеют, например, психологическую природу, они делают необходимым и предполагают совершенно свободное усмотрение со стороны того, кто принимает решение о даровании привилегии усыновления⁶³.

Как мне кажется, моё особое мнение оказало некоторое влияние на Европейский Суд. В этом мнении я впервые ввёл различие между правом и привилегией:

«Рассматриваемая проблема в некоторых отношениях завуалирована, но ключевым вопросом в настоящем деле является дискриминация — по признаку сексуальной ориентации заявителя — в отношении привилегии усыновить ребёнка. То, что это — привилегия, имеет решающее значение для рассмотрения дела; это подразумевает — и большинство судей это признают, — что мы не рассматриваем право заявителя с точки зрения положений статьи 8 Конвенции.

Различие между привилегией и правом имеет решающее значение. Дискриминация в плане неравенства в обращении распространяется на ситуации, затрагивающие права; она не относится к ситуациям, которые касаются преимущественно привилегий. Это такие ситуации, когда предоставление или отказ в предоставлении привилегии правомерно позволяет принимающему решение органу, в данном случае — административному органу, осуществить своё усмотрение, не опасаясь нарушить при этом право лица, интересы которого ущемлены. Проще говоря, теоретический принцип, согласно которому право отстаивается в судебном споре и также согласно которому нарушение такого права требует средства его защиты, не применяется к ситуациям предоставления привилегий. Крайним примером подобной ситуации было бы предоставление привилегии удостоиться награды или приза или иная ситуация, в которой особое обращение предусмотрено только для лиц, имеющих исключительные заслуги.

Иными словами, было бы «странным» для любого лица претендовать на то, что он должен получить кон-

кретную премию, конкретную награду или конкретную привилегию.

Разумеется, существуют промежуточные ситуации, как, например, заявление о замещении определённой должности, кандидатом на которую является ущемлённое лицо. Можно, например, представить себе ситуацию, когда заявитель хотел стать судьёй или нотариусом или был кандидатом на аналогичную должность, но по каким-то причинам получил отказ. Но даже в таком случае Европейский Суд обычно не стал бы рассматривать отказ предоставить привилегию как что-то, подпадающее под критерии дискриминации.

В настоящем конкретном деле предварительным вопросом существенной важности является определение того, подпадает ли привилегия усыновления ребёнка под критерии дискриминации по статье 14 Конвенции. Как уже указано выше, большинство судей в настоящем деле не склонны считать привилегию усыновления ребёнка правом. Поэтому было бы непоследовательным полагать, что имело место то или иное нарушение Конвенции, если Европейский Суд по-прежнему придерживается своей (обоснованной!) позиции, согласно которой возможность усыновления ребёнка является, конечно же, не правом, а в лучшем случае привилегией. В данном деле вопрос заключается в том, на какое усмотрение имеет право административный орган при вынесении решения, касающегося привилегии усыновления ребёнка.

С другой стороны, можно ли вообразить, что Нобелевский комитет обвинят в дискриминации вследствие того, что он никогда не присуждает Нобелевскую премию учёным определённой расы или национальности? Подобное утверждение потребовало бы, разумеется, статистических доказательств. Статистические сведения на самом деле часто фигурируют в делах о дискриминации в области занятости или аналогичных делах. Иными словами, если в данной конкретной ситуации Европейский Суд по правам человека должен был бы установить, что французские административные органы осуществляют на систематической основе дискриминацию лесбиянок, желающих усыновить ребёнка, то рассматриваемый вопрос был бы намного яснее.

Однако здесь мы имеем индивидуальную ситуацию, в которой дискриминация предполагается исключительно на основании единственного случая. Как я указывал, это не позволяет Европейскому Суду сделать вывод о том, что во Франции существует общая дискриминация гомосексуалистов, желающих усыновить ребёнка. Вопрос о систематической дискриминации не рассматривался в данном конкретном деле и, вероятно, будет даже невозможно привести статистические данные в обоснование такого утверждения. Но если бы это было возможно, то и подход к делу был бы совершенно иной,

⁶⁰ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «E.B.», упомянуто выше (особое мнение судьи Зупанчича).

