

DOI 10.15826/koinon.2022.03.2.015
УДК 341.645.5:342.7:314.5

АКСИОМЫ, РАЗРУШАЮЩИЕ ПРАВО

М. А. Краснов

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
Москва, Россия

Аннотация: В статье рассматривается решение Европейского суда по правам человека по делу о правомерности отказа российских властей в регистрации брачных отношений трем однополым парам. В первой части автор подвергает критике это решение, поскольку считает, что Европейский суд (ЕСПЧ) основывает свои доводы и выводы, применяя новую аксиоматику. Развитие права, в том числе в сторону гуманизации — процесс естественный и даже необходимый. Но, по мнению автора, этот процесс имеет границы, пересматривать которые опасно, прежде всего, для самого права, ибо ради свободы индивидуального выбора в жертву приносятся некоторые социальные институты, которые составляют опору общества. Среди новых аксиом, на которых ЕСПЧ основывает свои решения, автор выделяет следующие: государство обязано обеспечивать основные права и свободы, касающиеся личной и семейной жизни, не вдаваясь в моральный контекст; апелляция государства к моральным императивам в сфере личной и семейной жизни является дискриминацией; практически не существует границ между понятиями «личная (частная) жизнь» и «семейная жизнь», наконец, человек имеет право на любой выбор, ибо он является хозяином (полным и исключительным собственником) своего тела. Во второй части статьи предпринята попытка обосновать критику решений ЕСПЧ, защищающих право на создание юридически значимых однополых союзов. Основная мысль автора сводится к тому, что европейское право выросло на основе христианской этической системы и размывание моральных императивов, свойственных этой системе, служит размыванию и последующему разрушению самого права.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), право, однополые пары, общественная нравственность, христианская этическая система, моральная нейтральность, дискриминация.

Для цитирования: Краснов М. А. Аксиомы, разрушающие право // Koinon. 2022. Т. 3. № 2. С. 39–55. DOI: 10.15826/koinon.2022.03.2.015

AXIOMS THAT DESTROY THE LAW

M. A. Krasnov

National Research University
Higher School of Economics
Moscow, Russia

Abstract: The article deals with the decision of the European Court of Human Rights in the case about the legality of the refusal of Russian authorities to register marriage relations for three same-sex couples. In the first part, the author criticizes this decision, as he believes that the European Court of Justice (ECHR) bases its arguments and conclusions on a new axiomatics. The development of law, including in the direction of humanization, is a natural and even necessary process. But, in the author's opinion, this process has limits, and to revise them is dangerous, first of all, for the law itself, because for the freedom of individual choice, some social institutions, which are the pillars of society, are sacrificed. Among the new axioms on which the ECHR bases its decisions, the author singles out the following: the state is obliged to ensure basic rights and freedoms concerning private and family life, without going into the moral context; the state's appeal to moral imperatives in the sphere of private and family life is discrimination; there are virtually no borders between the concepts of personal (private) life and family life; finally, the person has the right to any choice, because he is the owner (the complete and exclusive owner) of his body. The second part of the article attempts to justify the criticism of the ECHR decisions that protect the right to form legally significant same-sex unions. The author's main point is that European law grew up on the basis of the Christian ethical system and the erosion of the moral imperatives inherent in this system serves the erosion and subsequent destruction of the law itself.

Keywords: European Court of Human Rights (ECHR), law, same-sex couples, public morality, Christian ethical system, moral neutrality, discrimination.

For citation: Krasnov, M. A. (2022), "Axioms that Destroy the Law", *Koinon*, vol. 3, no. 2, pp. 39–55 (in Russian). DOI: 10.15826/koinon.2022.03.2.015

Но дошло до миллиарда —
повернулось колесо,
появились Леонардо,
Просвещение, Руссо,
научились мыть посуду,
гладко складывать слова...
Где-то, хоть и не повсюду,
соблюдаются права,
сокращаются бесчинства,
умягчился Божий гнев,
уважаются меньшинства,
совершенно обнаглев...

Дм. Быков. Числительное

1.

Право появилось одновременно с творением человека, которому была предоставлена широчайшая свобода, но установлен единственный запрет, а также санкция за его нарушение: «...а от дерева познания добра и зла не ешь от него, ибо в день, в который ты вкусишь от него, смертью умрешь» (Быт. 2: 17). Собственно, в этих словах заключена известная юристам классическая структура правовой нормы: гипотеза — диспозиция — санкция.

Все право так и заключалось бы в этой норме, а потому его, права, как бы не существовало. Но после нарушения запрета — грехопадения — коренным образом изменилась антропология. И тогда понадобилась уже целая система запретов и наказаний за их нарушение. Понадобилась для того, чтобы род человеческий не истребил сам себя — для того, чтобы слабый был хоть как-то защищен от сильного. Именно поэтому право можно считать самым благородным феноменом. Х. Ортега-и-Гассет писал: «Либерализм — правовая основа, согласно которой Власть, какой бы всемогущей она ни была, ограничивает себя и стремится, даже в ущерб себе, сохранить в государственном монолите пустоты для выживания тех, кто думает и чувствует наперекор ей, то есть наперекор силе, наперекор большинству. Либерализм — и сегодня стоит об этом помнить — предел великодушия; это право, которое большинство уступает меньшинству, и это самый благородный клич, когда-либо прозвучавший на Земле» [Ортега-и-Гассет 2002, с. 73].

