

Cómo y por qué legislar con
espíritu moralizador degrada
el ideal de la ley y los derechos
humanos



**PABLO
DE LORA**

Los derechos en broma

**LA MORALIZACIÓN
DE LA POLÍTICA EN LAS
DEMOCRACIAS LIBERALES**

DEUSTO

Индекс

Передняя

обложка

Синопис

Передняя

обложка

Введение. Пояснительная записка

1. Причины принятия закона

2. Анатомия государства-детского сада: бюрократия комфорта

3. Закон и права: инфляционная вселенная

4. Весомость прав: взвешивание взвешивания

5. Конституция, популизм и демократия

Послесловие. Границы права: серьезное отношение к морали

Библиография

Примеча

ния

Кредиты

Спасибо за покупку этой электронной книги

Посетите Planetadelibros.com и откройте для себя
новый способ получения удовольствия от чтения.

**Зарегистрируйтесь и получите доступ к
эксклюзивному контенту!**

Первые главы Фрагменты
предстоящих публикаций
Книжные клубы с авторами Конкурсы,
розыгрыши и рекламные акции Участие
в презентациях книг

PlanetadeLibros

Поделитесь своим мнением на странице
книги и в наших социальных сетях:



Посетите сайт

**Откройте для себя
Поделиться**

Синописис

Эта книга основана на наблюдении, что закон вопиюще и слишком часто извращается. Достаточно взглянуть на пояснительные записки ко многим нашим законодательным документам, чтобы понять, что они превратились в манифесты политической пропаганды, в которых излагаются громкие идеологические и партийные обязательства.

Риторические излишества преамбул к статьям наводят на мысль, что законодатель воспринимает адресатов этих норм скорее как младенцев, нуждающихся в "положительном подкреплении", чем как автономных и рациональных агентов.

Профессор Пабло де Лора утверждает в этом проницательном эссе, что мы переживаем кризис либерального государства, в котором его основной нормативный инструмент - закон - серьезно испортился. Мы погружаемся в разновидность "антиправового" законодательства, которое больше не имеет изначальной цели выразить общую волю и устанавливать права и обязанности с претензией на последовательность, абстрактность и всеобщность. Напротив, в книге *Los derechos en broma* анализируется, как вырождение права идет параллельно с другой юридико-политической патологией: непрерывным расширением каталога прав человека. Практически каждое социальное требование превращается в обоснование гарантии права, что приводит к извращению общественных дебатов, коллективных обсуждений и институционального дизайна.

Де Лора показывает, что эти явления являются естественным производным от извращенной морализации политики, которая игнорирует разнообразие и разумный моральный плюрализм, населяющий наши общества. Больше не предполагается, что граждан нужно спрашивать, убеждать, но и воспитывать. Инфантилизация общественных действий, которая подходит к социальным проблемам, стоящим перед современным обществом, манихейским, эмоциональным и упрощенным образом.

В этом эссе анализируются угрозы нашим просвещенным идеалам в то время, когда моральный эксгибиционизм становится главной целью политики.

ПРАВА КАК ШУТКА

Морализация политики в либеральных демократиях

Пабло де Лора



Введение

Пояснительная записка

Королевским указом от 14 сентября 1882 года в Испании был принят Уголовно-процессуальный закон, похоронивший вместе с собой "Инквизиционный процесс", тип нецивилизованной уголовной процедуры, который господствовал в Испании и других европейских странах на протяжении веков, и о котором многие студенты-юристы хорошо знали благодаря работам и преподаванию Франсиско Томаса-и-Вальенте; а также благодаря знаменитой преамбуле, открывающей текст, - изложению мотивов тогдашним министром милости и юстиции, Мануэлем Алонсо Мартинесом. В этой работе Алонсо Мартинес с присущей ему точностью, экономией и изяществом изложения излагает причины, по которым закон, устанавливающий систему обвинения в Испании, является настоящей вехой, поскольку после его принятия будет обеспечен больший паритет между подозреваемым и судьей, ведущим расследование - который, ради своей беспристрастности, никогда больше не будет тем же судьей, который будет судить на так называемой устной стадии процесса. И дело в том, что, по мнению Алонсо Мартинеса, этот закон является настоящей вехой:

В истинно свободных народах гражданин должен иметь в своем распоряжении эффективные средства защиты и сохранения своей жизни, своей свободы, своего состояния, своего достоинства, своей чести; и если интерес жителей территории заключается в том, чтобы помочь государству свободно осуществлять одну из его самых важных функций - наказывать за нарушение уголовного закона, чтобы восстановить, там, где он нарушен, гармонию закона, то этим никогда нельзя жертвовать по этой причине.