⁶¹ Там же.

⁶² Там же.

⁶³ Там же.

чем мы наблюдаем. Поэтому Европейский Суд должен экстраполировать последовательную линию мотивировки на основании своей предварительной позиции, согласно которой привилегия усыновления ребёнка не является ни в коем случае правом.

Отдельный вопрос в связи с этим состоит в том, позволяли ли преодолеть дискриминацию процедуры, которые привели к негативному ответу лесбиянке. Именно этот вопрос является тем различием, на котором основывают свою мотивировку большинство судей.

Вопрос, вытекающий из этой мотивировки, состоит в том, действительно ли процедуры — даже по предоставлению не права, а привилегии — должны были быть свободными от дискриминации. С точки зрения административного права, различие имеет место, вероятно, между решением, которое принято законным образом в рамках компетенции административных органов и их законного усмотрения, с одной стороны, и решением, которое является скорее произвольным, с другой стороны.

Решение является произвольным, когда оно не основывается на разумных аргументах (материально-правовой аспект) или разумном процессе принятия решения (процессуальный аспект), а проистекает скорее из предрассудков, в данном случае предрассудков в отношении гомосексуалистов. В теории права хорошо известно, что логика дискриминации неприменима к привилегиям, но она может вполне быть применима к процедурам, которые касаются предоставления или отказа в предоставлении привилегий.

Утверждается, что процедуры французского административного права носили дискриминационный характер в отношении данной конкретной женщины гомосексуальной ориентации, но тогда встаёт вопрос, насколько такие дискриминационные процедуры являются, тем не менее, совместимыми с законным усмотрением, осуществлённым административным органом. Я боюсь, что в большинстве случаев в центре спора находится как раз такого рода “загрязнение” материально-правового вопроса процедурой его рассмотрения. Я не могу более на этом останавливаться, но вопрос может быть сформулирован следующим образом: если предоставление привилегий не касается прав, то не было бы тогда справедливым утверждение, что предоставляющий привилегию вправе — *argumento a majori ad minus*⁶⁴ — осуществлять не только усмотрение, но и дискриминацию как в материально-правовом, так и в процессуальном отношении? Краткий ответ на него состоит в том, что в публичной сфере — как противопоставленной исключительно частной сфере наградений, призов и тому подобное — существуют некоторые привилегии, которые могут стать правами, например применительно к усыновлению ребёнка, считающемуся публичной функцией, и так далее. Поскольку на этот процесс потенциального “превращения в право” привилегии влияют произвольность, предрассудки или

легкомысленность, здесь, несомненно, должна применяться логика дискриминации.

Все остальное — вопросы факта. Как и судья Лукаидес, я не поддерживаю осмотическую теорию “загрязнения”, выдвинутую большинством судей.

И, наконец, последнее соображение. Сторона, которая не была представлена в деле и интересы которой должны быть абсолютно доминирующими в подобном споре, — это ребёнок, будущие наилучшие интересы которого должны быть защищены. Перед абсолютным правом этого ребёнка меркнут все остальные права и привилегии. Если в делах об опеке мы утверждаем, что превалировать должны наилучшие интересы ребёнка — а не права биологических родителей, — то не будет ли такое утверждение ещё более обоснованным в делах, подобных настоящему, где идёт речь о привилегиях потенциального приёмного родителя?»⁶⁴.

Иными словами, как это сформулировано в моём особом мнении, часто трудно провести различие между процедурой предоставления привилегии и самой привилегией. Если привилегия, с точки зрения материального права, по определению является дискреционной, то процедура её предоставления — пусть являясь дискреционной — не должна быть произвольной.