Но право — весьма уязвимое явление. И наибольший ущерб ему может нанести, как это ни удивительно, не правонарушители, а суд. Ведь это инсти-туция, призванная быть живым воплощением права. Всякому очевидно, что право страдает, если судьи нарушают процессуальные правила и отбрасывают требования беспристрастности и непредвзятости, вынося неправосудные решения. Но далеко не все понимают, что еще большая опасность, если суд, строго соблюдающий закон, в основу своего решения кладет некие аксиомы,

которые создают условия для разрушения самого права. Особую опасность такие решения приобретают, если они выносятся высшими и международными судами, поскольку такие решения освящены их высоким авторитетом и не могут быть обжалованы. В силу высокой квалификации судей правовой порок в их решениях крайне трудно разглядеть.

Пример того, как это происходит, демонстрирует решение *Европейского суда по правам человека по делу Федотова и другие против России от 13 июля 2021 г.* [ECtHR 2021], в котором Суд признал, что Российская Федерация нарушила ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. [О ратификации Конвенции 1998], поскольку ее законодательство не предусматривает возможность официальной регистрации однополых союзов. Это не первое решение Суда по данной проблеме, но первое, вынесенное в отношении Российской Федерации.

Трем однополым парам российские отделы ЗАГС отказали в регистрации брака, ссылаясь на ст. 1 Семейного кодекса РФ, определяющую брак как добровольный союз мужчины и женщины; соответствующие судебные инстанции отклонили иски заявителей, оспаривавших данные решения. Заявители утверждали, что невозможность вступить в брак или иным образом получить официальное признание их отношений нарушает их право на уважение семейной жизни (ст. 8 Конвенции) и образует дискриминацию по признаку сексуальной ориентации (14 Конвенции).

Европейский суд отметил, что он признает свободу усмотрения государства в выборе наиболее подходящей формы регистрации однополых союзов с учетом его специфического социального и культурного контекста (например, гражданское партнерство, гражданский союз). Однако в настоящем деле государство вышло за пределы этой свободы, поскольку внутренне право не предусматривало никакой правовой основы для защиты отношений заявителей как однополых пар. По мнению Суда, предоставление заявителям доступа к официальному признанию статуса их пар в иной форме, кроме брака, не будет противоречить «традиционному пониманию брака», преобладающему в России, или взглядам большинства населения, на которые ссылается государство, поскольку оно выступает только против однополых браков, но не других возможных форм юридического признания однополых союзов¹. В связи с этим Суд признал нарушение ст. 8 Конвенции (п. 56). Принимая данное решение, Европейский

¹ При этом Суд сослался на опыт других стран: 16 государств — участников Конвенции (Австрия, Бельгия, Дания, Финляндия, Франция, Германия, Исландия, Ирландия, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Норвегия, Португалия, Испания, Швеция и Соединенное Королевство) юридически признают однополые браки; и еще 14 государств (Андорра, Хорватия, Кипр, Чешская Республика, Эстония, Греция, Венгрия, Италия, Лихтенштейн, Монако, Черногория, Сан-Марино, Словения и Швейцария) юридически признают ту или иную форму гражданского союза для однополых пар (п. 29).

суд основывался на позициях, которые уже были сформулированы в других его решениях. *О каких же новых аксиомах идет речь?*

В данном случае имею в виду лишь одну аксиому: *человек имеет право на любой выбор, ибо он является хозяином (полным и исключительным собственником) своего тела*. Соответственно, нормы общественной морали в этом отношении должны быть пересмотрены, а, соответственно, следует изменить и правовые позиции. О некоторых из них я и хочу сказать.

Государство обязано обеспечивать основные права и свободы, касающиеся личной и семейной жизни, не вдаваясь в моральный контекст. Европейский суд не обязывает государство признавать однополый союз браком «в традиционном понимании» (и в понимании ст. 12 Конвенции), но утверждает, что такое сожителство *должно в какой-либо форме юридически признаваться*. Представляется, что ст. 8 Конвенции не дает оснований для такого вывода. В п. 1 данной статьи провозглашается право на уважение частной и семейной жизни, но в п. 2 смысл слова «уважение» раскрывается именно как невмешательство в личные и семейные отношения за исключением случаев, когда это необходимо для защиты перечисленных в ней интересов и прав. Однако Европейский суд не сводит «уважение» к «невмешательству» и из этого выводит свою позицию. В п. 44 решения по делу Федотовой он указывает, что хотя основной целью ст. 8 является защита людей от произвольного вмешательства со стороны публичных властей, она также может налагать на государство определенные позитивные обязательства по обеспечению эффективного уважения защищаемых ею прав². Эти обязательства могут включать принятие мер, направленных на обеспечение уважения частной или семейной жизни даже в сфере отношений между людьми, в том числе позитивные обязательства по созданию правового регулирования, гарантирующего эффективное осуществление предусмотренных прав.

Хотя Европейский суд подчеркивает, что, понятие «уважение» не является четким, особенно в том, что касается позитивных обязательств, тем не менее в данном деле он счел значимым то воздействие, которое оказывают на заявителя ситуации несоответствия между социальной реальностью и правом (п. 45). По мнению Суда, позитивные обязательства государства включают в себя юридическое признание однополых союзов (пусть и не обязательно в качестве брака), поскольку, в противном случае, по его мнению, однополые пары не смогут решать возникающие практические проблемы таким же образом, что и лица,

² Здесь и далее опускаются ссылки Суда на свои предыдущие решения, где были обоснованы соответствующие позиции. Наличие у государств позитивных обязательств признается Судом давно (например [ЕСtHR 1979]).