Право на невиновность, потому что, в конце концов, правильно понятый социальный порядок - это не что иное, как поддержание свободы всех и взаимное уважение индивидуальных прав [...]. Гражданин и государство противостоят друг другу. Дело общества, несомненно, священо, но права личности не менее .

7 сентября 2022 года в *Официальном государственном вестнике* был опубликован Органический закон 10/2022 о всеобъемлющей гарантии сексуальной свободы (известный в народе как закон "только "да" - это "да") - закон, который существенно реформировал преступления против сексуальной свободы и возмещения ущерба, чтобы, с одной стороны, с одной стороны, квалифицировать как "сексуальную агрессию" все формы посягательства на сексуальную свободу (таким образом, прекратив различие между "злоупотреблением" и "агрессией" в зависимости от того, имело ли место насилие или запугивание), и, с другой стороны, дать более точное определение *согласия* в сексуальных вопросах, чтобы избежать безнаказанных случаев из-за отсутствия уверенности в согласии жертвы.

Эти законодательные изменения повлекли за собой изменение диапазонов наказаний (максимальных и минимальных сроков лишения свободы, которые могут быть применены в зависимости от обстоятельств), и некоторые юристы предупреждали о возможности того, что в соответствии с принципом обратной силы наиболее благоприятного правила (статья 9.3 Конституции Испании) суды будут вынуждены пересматривать окончательные приговоры в сторону уменьшения. Государственные органы настаивали на том, что этого не произойдет, но на самом деле после вступления реформы в силу (7 октября 2022 г.) объявленные "сокращения" не прекратились, что вызвало ожесточенную полемику, в которой основное внимание уделялось неуклюжести Министерства равенства, продвигающего реформу, а также культиваторам уголовного права, конституционного права, судьям и другим юридическим операторам, в отношении объема и полного понимания

принцип и обоснование более благоприятного применения уголовного закона ¹.

В данном случае, учитывая непрекращающийся поток изменений и тот факт, что сам Верховный суд присоединялся к этим изменениям, правительство и поддерживающие его парламентские политические партии начали рассматривать возможность изменения вновь опубликованного закона - что, опять же, в любом случае предотвратило бы неблагоприятный или менее благоприятный эффект обратной силы.

- или, в качестве альтернативы, внести поправку в отдельный закон ²пояснительная записка к которому давала бы судьям рекомендации не прибегать к подобным изменениям. Сказано, сделано и сделано

"законодательно". ³ Вопрос, конечно, заключается в том, какова юридическая ценность такого рода наставлений, указаний или руководящих принципов, которые наполняют содержанием "заявления о причинах".

Возможно, именно по этой причине спустя некоторое время, когда работа над этой книгой подходит к концу, она превратилась из музыки пояснительной записки в театр статей: изменение Уголовного кодекса, которое привело к появлению так называемого закона "только "да" - это "да"", было вновь реформировано, чтобы ужесточить наказание за преступления, связанные с сексуальным посягательством, хотя смягчающие последствия для продолжительности окончательных приговоров из-за обратной силы, налагаемой нашим конституционным порядком, теперь неизбежны, а определение "утвердительного" согласия ⁴ осталось нетронутым, что вызвало наибольшие нарекания и опасения не многих юристов, поскольку, как прямо указывает Хавьер Альварес Гарсия (Javier Álvarez García), среди многих других, оно ставит под угрозу сексуальную свободу. ⁵