2. Дело «Булуа против Люксембурга»: развитие прецедента

В деле «Булуа против Люксембурга» стоял иной вопрос. Он касался привилегии конкретного осуждённого получить право на отпуск в период отбывания наказания в виде лишения свободы⁶⁵. Опять-таки, критерии исправления и ресоциализации, имеющие решающее значение для предоставления привилегии временного отсутствия в тюрьме, являются преимущественно психологическими и в этом смысле трудноуловимыми. Как таковые, эти критерии не могут быть определены заранее; это вынуждает правовую систему предоставить соответствующее усмотрение принимающему решение совету по условно-досрочному освобождению. Закон Люксембурга оказался очень полезным с той точки зрения, что он прямо ссылался на возможность получения осуждённым тюремного отпуска *как на привилегию*⁶⁶. Это существенно облегчило Европейскому Суду признание различия между правом, например в контексте средств правовой защиты после осуждения, и привилегией. Тем не менее, данное дело потенциально является прецедентом, и в будущем Европейский Суд будет иметь возможность рассматривать определённые квазиправа как лишь привилегии. Европейский Суд заключил:

«Европейский Суд прежде всего отмечает, что в настоящем деле существовал “спор”, касающийся *реального существования права* на тюремный отпуск, отстаиваемо-

⁶⁴ Argumentum a majori ad minus (лат.) — довод от большего к меньшему (примечание редакции).

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Булуа», упомянуто выше.

⁶⁶ Там же. — § 47.

го заявителем. <...> Что касается вопроса о том, можно ли говорить, по крайней мере на доказуемых основаниях, о признании такого “права” во внутригосударственном законодательстве, Европейский Суд отмечает, что статья 6 Закона 1986 года определяет тюремный отпуск как разрешение отсутствовать в тюрьме либо часть дня, либо в течение периода продолжительностью двадцать четыре часа. Статья 7 гласит, что *это является “привилегией”*, которая *“может быть предоставлена”* заключённым при определённых обстоятельствах. <...> Понятие “привилегия” может иметь различные значения в разных контекстах; оно может относиться к уступке, которая может быть предоставлена или в которой может быть отказано по решению властей, или к мере, которую власти обязаны предоставить, если заинтересованное лицо соответствует определённым предварительным условиям. <...> В настоящем деле, по мнению Европейского Суда, термин “привилегия”, как он охарактеризован законодателем, *следует проанализировать во взаимосвязи с выражением “может быть предоставлена”* и в свете комментариев к проекту соответствующего закона, согласно которым предоставление мер, относящихся к условиям исполнения наказания, *“никогда не будет автоматическим и в конечном счёте будет оставляться на усмотрение органа исполнения наказаний”*. <...> Таким образом, намерение законодателя явно заключалось в создании *привилегии*, в отношении которой *не предусматривалось никакое средство защиты*. <...> Настоящее дело касается выгоды, созданной в качестве стимула для заключённых. <...> Совет по делам тюрем пользуется *определённой степенью усмотрения* при решении вопроса о том, заслуживает ли заинтересованный заключённый данной привилегии. <...> Совет принимает во внимание личность заключённого, его прогресс и риск совершения новых правонарушений при оценке того, можно ли предоставить ему тюремный отпуск. Представленные государством-ответчиком статистические данные <...> подтверждают *дискреционный характер* полномочий компетентных властей. Отсюда следует, что заключённые в Люксембурге *не обладают правом* на получение тюремного отпуска, даже если они формально отвечают необходимым критериям. <...>

Таким образом, из положений законодательства Люксембурга и из информации о практике предоставления тюремного отпуска ясно следует, что *заявитель не может претендовать, на доказуемых основаниях, на обладание “правом”, признанным во внутригосударственной правовой системе*. <...>

В свете всех вышеизложенных соображений Европейский Суд не может считать требования заявителя относящимися к “субъективному праву”, признанному в законодательстве Люксембурга или в Конвенции. Соответ-

ственно, Европейский Суд, как и государство-ответчик, заключает, что статья 6 Конвенции неприменима. <...> Отсюда следует, что с предварительным возражением государства-ответчика следует согласиться. Таким образом, нарушение статьи 6 Конвенции не имело места⁶⁷.