состоящие в браке. В частности, они будут лишены доступа к жилищным или финансовым программам, а также возможности посещения своих партнеров в больнице, гарантий в уголовном процессе (право не свидетельствовать против партнера), права наследовать имущество умершего партнера (п. 51).

Представляется, что ст. 8 Конвенции имела в виду исключительно обязанность государства «оставить в покое» граждан в их частной жизни (до тех пор, пока это не наносит вред иным защищаемым правам и интересам). Даже если согласиться с тем, что «уважение» частной жизни предполагает позитивные обязательства государства, то эти обязательства, по смыслу ст. 8, могут касаться лишь обеспечения защиты частной жизни от чьего-либо вмешательства³. Например, на Четвертой Европейской конференции по насилию в семье, проведенной в Любляне в сентябре 2021 года [ECDV 2021], приводились факты убийств на Кавказе девушек (причем, нередко родственниками) в связи с тем, что кто-то выкладывал в сеть компрометирующие их видео или даже если распространялись в отношении их компрометирующие слухи. Здесь позитивные обязательства государства по защите таких женщин жизненно необходимы.

Апелляция государства к моральным императивам в сфере личной и семейной жизни является дискриминацией. В решении Европейского суда (п. 26) в качестве одного из оснований его выводов приводятся выдержки из резолюции Парламентской ассамблеи Совета Европы от 10 октября 2018 года № 2239 «Частная и семейная жизнь: достижение равенства независимо от сексуальной ориентации» [Council of Europe 2018], которая призывает государства-члены обеспечить правовую базу для признания и защиты однополых союзов (п. 4.3.1). Суд также сослался (п. 28) на Информационный бюллетень по вопросам ЛГБТИ Европейской комиссии против расизма и нетерпимости, выпущенный 1 марта 2021 г. [Council of Europe 2021], где отмечалось, что власти должны обеспечить правовую базу, обеспечивающую официальное и юридическое признание и защиту отношений однополых пар без какой-либо дискриминации, чтобы они могли решать практические проблемы, возникающие в социальной реальности, в которой они живут. Кроме того, необходимо изучить, существует ли объективное и разумное обоснование любых различий в регулировании отношений супружеских и однополых пар, и отменить любые такие необоснованные различия (п. 6).

Сегодня никто открыто не выступает против принципа равенства. Возражения бывают связаны с тем, что под его действие попадает не любой социальный, гендерный и иной статус индивида. В этом смысле Европейская

³ Эта проблематика хорошо разработана в немецкой доктрине: «Право на защиту и государственная обязанность защищать — это противоречивые, разновекторные функции основных прав, обеспечивающих свободу. Они гарантируют идентичное конституционное благо от посягательств, которые грозят с разных сторон, как от публичной власти, так и от частных лиц» [Государственное право Германии 1994, с. 188].

комиссии против расизма и нетерпимости правильно говорит о необходимости изучить, существует ли объективное и разумное обоснование любых различий в регулировании отношений супружеских и однополых пар. Однако на самом деле Комиссия имела в виду конкретное проявление этого принципа: однополые пары, отношения которых юридически не признает государство, подвергаются дискриминации. Так ли это?

Европейский суд утверждает, что регистрация однополых союзов никаким образом не наносит ущерб традиционным институтам семьи и брака, отмечая, что он не усматривает каких-либо рисков для традиционного брака в связи с официальным признанием однополых союзов, поскольку это не препятствует разнополым парам вступать в брак или пользоваться преимуществами, которые брак предоставляет (п. 54).

Разумеется, признание однополых союзов не будет препятствовать созданию традиционных семей. Однако сосуществование традиционного института семьи и института однополого партнерства, претендующего на статус семьи, размывает и подрывает социальную значимость института семьи.

Люди, разумеется, могут считать семьей или равноценным семье любое сочетание биологических особей, а может быть, и не биологических (прогресс способен дойти до самых немислимых объединений, построенных на «любви»⁴). Однако у публично организованного общества — государства тоже есть некие аксиоматические позиции. Оно, разумеется, может их менять, должно менять, да и меняет. Но только если это не подрывает некие ценности, на которых государство (по крайней мере, в евро-атлантической, т. е. христианской цивилизации) основано и стоит. А институты брака и семьи — едва ли не главная его основа. Так что государство вправе и даже обязано не распространять правосубъектность на союзы, которые извращают смысл брака, стремясь походить именно на семейный союз.

ЕСПЧ утверждает, что однополые «пары» «так же способны, как и разнополые пары, вступать в отношения. Они находятся в аналогичной ситуации с разнополой парой в том, что касается их потребности в официальном признании и защите своих отношений» (п. 48). Суд не вдается в доказательства, почему должно быть равенство в *государственном признании* семейных и однополых союзов. Все сводится лишь к тому, что оба союза находятся в «*аналогичной ситуации*». Но в «*аналогичной ситуации*» находятся или через какое-то время будут находиться и другие союзы. Из чего же следует, что государство должно содействовать удовлетворению практических потребностей *любого* союза? Это, конечно, можно счесть авторской фантазией и сказать, что в данном случае речь не идет о противоправных союзах. Но в том и драма, что ныне уже невозможно предугадать, где остановится правовая лояльность, ибо и нынешнюю

⁴ Фильм «Двухсотлетний человек» (1999, реж. К. Коламбус) — яркая иллюстрация этого.

проблему невозможно было представить себе в качестве спора с государством лет сто назад.