В "Законах", одном из основополагающих трактатов о политике и праве на Западе, Платон отстаивал необходимость предисловий к законам как способ убедить граждан в необходимости их соблюдения и сделать их "более мягким игом послушания". Таким образом, законодатель будет действовать подобно доброму врачу, который не прописывает больному лекарств "до тех пор, пока не убедит его в необходимости их приема с помощью веских причин". Преамбулы, однако, должны быть предписаны, и не все законы требуют их, так же как они не требуются ни для всех песен, ни для всех речей; Платон настаивает: "[...] следует оставить на усмотрение оратора, музыканта и законодателя, чтобы решить, нужна ли прелюдия или нет".⁶ Преамбулы, пишет Мигель Эрреро и Родригес де Миньон, стали обладать реальной "юридической ценностью", либо как интерпретирующие положения, либо как "аутентичные правила", при условии, конечно, что они используются со ссылкой на положения текста, который они прелюдируют.⁷

Уже некоторое время мы пренебрегаем мудрыми советами Платона. Пишущий в 2001 году о канадской правовой реальности Кент Роуч предупреждал о растущей тенденции к длинным и содержательным преамбулам в канадском федеральном законодательстве⁸ и о том, что, в отличие от платоновского идеала, преамбула вполне может превратиться в форму политической пропаганды, ответ на конкретные интересы определенных социальных групп, надуманную целесообразность для устранения ошибок в законотворчестве, как это недавно произошло с законом "да-есть-да". В худшем случае: "[...] преамбулы могут делать экстравагантные заявления о том, чего достигает или надеется достичь законодательство, которые не обоснованы в самом законодательном тексте".⁹ То, что верно для Канады, безусловно, верно и для испанского законодательства как на уровне штатов, так и на уровне автономных сообществ.

Если законодатель Страны Басков, например, примет закон о поддержке "предпринимателей" - то есть, предпринимателей - и малого бизнеса в Стране Басков, ¹⁰ необходимо ли указывать в пояснительной записке: "Предприимчивые люди присутствуют в истории Страны Басков столько же, сколько существует историография"? И добавить: "Начиная со Средних веков, баски демонстрировали свой предпринимательский дух в таких отраслях, как железоделательное производство, механика и международная торговля, среди прочего. В Бискайе, с кузницами и молотовыми мельницами, предшественниками мощных сталелитейных заводов 19-го века [...]"?

Баскский законодатель, принявший Закон 4/2019 от 21 февраля об энергетической устойчивости Баскского автономного сообщества, также вынужден в пояснительной записке напомнить, что:

"Жизнь возможна потому, что Солнце излучает энергию, которая достигает планеты Земля [...]", и что удовлетворение наших энергетических потребностей было постоянным на развитии человека .

"...] со времен использования доисторических костров". ¹¹

В Законе 7/2021 об изменении климата и энергетическом переходе, состоящем из 40 статей, пояснительная записка занимает 13 страниц. В 5-страничный пояснительный меморандум, напоминающий о вехах цифровой революции, включено дополнение к одной из статей Устава трудящихся об обязанности работодателя информировать о переплетении алгоритмического распределения заказов, а также о презумпции "трудового статуса" "работников доставки", нанятых через платформы. ¹² В Органическом законе 5/2021 от 22 апреля, который реформирует одно из положений Уголовного кодекса, законодатель использует возможность жестко поправить партию, которая поддерживала правительство в предыдущем созыве; ¹³ а в самом последнем Законе 20/2022 от 19 октября о Демократической памяти преамбула

Законодатель чувствует себя вынужденным выступать в роли судьи-историка, конденсируя исторические достижения и осуждения или суммарные восхваления прошлого.

Неудивительно, что в великих исторических эпизодах, в конституционные моменты или моменты основания нации, декларативные тексты прав, конституции или законы, такие как Уголовно-процессуальный закон от 1882 года, трюфели грандиозного красноречия.

"Мы провозглашаем эти истины самоочевидными, что все люди созданы Богом равными...", - знаменито гласит начало Декларации независимости Соединенных Штатов 1776 года. Представители французского народа, образовавшие Национальное собрание, провозгласили в 1789 году права человека и гражданина, исходя из того, что: "[...] невежество, забвение или презрение к правам человека являются единственными причинами общественных бедствий и разложения правительств".