В. Академическая свобода

В принципе, следовательно, привилегия есть нечто, находящееся в полной дискреции принимающего решение органа. Это подразумевает, что решение о привилегии нет необходимости или невозможно обосновывать или мотивировать. Соответственно, такое решение невозможно обжаловать. Можно было бы, конечно, вслед за Фуллером, утверждать, что быть достойным стать приёмным родителем или быть достойным получить временное освобождение из тюрьмы — это относится к морали стремления, хотя такие «стремления» не принадлежат кругу выдающихся человеческих достижений⁶⁸. Вопрос, по крайней мере в двух рассматриваемых здесь делах, скорее лежит в плоскости *трудноуловимой* природы соображений при принятии решения, препятствующей формулированию мотивировки принимающего решение органа. Одним из интересных аналогов этого является академическая свобода профессоров выставлять студентам определённые оценки. Суды в Соединённых Штатах, например, отказываются вмешиваться в выставление оценок профессорами:

«Когда к судьям обращаются для проверки существа подлинно академического решения, <...> они должны продемонстрировать огромное уважение к профессиональному суждению профессорско-преподавательского состава. Проще говоря, они не вправе отменять его, если только не имеет места существенное отступление от принятых академических норм, свидетельствующее, что ответственное лицо или комиссия в действительности не выносили профессионального суждения»⁶⁹.

Как пояснил другой суд, «оценки должны выставляться учителями в классе точно так же, как дела разрешаются в зале судебных заседаний. <...> Учителям поэтому должна быть предоставлена широкая свобода усмотрения при выставлении оценок»⁷⁰. Суды никогда не ссылались на мораль стремления по Фуллеру; они никогда не считали получение определённых оценок привилегией — но по существу логика здесь та же самая. Похоже, что суды отказываются вмешиваться в академическую свободу профессорско-преподавательского состава, но существо проблемы лежит в плоскости неспособности судей, вследствие существования трудноуловимых нюансов, проверить процессы выставления оценок в каком-либо конкретном деле.

⁶⁷ Там же, § 95–99, 101, 104–05 (курсив наш).

⁶⁸ См.: Fuller, op. cit. — P. 17 (при пояснении того, что мораль стремления «подразумевает некоторую концепцию высшего добра человека»).

⁶⁹ Постановление Верховного Суда США по делу «Члены регентского совета Мичиганского университета против Ивинга» [Regents of Univ. of Mich. v. Ewing], 474 U.S. 214, 225 (1985) (ссылки опущены).

⁷⁰ Постановление Апелляционного суда для Шестого округа по делу «Сеттл против Совета школ города Диксона» [Settle v. Dickson Cty. Sch. Bd.], 53 F.3d 152, 155–156 (6th Cir. 1995).

С. Компромиссное решение

В сфере назначения или избрания судей, а также их освобождения от должности в ЕСПЧ есть два дела, которые заслуживают в данном контексте некоторого внимания. Первое дело — это «Александр Волков против Украины» [*Oleksandr Volkov v. Ukraine*]⁷¹, а второе дело, касающееся бывшего судьи Европейского Суда, — это «Бака против Венгрии» [*Baka v. Hungary*]⁷². В обоих делах вопрос заключался в предположительно необоснованном освобождении судей от должности на Украине и в Венгрии соответственно⁷³. Значение этих двух дел состоит не в том, что они поднимают вопрос о привилегии, а в том, что, наоборот, они ставят вопрос о произвольном лишении привилегии быть судьёй.

В деле «Александр Волков против Украины» судья был освобождён от должности по неясным основаниям нарушения судейской присяги⁷⁴. В деле «Бака против Венгрии» заявитель был освобождён от должности Председателя Верховного Суда Венгрии в силу конституционного акта, принятого большинством в две трети голосов Государственного Собрания Венгрии⁷⁵. Это, в свою очередь, означает, что заявитель не мог подать конституционную жалобу или иным образом оспорить данное решение, которое очевидно выражало политическую волю Правительства.