Разумеется, какое-то государство может признать и однополый союз институтом, подобным семье или собственно семьей, но отказ признавать такой союз институтом никак не может считаться дискриминацией в смысле ст. 14 Конвенции. Хотя она, перечисляя критерии для установления факта дискриминации (пол, возраст, раса и др.), говорит, что недопустима дискриминация «по любым иным признакам», *однополый союз нельзя отнести к такому «иному признаку»*. Во времена разработки и принятия Конвенции, да и долгое время после этого никому в голову не приходило, что может появиться *такой* «признак» дискриминации. Как не приходило в голову, что можно извратить смысл ст. 12 Конвенции, опираясь на нечеткость ее редакции. Эта статья, напомним, гласит: «*Мужчины и женщины, достигшие брачного возраста, имеют право вступать в брак и создавать семью в соответствии с национальным законодательством, регулирующим осуществление этого права*». Раньше это однозначно читалось как брак *только* между мужчиной и женщиной. Но сегодня это уже далеко не однозначно, поскольку редакция статьи напрямую не указывает на это.

Суд допускает, на наш взгляд, еще одну малозаметную подмену: *индивид приравнивается к институции* под предлогом того, что речь идет о правах лиц, живущих в однополном партнерстве. Это именно предлог, так как спор ведется именно о признании союза. Но ст. 14 Конвенции говорит именно об индивидах.

Помимо прочего, ЕСПЧ говорит о том, что признание статуса подобных союзов «в иной форме, кроме брака» не будет противоречить «*взглядам большинства*, на которые ссылается Правительство» (п. 56). Действительно, российская сторона апеллировала в том числе и к общественному мнению, национальным традициям. В Решении ЕСПЧ говорится, что, например, Липецкий облсуд отклонил апелляцию одной из «пар» в том числе потому, что аргументы заявителей «противоречат устоявшимся национальным традициям». Но, главное, в качестве аргумента от имени Российской Федерации приводятся цифры опроса ВЦИОМ, показывающие рост отрицательного отношения российских граждан к однополым бракам. К слову говоря, такая аргументация лишает принципиальности позицию, представленную от имени России. Однако любопытно, как ЕСПЧ ответил на упоминание об этом общественном неприятии. Данные социологических опросов, по мысли Суда, можно было бы принять как аргумент, если бы общественная поддержка была оказана «*в пользу расширения сферы действия гарантий Конвенции*», и, напротив, общественным мнением следует пренебречь, когда оно «используется для того, чтобы лишить значительную часть населения доступа к основному праву на уважение частной и семейной жизни» (п. 52).

Границ между понятиями «личная (частная) жизнь» и «семейная жизнь» практически не существует. Из этого исходят заявители, а Суд

подтвердил такое понимание. В частности, он признал, что «факты настоящего дела *подпадают под сферу „частной жизни“ заявителей, а также „семейной жизни“ по смыслу статьи 8 Конвенции»* (п. 41). Однако эта статья неслучайно и совершенно обоснованно разводит оба понятия. Они, хотя и пересекаются, но означают *разные явления*. Личная жизнь может относиться только к *конкретному лицу*, но не к коллективному субъекту, каковым является семья. Больше того, оба этих основных права могут даже вступать в конфликт между собой. Неприкосновенность частной жизни охраняется и *внутри семьи*. И не только нормами морали⁵, но и законодательством многих европейских стран, да и решениями того же ЕСПЧ.

Ранее Европейский суд, надо отметить, гораздо более четко разделял частную и семейную жизнь. И гомосексуальные отношения рассматривал именно как проявления частной жизни. Да и позитивные обязательства государства воспринимал более узко, нежели сейчас. Например, в упомянутом выше деле Риз против Соединенного Королевства судьи признали, что «сам факт отказа внести изменения в реестр актов гражданского состояния и выдать [человеку, сменившему пол] новое свидетельство о рождении, содержание которого отличается от данных, зафиксированных в реестре, не может рассматриваться как вмешательство (п. 35)» [Стандарты Совета Европы 2002, с. 179]. Правда, это были времена (1980-е гг.), когда вопрос ставился вообще о правомерности/неправомерности юридического преследования гомосексуальных отношений [Там же, с. 177].

Хотя законодательство ряда стран юридически приравнивает однополые союзы к семье, ЕСПЧ пока не настаивает на отождествлении этих понятий. Но постепенно его решения эволюционируют в эту сторону. Между тем Суд, как раз опираясь на ст. 8 Конвенции, мог бы твердо противостоять развитию этого процесса и признать, что создание однополых союзов не является созданием семьи.

2.

Высказанная здесь критика позиций, выведенных или поддержанных ЕСПЧ, может выглядеть не очень убедительно, если рассматривать ее с позиций имморализма, т. е. если пренебречь *фактором нравственности*. Между тем ст. 8 Конвенции дает все основания для рассмотрения дела через призму охраны нравственности, ибо ч. 2 этой статьи называет интересы (ценности), ради защиты которых *можно нарушить* право на уважение (неприкосновенность)

⁵ Например, нельзя читать письма, адресованные пусть близкому, но другому человеку. Впрочем, тут моральная ситуация усложняется, если такое чтение связано, допустим, с желанием оградить ребенка от чьих-то преступных намерений.

личной и семейной жизни государством. И среди этих ценностей — нравственность (имеется в виду общественная нравственность). В таком случае исключение, предусмотренное ч. 2 ст. 8 Конвенции, должно позволить государству ради охраны общественной нравственности не только действовать — осуществить вмешательство в личную и семейную жизнь, но и бездействовать — отказаться от правового признания однополых союзов. Однако к этой норме не апеллировала ни российская сторона, ни сам Суд⁶.