Как я уже сказал, эти два дела, похоже, представляют оборотную сторону вопроса, который мы здесь рассматриваем, то есть реальной проблемой здесь была бы привилегия отбора и назначения судьи или даже скорее немотивированного отказа избрать и назначить судью. Особенно в деле «Бака» было очевидно, что заявитель пользовался «привилегированным» положением Председателя Верховного Суда Венгрии, которого он был «произвольно» лишён⁷⁶. Это, следовательно, является зеркальным отражением вопроса, который возник бы, если бы заявитель не был назначен. Таким образом, оба дела касаются нарушения *прав* заявителей — с учётом того, что их предшествующее выдвижение на должность, являвшееся *привилегией*, со временем превратилось в права, сопутствующие

их должности⁷⁷. Кроме как в этих делах, ЕСПЧ, кажется, не рассматривал вопрос о подобной дискриминации, касающейся наличия привилегии по состоянию на некоторый предшествующий момент развития событий. Таким образом, как представляется, проведение различия между *правом* и *привилегией* пока имело место только в делах «Е.В. против Франции» и «Булуа против Люксембурга»⁷⁸.

Дело «Майхен против Словении»

Тем временем, в 1995 году я я в бытность мою судьёй Конституционного Суда Словении, вдохновляясь Фуллером, впервые поднял (в своём особом мнении) вопрос о привилегии как вещи, отличной от права⁷⁹. Дело «Майхен против Словении» [*Majhen v. Slovenia*]⁸⁰, насколько я знаю, является первым в истории права примером рабочего применения теории Фуллера в судебном контексте. Дело касалось типичного для пост-социалистического периода вопроса: обратившемуся в Конституционный Суд заявителю, адвокату из города Марибора, было отказано в назначении на должность нотариуса⁸¹ — это не американский «государственный нотариус» [*notary public*], а институт континентального права, при котором нотариус осуществляет свою функцию полупублично и, следовательно, *a priori* является лицом, наделённым общественным доверием⁸². Функция нотариуса, таким образом, является значительно более престижной и более высокооплачиваемой, чем функция обычного частного адвоката.

Г-н Майхен и был таким адвокатом, но затем он предложил свою кандидатуру на должность нотариуса⁸³. Министерство юстиции отказалось назначить заявителя на эту должность, и он подал обращение в Конституционный Суд об абстрактном судебном контроле, оспаривая норму о назначении нотариусов⁸⁴. Кроме того, Министерство юстиции допустило ошибку, мотивировав свой отказ предоставить заявителю привилегию стать нотариусом. Это позволило заявителю обжаловать основания отказа⁸⁵. Конституционный Суд, однако, рассмотрел дело, как оно сейчас представлено в его базе данных, исклю-

⁷¹ Постановление Европейского Суда по делу «Александр Волков против Украины» [*Oleksandr Volkov v. Ukraine*], ECHR [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2013-1 (http://echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2013-1.pdf).

⁷² Постановление Европейского Суда по делу «Бака против Венгрии» [*Baka v. Hungary*], жалоба № 20261/12, ECHR [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2014 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144139>).

⁷³ См. постановления Европейского Суда по делам «Александр Волков», упомянуто выше, § 76; «Бака», упомянуто выше, § 62.

⁷⁴ См. постановление Европейского Суда по делу «Александр Волков», упомянуто выше, § 3, 40–55.

⁷⁵ См. постановление Европейского Суда по делу «Бака», упомянуто выше, § 3, 17–23.

⁷⁶ Там же.

⁷⁷ См. постановления Европейского Суда по делам «Александр Волков», упомянуто выше, § 84; «Бака», упомянуто выше, § 26.

⁷⁸ О дискуссии о привилегиях см. выше, текст к сноскам 62–71.

⁷⁹ Постановление Конституционного Суда Республики Словении от 1 июня 1995 года по делу U-I-344/94 (особое мнение судьи Зупанчича) (<http://odlocit.ve.us-rs.si/sl/odlocitev/US17453>).

⁸⁰ Там же.