Разумеется, можно согласиться с тем, что понятие «нравственность» довольно расплывчатое и что им легко спекулировать. Но ведь столь же расплывчато и еще более спекулятивно понятие «безопасность». Разумеется, есть весьма спорные случаи апелляций к категории нравственности. Но все же, как правило, общество понимает, что стоит за ней, в противном случае вряд ли многие конституции упоминали бы об этой ценности. Например, Основной закон ФРГ говорит о «нравственном законе» как ограничителе права на свободное развитие своей личности (ст. 2); Конституция Индии — о разумных ограничениях «в интересах приличия и морали» (ст. 19); Конституция КНР — об обязанности уважать нормы общественной морали (ст. 53); Конституция Японии — об «опасности для морали» как об одном из условий закрытого судебного разбирательства (ст. 82); Конституция Италии — о «моральном равенстве супругов» (ст. 29); Конституция Кипра — о «морально позорящем проступке» как препятствии для выдвижения кандидатуры на посты Президента и Вице-президента страны (ст. 40); Конституция Бельгии — об «уважении нравственной неприкосновенности» ребенка (ст. 22 bis); Конституция Бразилии — об «уважении моральной неприкосновенности» заключенных (ст. XLIX); а Конституция Таиланда упоминает даже о «высокой нравственности» в качестве ограничительного условия прав и свобод человека (статьи 28, 36, 37, 43, 49, 50, 64).

Общественная нравственность является охраняемой государством ценностью потому, что, во-первых, *вне определенной этической основы право не может существовать*, а, во-вторых, *исторически обусловленная моральная система обеспечивает как национальную, так и цивилизационную идентичность данного общества*.

В древности система моральных регуляторов фактически представляла собой одновременно и систему права. Как справедливо заметил известный библиист XIX века А. П. Лопухин, «область права, в сущности, есть вместе

⁶ Слово «нравственность» употреблено в решении ЕСПЧ лишь два раза: при цитировании самой ст. 8 Конвенции и при изложении позиции российской стороны, но только в связи с защитой несовершеннолетних от пропаганды гомосексуализма. А слово «мораль/моральный» фигурирует четыре раза: три из них в сочетании «моральный вред», компенсации которого требовали заявители (Суд удовлетворил их требование, обязав Российскую Федерацию выплатить по 50 000 евро каждой «паре» заявителей) и один раз в связи со ссылкой на российское общественное мнение.

и область нравственности; *в основе своей они тождественны*» [Лопухин 2005, с. 5]. Само понятие «закон» в Древнем Израиле⁷ означало как чисто «религиозные», так и «житейские» (моральные и правовые) предписания. Но такая дифференциация возможна лишь с *современных* позиций, когда моральные нормы отделились от религиозных, а правовые — от моральных. Тот же Лопухин писал, что «благодаря особенной жизненности религиозного начала *чисто нравственные правила могут иметь значение вполне юридических постановлений*». Поэтому-то в Десятисловии, напр., наряду с *чисто юридическими постановлениями*: „не убей“, „не укради“, стоят чисто нравственные правила: „не пожелай жены искреннего (ближнего. — М.К.) твоего“ и пр. и для народа они имели *одинаковую обязательную силу*» [Там же]. Примерно в том же ключе рассуждает и А. М. Осавелюк, который разбил десять заповедей на две условные группы: «небесные» и «земные», а вторую группу, в свою очередь, — на «моральные императивы» и «важнейшие постулаты права». При этом к первым он относит заповеди о почитании родителей, запреты прелюбодеяния и зависти, а ко вторым — запреты убийства, хищения и лжесвидетельства [Осавелюк 2010, с. 137]. Известный историк права Гарольд Берман, критикуя А. Даймонда, считавшего, что «большая часть древнееврейского ветхозаветного права является также „светским правом“, абсолютно отличным от религии», верно заметил: «Древние евреи никогда не признавали такого отличия и осудили бы его; для них каждое слово Библии было священо» [Берман 1998, с. 89].

Синкретичность морали и права вообще характерна для древности и античности. Характерно в этом отношении, например, законодательство Юстиниана (VI в.), содержащее немало норм в защиту нравственности. Современный исследователь А. Геростергиос приводит такой пример: «Хотя преступники и могли искать убежища в церкви, Юстиниан в новелле XVII (535) приказал, чтобы это убежище не предоставлялось прелюбодеям, насильникам и торговцам проститутками, так как, согласно убеждениям, убежище Церкви создано не для злодеев, а для невинных: *„Привилегия получения убежища в храмах дается не преступникам, но несправедливо пострадавшим. Нельзя, чтобы в священных местах могли получать защиту и те, кто творит зло, и те, кто от него страдает“*» [Геростергиос 2010, с. 271].

По мере развития европейской цивилизации (в духовном смысле — по мере религиозной энтропии) право и мораль все более и более обретают признаки самостоятельных регулятивных систем, а мораль, в свою очередь, начинает разделяться на религиозную и светскую. Процесс этот, нужно заметить, не был

⁷ Корни европейской цивилизации растут из новозаветной этики, которая, в свою очередь, не противопоставляется *этике ветхозаветной, а является ее более высокой нравственной ступенью*.

простым. Так, в XVI веке среди сторонников Реформации разгорелся спор, названный «антиномистским»⁸. Лидер антиномистов — ученик и друг Мартина Лютера Иоганн Агрикола — «считал, что провозглашение Закона относится к компетенции не Церкви, но магистрата или светской власти („Десять заповедей уместны в уголовном суде, но не в Церкви“, — утверждал он)» [Корзо 2012, с. 372]. Такой взгляд основывался на обоснованном ранним Лютером положении, будто христианин спасается только верой, а не делами, а потому не нуждается ни в каких делах и, соответственно, не связан никакими заповедями и законами [Там же, с. 372–373]. Однако позже Лютер смягчил эту позицию и выступил с осуждением взглядов Агриколы. В конечном итоге «в пастырской и педагогической практике лютеран изменение отношения к роли Декалога проявилось в акцентировании его *нравственно-дисциплинирующей функции*» [Там же, с. 373]. Больше того, подпись Лютера стоит под документом («Judicium», 1536 г.), где говорится, что именно светская власть есть «хранитель обеих таблиц Декалога» [Там же, с. 376–377], т. е. заповедей, обращенных как к духовной, так и к бытовой жизни. А спустя век светские власти (в Англии и в Новой Англии) начали даже преследовать тех, кто отрицал обязательность следовать предписаниям Декалога. Они рассматривались как угроза социальному миру [Там же, с. 378].

Итак, *мораль как регулятивная система не только породила право, но и по сей день остается, образно говоря, резервуаром для него. Является ли это достаточным основанием для правовой охраны норм нравственности? Если применить «поэтическую» логику, ответ будет утвердительным: охраняя моральные нормы, право как бы отдает свой долг «материнскому лону».* Такой логики придерживались, например, такие видные российские правоведы и философы конца XIX — первой трети XX века, как А. П. Лопухин, В. С. Соловьев, А. С. Яценко, П. И. Новгородцев, И. А. Ильин и др. Однако в наши дни такая связь зачастую отвергается.

Противники «морализации» права выступают не против нравственности как системы регулирования, а только против «официальных контактов» морали и права. Их позиция обосновывается опасениями, что правовая охрана нравственности, с одной стороны, ведет к уничтожению личной моральной ответственности, с другой — угрожает свободе личности (например [Чичерин 1998, с. 152]). Иначе обосновывают имморализм представители *либертарианства* (либертаризма). Они понимают гарантии свободы как *физическое* невмешательство в жизнь индивида и выступают за максимальное сокращение возможностей государственной охраны публичных ценностей. Так, Дэвид Боуз категорически заявляет: «Каковы пределы свободы? Вывод

⁸ От лат. *anti* — против и греч. *nomos* — закон. Под Законом понимался, в первую очередь, именно Декалог.

из либертарианского принципа, гласящего, что „каждый человек имеет право жить так, как он считает нужным, если он не нарушает равные права других“, таков: *ни у кого нет права совершать агрессию в отношении человека или чьей-либо собственности* (курсив в источнике. — М. К.). Это то, что либертарианцы называют аксиомой неагрессии, являющейся главным принципом либертарианства» [Боуз 2004, с. 84].

При всем различии оттенков подхода либертарианцев к идее нравственного измерения права, они сходятся в одном: правовая охрана нравственности есть покушение на свободу личности, поскольку оперирование государства моральными категориями посредством позитивного правового регулирования и правоприменения обуславливает потестарный тип властвования. Правовой же тип, по их мнению, возможен только при либертарном правопонимании [Варламова 2003, с. 97; Четвернин 2009, с. 42; Лапаева 2010, с. 54].

Антитоталитарный пафос либертарианства нельзя не приветствовать. Однако категорически отнимая у права функцию охраны нравственности, полностью разъединяя понятия морали и права, эта концепция объективно разрушает право.

Представим, что право вообще не апеллирует к нормам морали. Станут ли граждане исполнять юридические предписания и соблюдать юридические запреты? При сохранении хотя бы нынешнего уровня свободы *не станут*, ибо сама сущность права предполагает внутреннее согласие с некими моральными императивами. Современная система регулирования поведения рухнет.

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

Апелляция к моральным нормам подразумевает, в рамках евро-атлантической цивилизации, апелляцию к *христианской* этической системе. Почему к ней? Потому, что именно христианская мораль создала современную Европу. Однако сегодня многие, даже если согласятся с исторической ролью христианства, скажут примерно следующее: «Ныне *христианская этика уже не отвечает потребностям глобального общества* и поэтому само общество выработает необходимую для него этическую систему».

Тут ключевой момент. Я сознаю, что недопустимо вести дискуссию, основываясь на разных методологиях (условно назовем их *трансцендентальной*

и рационалистической). Но разные ли они? В сущности, рационализм — это отказ гордого человека от «над»; это стремление познавать и изменять мир сугубо логическими средствами. Не потому ли, замечу, наш мир именно такой, какой он есть? Можно отрицать существование Творца сущего и верить в случайность сотворения видимого мира и его последующую эволюцию. Однако в таком случае будет (да уже!) подпилен сук, на котором «сидит» гуманизм, т. е. признание имманентности человеку его достоинства. Как едко заметил замечательный философ в изгнании Б. П. Вышеславцев, «почему, в самом деле, благоговеть перед потомками обезьяны?» [Вышеславцев 1994, с. 178]. В таком случае, коль скоро человеческое достоинство есть лишь конвенциональное понятие, значит, можно договориться и об изменении его понимания. Больше того, поскольку развитие идет на основе рационализма, почему бы когда-нибудь не прийти к выводу, что достоинство у всех разное (такое существовало в истории, но обосновывалось иначе)? А затем почему бы — из-за истощения ресурсов — не объявить, что гуманизм распространяется лишь на отдельные категории людей?

Это не мои фантазии. Изменение правовой аксиоматики показывает, что разум (рационалистический ум) неизбежно будет и *далее раздвигать границы морально дозволенного*, и это приведет общество к такому состоянию, при котором станет юридически разрешено совершать дикие (с позиций современных стандартов европейского этоса) поступки.