⁸¹ Там же. — § 1 мнения большинства судей.

⁸² Там же. — § 6.

⁸³ Там же.

⁸⁴ Заявитель сравнивал оспариваемую норму с критерием «нравственной и политической зрелости», соответствие которому являлось *sine qua non* — необходимым предварительным условием назначения на любую судебную должность в Социалистической Федеративной Республике Югославия. По крайней мере, в абстрактном плане с этим критерием всё было в порядке. Однако в неблагоприятных условиях пост-переходного периода инициатор абстрактного контроля оспариваемой нормы утверждал, что она является неконституционной просто потому, что данный критерий напоминает ему о социалистической «нравственной и политической зрелости». См. там же. — § 1–2.

⁸⁵ См. там же. — § 4.

чительно с точки зрения абстрактной совместимости с Конституцией оспариваемой нормы, на основании которой заявителю было отказано в назначении⁸⁶.

Тем не менее, в ходе обсуждения в совещательной комнате я впервые поставил вопрос о различии морали долга, с одной стороны, и морали стремления, с другой. Я утверждал, что стремление стать нотариусом является стремлением быть достойным привилегии, то есть выдвижение на должность нотариуса, разумеется, не является правом, так как относится к дискреционным полномочиям Министерства юстиции, которое не обязано было обосновывать или мотивировать своё решение⁸⁷.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Различие между моралью долга и моралью стремления не полностью соответствует, кроме как в крайних проявлениях того и другого, различию между правом и привилегией. Очевидно, что неполучение Нобелевской премии или ордена Почётного легиона не может быть обжаловано. В другом крайнем случае — в уголовном праве — право *не* быть осуждённым подчиняется принципу законности и чрезвычайно строгим процессуальным гарантиям.

Однако является ли должность бухгалтера или нотариуса чем-то, к чему «стремятся» в фуллеровском смысле? Здесь многое зависит от конкретного правового контекста. Внутригосударственное право может требовать или не требовать мотивированности решения от принимающего его органа, например административного органа. В случае необходимости мотивировки будет только логичным, что такое решение может быть обжаловано, как это в действительности имело место в деле «Флимменос против Греции»⁸⁸. Однако в деле «Булуа против Люксембурга»⁸⁹ внутригосударственное законодательство прямо ссылалось на привилегию, которая не подлежит обжалованию. В праве существует, как мы отметили, общий принцип, позитивно коррелирующий, как кривая на диаграмме, с тем, что стоит на кону в конкрет-

ной процедуре, и со строгостью сопутствующих этому материально-правовых и процессуальных гарантий: чем выше ставка, тем строже закон. Отсюда остаётся только один шаг до утверждения, что привилегии и присуждение премий не требуют законности и процедур, тогда как права и особенно наказания делают их необходимыми.

Как в таком случае быть с ницшеанским выводом Фуллера, согласно которому «если мораль долга выходит за верхнюю границу своей сферы, железная рука наложенной обязанности может задушить эксперимент, стремление и спонтанность»⁹⁰? Я думаю, что Фуллер косвенно ссылается на «закон как великий уравниватель» и на «сюррегламентацию» [*sur-réglementation*]⁹¹, которая, по Ролану Гори, в современном мире стала широко распространённым способом регулирования всего, что только возможно и невозможно. Рассматриваемый вопрос, следовательно, не формулируется как «равенство против неравенства». В тот момент, когда нечто подчиняется строгим правилам, вступает в действие своего рода «формалистическое», с точки зрения права, «равенство». Это формализм способен, как сказал бы Ницше (и Фуллер), удушить саму жизнь (эксперимент, стремление и спонтанность). Это может происходить и с правами человека. Но вопрос в действительности состоит в том, является ли эта необходимость регулировать и судить, распространяемая на что бы то ни было, доминирующей моралью долга?