Список литературы

- Берман 1998 — Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. Н. Р. Никонова при участии Н. Н. Деевой. 2-е изд. М. : Изд-во МГУ : ИНФРА-М — Норма, 1998. 624 с.
- Боуз 2004 — Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика / пер. с англ. М. Кислова, А. Куряева. Челябинск : Социум : Cato Institute, 2004. 391 с.
- Варламова 2003 — Варламова Н. В. Правопонимание: Синкретичность и «чистота» подходов // Правовые культуры: история, эволюция, тенденции развития : материалы межвуз. науч. конф., 26 марта 2003 г. / отв. ред. Г. И. Муромцев. М. : Изд-во Рос. ун-та дружбы народов, 2003. С. 97.
- Вышеславцев 1994 — Вышеславцев Б. П. Вечное в русской философии // Вышеславцев Б. П. Этика преображенного эроса. М. : Республика, 1994. С. 153–324.
- Геростергиос 2010 — Геростергиос А. Юстиниан Великий — император и святой / пер. с англ. прот. М. Козлова. М. : Изд-во Сретенского монастыря, 2010. 442 с.
- Государственное право Германии 1994 — Государственное право Германии : сокращенный перевод немецкого семитомного издания : в 2 т. Т. 2 / пер. с нем. С. А. Реутовой, Е. А. Сидоровой, Л. П. Фоминой и др. ; редкол.: Б. Н. Топорнин (отв. ред.), Б. М. Лазарев, Ю. П. Урьяс. М. : Институт государства и права РАН, 1994. 320 с.
- Корзо 2012 — Корзо М. А. Дискуссии о Декалоге в протестантской мысли XVI века // Философия права Пятикнижия : сборник статей / сост. П. Д. Баренбойм ; под ред. А. А. Гусейнова, Е. Б. Рашковского. М. : ЛУМ, 2012. С. 369–378.

- Лапаева 2010 — Лапаева В. Российская философия права в свете актуальных задач политико-правовой практики // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 2 (75). С. 51–57.
- Лопухин 2005 — Лопухин А. П. Законодательство Моисея: исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея ; Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения ; Вавилонский царь правды Аммураби и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым / под ред. и с предисл. проф. В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2005. 309 с.
- О ратификации Конвенции 1998 — Федеральный закон от 30.03.1998 № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 14. Ст. 1514.
- Ортега-и-Гассет 2002 — Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс : сборник / сост. В. Ю. Кузнецов ; пер. с исп. С. Л. Воробьева, А. М. Гелескул, Б. В. Дубина и др. М. : Изд-во АСТ, 2002. 512 с.
- Осавелюк 2010 — Осавелюк А. М. Государство и церковь : монография. М. : Изд-во Российского гос. торгово-экономического ун-та, 2010. 239 с.
- Стандарты Совета Европы 2002 — Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права / науч. ред. Н. В. Варламова, Т. А. Васильева. М. : Институт права и публичной политики, 2002. 604 с.
- Четвернин 2009 — Четвернин В. А. Исторический прогресс права и типы цивилизаций // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. М. : Высшая школа экономики, 2009. С. 41–62.
- Чичерин 1998 — Чичерин Б. Н. Философия права : сборник. СПб. : Наука : С.-Петербург. изд. фирма, 1998. 655 с.
- Council of Europe 2018 — *Council of Europe. Parliamentary Assembly. Resolution 2259 (2018) : Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation* [Electronic resource]. Text adopted by the Assembly on 10 October 2018 (33rd Sitting). URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25166&lang=en> (access date: 01.04.2022).
- Council of Europe 2021 — *Council of Europe. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). Factsheet on LGBTI issues of 1 March 2021* [Electronic resource]. URL: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/factsheet-lgbti> (access date: 01.04.2022).
- ECDV 2021 — Fourth European Conference on Domestic Violence (ECDV), Ljubljana, 13–15 September 2021 [Electronic resource]. URL: <http://ecdv-ljubljana.org/about.html> (access date: 01.04.2022).
- ECtHR 1979 — *European Court of Human Rights (ECtHR). Airey v. Ireland. Application no. 6289/73. Judgment of 9 October 1979. Series A. No. 32.*
- ECtHR 2021 — *European Court of Human Rights (ECtHR). Fedotova and Others v. Russia* [Electronic resource]. Applications nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14. Judgment of 13 July 2021. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-211016%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-211016%22]%7D) (access date: 01.04.2022).

References

- Berman, H. J. (1998), *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, translated by Nikonov, N. R. and Deeva, N. N., 2nd ed., Moscow State University, INFRA-M — Norma, Moscow, 624 p. (in Russian).
- Boaz, D. (2004), *Libertarianism. A Primer*, translated by Kislov, M. and Kuryaev, A., Sotsium, Cato Institute, Chelyabinsk, 391 p. (in Russian).
- Chetvernin, V. A. (2009), “Historical progress of law and types of civilizations”, *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoi teorii. Vypusk 2* [Yearbook of Libertarian Legal Theory. Iss. 2], Higher School of Economics, Moscow, pp. 41–62 (in Russian).
- Chicherin, B. N. (1992), *Filosofiya prava, sbornik* [Philosophy of Law, Collection], Nauka, Sankt-Peterburgskaya izdatel'skaya firma, Saint Petersburg, 655 p. (in Russian).