Краткий ответ здесь, как сказал бы Роберто Мангабейра Унгер, гласит, что нормы и рассмотрение споров не были бы даже необходимы, если бы мы полностью разделяли все ценности⁹². И наоборот, мы говорим о коллапсе нормативной интеграции⁹³, и, как я описал это, об основополагающем процессе эдипизации. Не будем здесь открывать дискуссию по этому широкому и метаюридическому вопросу⁹⁴. Достаточно сказать, что Фуллер и Кангилем жили в разное время.

Перевод с английского языка.

© Журнал «Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека»
8 июля 2016 года

⁸⁶ См. там же. — § 15.

⁸⁷ Делом, аналогичным «Майхен против Словении», в ЕСПЧ является дело «Флимменос против Греции» [*Thlimmenos v. Greece*] в Большой Палате, ECHR [Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека] 2000-IV (http://echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2000-IV.pdf). В этом деле заявитель, аналогично г-ну Майхену, стремился стать дипломированным бухгалтером (там же, § 8). Г-н Флимменос *cum laude* — успешно сдал все необходимые экзамены, но после этого ему было отказано в назначении на должность дипломированного бухгалтера вследствие предшествующего осуждения за отказ от ношения военной формы, противоречащего его религиозным убеждениям (там же, § 2, 7). Европейский Суд рассмотрел этот вопрос как случай дискриминации в извращённом смысле слова, поскольку греческие власти продемонстрировали весьма механистическое отношение к заявителю как к любому иному имеющему судимость кандидату на должность дипломированного бухгалтера (см. там же. — § 33, 39–49). Иными словами, греческие власти не смогли провести различие между осуждением за совершение аморальных преступлений (*malum in se* — деяний, преступных по своему характеру), с одной стороны, и нарушением общественного запрета (*malum prohibitum* — деяний, преступных в силу запрещения законом), с другой стороны. Отсутствие различия явилось такого рода дискриминацией, с которой Европейский Суд до тех пор не сталкивался. Не только следует аналогичные дела разрешать сходным образом, но необходимо и различные дела разрешать разным образом. Дело «Флимменос» является аналогичным делу «Майхен», так как в обеих ситуациях отрицалась привилегия занятия определённой должности. Дело «Флимменос» было бы ещё более интересным, если бы возник вопрос относительно необходимости оправдания греческими властями решения, вынесенного по этим вопиюще дискриминационным основаниям.

⁸⁸ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Флимменос», упомянуто выше.

⁸⁹ Постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Булуа», упомянуто выше.

⁹⁰ Fuller. The Morality of Law. — P. 27–28.

⁹¹ См.: Roland Gori. La Fabrique des impoteurs [Ролан Гори. Фабрика самозванцев] / *Des Liens Qui Libèrent* ed. — 2013 («В этом притворстве цивилизации наша подобная хамелеону демократия оказывается большой, запертой как таковая в своих нормах и самодвижущейся в ад мира бессмысленной суэты»).

⁹² См. его правовые теории: Roberto M. Unger. Legal Theory [Роберто М. Унгер. Теория права] (<http://robertounger.com/legal.php>).

⁹³ См.: Boštjan M. Zupančič. Criminal Law and Its Influence upon Normative Integration [Боштян М. Зупанчич. Уголовное право и его влияние на нормативную интеграцию. Диссертация на соискание степени магистра права] // 7 Acta Criminologica 53. — 1974 (<http://id.erudit.org/revue/ac/1974/v7/n1/017031ar.pdf>).

⁹⁴ Я рассматривал этот вопрос в четырёх книгах, изданных только на словенском языке: Boštjan M. Zupančič. Epifanija: Cetrti od suhih krav [Боштян М. Зупанчич. Богоявление: четвёртое от коров тощих]. — 2015; *idem*. Prva od suhih krav [он же. Первое от коров тощих]. — 2009; *idem*. Tembatsu: Druga od suhih krav [он же. Божья кара: второе от коров тощих]. — 2011; Boštjan M. Zupančič et al. Tretja of suhih krav: Razprave o razlogih za Razsulo [Боштян М. Зупанчич и др. Третье от коров тощих: дискуссия о причинах распада]. — 2012.