- Council of Europe. European Commission against Racism and Intolerance (2021), *Factsheet on LGBTI issues of 1 March 2021*, available at: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/factsheet-lgbti> (accessed 1 April 2022).
- Council of Europe. Parliamentary Assembly (2018), *Resolution 2239 (2018): Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation*, Text adopted by the Assembly on 10 October 2018 (33rd Sitting), available at: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25166&lang=en> (accessed 1 April 2022).
- European Court of Human Rights (1979), *Airey v. Ireland*, Application no. 6289/73, Judgment of 9 October, Series A, No. 32.
- European Court of Human Rights (2021), *Fedotova and Others v. Russia*, Applications nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, Judgment of 13 July, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-211016%22%7D> (accessed 1 April 2022).
- Federal'nyi zakon ot 30.03.1998 № 54-FZ «O ratifikatsii Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod i Protokolov k nei»* [Federal Law of the Russian Federation of 30 March 1998 No. 54-FZ “On Ratification of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols”] (1998), *Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii*, no. 14, item 1514 (in Russian).
- Fourth European Conference on Domestic Violence* (2021), Ljubljana, 13–15 September, available at: <http://ecdvljubljana.org/about.html> (accessed 1 April 2022).
- Gerostergios, A. (2010), *Yustinian Velikii — imperator i svyatoi* [Justinian the Great — emperor and saint], translated by Kozlov, M., Sretensky Monastery Publishing House, Moscow, 442 p. (in Russian).
- Korzo, M. A. (2012), “Debates on the Decalogue in 16th-Century Protestant Thought”, in Guseinov, A. A. and Rashkovskii, E. B. (eds), *Filosofiya prava Pyatiknizhiya, sbornik statei* [Philosophy of Law of the first Five Book of the Bible (Pentateuch)], LOOM Publishing House, Moscow, pp. 369–378 (in Russian).
- Lapaeva, V. (2010), “Russian philosophy of law in view of actual goals of political and law practice”, *Comparative Constitutional Review*, vol. 2, no. 75, pp. 51–57 (in Russian).
- Lopukhin, A. P. (2005), *Zakonodatel'stvo Moiseya: issledovanie o semeinykh, sotsial'no-ekonomicheskikh i gosudarstvennykh zakonakh Moiseya. Sud nad Iisusom Khristom, rassmatrivaemyi s yuridicheskoi tochki zreniya. Vavilonskii tsar' pravdy Ammurabi i ego novootkrytoe zakonodatel'stvo v sopostavlenii s zakonodatel'stvom Moiseevym* [The Legislation of Moses: A Study on the Family, Socio-Economic, and State Laws of Moses. Judgment on Jesus Christ, viewed from a legal point of view. The Babylonian King of Truth Ammurabi and His Newly Discovered Legislation in Comparison with the Legislation of Moses], Zertsalo, Moscow, 309 p. (in Russian).
- Ortega y Gasset, J. (2002), *Vosstanie mass, sbornik* [Rise of the Masses: Compilation], Kuznetsov, V. Yu. (ed.), translated by Vorob'ev, S. L., Geleskul, A. M., Dubin, B. V. and Matveev, A. B., AST Publishing House, Moscow, 512 p. (in Russian).
- Osavelyuk, A. M. (2010), *Gosudarstvo i tserkov'* [State and Church], Russian State University of Trade and Economics, Moscow, 239 p. (in Russian).
- Topornin, B. N., Lazarev, B. M. and Ur'yas, Yu. P. (eds) (1994), *Gosudarstvennoe pravo Germanii, v 2 tomakh. Tom 2* [German public law, in 2 vols, Vol. 2], translated by Reutova, S. A., Sidorova, E. A., Fomina, L. P., Ledyakh, I. A., Polenina, S. V. and Zhalinskii, A. E., Institute of State and Law RAS, Moscow, 320 p. (in Russian).
- Varlamova, N. V. (2003), “Legal Understanding: Syncretism and ‘Purity’ of Approaches”, in Muromtsev, G. I. (ed.), *Pravovye kul'tury: istoriya, evolyutsiya, tendentsii razvitiya, materialy mezhdvuzovskoi nauchnoi konferentsii, 26 marta 2003* [Legal cultures: history, evolution, development trends: materials of the interuniversity scientific conference, March 26, 2003], RUDN University, Moscow, p. 97 (in Russian).
- Varlamova, N. V. and Vasil'eva, T. A. (eds) (2002), *Standarty Soveta Evropy v oblasti prav cheloveka primenitel'no k polozheniyam Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii: Izbrannye prava* [Council of Europe standards in the field of human rights in relation to the provisions of the Constitution

of the Russian Federation: Selected rights], Institute of Law and Public Policy, Moscow, 604 p. (in Russian).
Vysheslavtsev, B. P. (1994), "Eternal in Russian philosophy", in Vysheslavtsev, B. P., *Etika preobrazhennogo erosa* [Ethics of transfigured eros], Respublika, Moscow, pp. 153–324 (in Russian).

Рукопись поступила в редакцию / Received: 15.06.2022

Принята к публикации / Accepted: 8.07.2022

Информация об авторе

Краснов Михаил Александрович
доктор юридических наук, профессор
Научно-исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
109028 Россия, Москва, Большой
Трехсвятительский пер., 3
E-mail: mkrasnov@hse.ru
Авторский ORCID: 0000-0002-5641-4689

Information about the author

Krasnov, Mikhail Aleksandrovich
D. Sci. (Law Sciences), Professor
National Research University Higher School
of Economics
3 Bolshoy Trekhsvyatitelskiy Pereulok,
Moscow, 109028 Russia
E-mail: mkrasnov@hse.ru
Author's ORCID: 0000-0002-5641-4689