Совсем недавно Конституция Боливии начала свою преамбулу с провозглашения, в гораздо более пышной манере, что:

...] в незапамятные времена воздвигались горы, перемещались реки и образовывались озера [...]" (правда в том, что любая точка на планете Земля - это геологическая особенность по определению) и что с самого начала боливийский народ понимал плюрализм, а не расизм. правда в том, что любая точка на планете Земля является геологической случайностью по определению) и что с самого начала боливийский народ понимал плюрализм, а не расизм, так что, оставив позади колониальное, республиканское и неолиберальное государство, он основал "силой нашей Пачамамы" унитарное социальное государство многонационального общинного права (а также "свободное, независимое, суверенное, демократическое, межкультурное, децентрализованное и с автономиями", согласно его статье 1).

В меньшем масштабе, в Испании, статуты автономии также стали очагом риторических эксцессов, которые едва сдерживаются, из

напоминания об исторических деяниях, восхваление ландшафта и самовосхваление характера его жителей. Давайте рассмотрим, например, что говорится в преамбуле Статута автономии Андалусии:

"Этот синтез очерчивает андалузскую индивидуальность, построенную на универсальных ценностях, никогда не являющихся исключительными". Андалусия, расположенная на юге Пиренейского полуострова, - это территория с большим ландшафтным разнообразием, со значительными горными массивами и со значительной частью территории, сочлененной вокруг и вдоль реки Гвадалквивир, которая, открытая к Средиземному морю и Атлантике обширным морским фасадом, представляет собой связующее звено между Европой и Африканским континентом. Пограничное пространство, которое способствовало контактам и диалогу между севером и югом, между средиземноморской и атлантической дугами, и где городская система, измеряемая в человеческих терминах, была сконфигурирована как дифференциальный факт". ¹⁴

В принципе, все это нормально. Говорящим, которые излагают реальность с помощью описательных предложений ("там есть кошка"), презюмируется претензия на "правдивость", которая делает высказывание типа: "Там есть кошка, но я в это не верю" абсолютно неудачным - не говоря уже о симптоме психического расстройства. Точно так же, как отметил немецкий юрист Роберт Алекси, необходимо предположить, что законодатель или нормативный орган обладает "претензией на правильность", которая оживляет его предписывающие действия. ¹⁵ С прагматической точки зрения было бы столь же противоречиво, если бы приказ гласил: "Должно быть сделано X, что несправедливо". Что ж, в этом же ключе вполне правдоподобно, что при разработке закона об автономии, не говоря уже о политической конституции нового государства, избиратели или законодатели должны "идти до конца", т.е. иметь нескрываемую "претензию на грандиозность"; для начала они не станут провозглашать в своей преамбуле, что диктуют это правило для "этого

неуместная и вульгарная территория, населенная народом, состоящим из обычных, неквалифицированных и необразованных людей, которые не сыграли особой роли в истории".

Иногда такая "претензия на величие" формулируется с явной тоской по будущему отделению, как в случае, когда от описания ландшафта рек, долин и вулканов, от рентгенографии особого морального облика народа, которым управляют или который инаугурируют ("Каталония - это страна, богатая территорией и людьми, разнообразие, которое определяло и обогащало ее на протяжении веков и укрепляло ее в времена") ¹⁶, мы переходим к самому сильному средству, с помощью которого можно указать на неисправимое своеобразие и неудержимое стремление к независимости: быть нацией. "Народ Каталонии на протяжении веков сохранял постоянное стремление к самоуправлению", - говорится в преамбуле Статута Каталонии и повторяется в Резолюции 5/X Парламента Каталонии, утверждающей Декларацию о суверенитете и праве решать Каталонии от 23 января 2013 года. ¹⁷ Грязь..., грязь, которую я не буду здесь рассматривать, хорошо известна.

Всего этого следовало ожидать. Кроме того, если речь идет о том, чтобы, даже по закону, поощрять, гарантировать, продвигать (и сколько угодно инфинитивов подобного рода) свой собственный фольклор - как фламенко в соответствии с проектом андалузского закона о фламенко - ¹⁸ или инициировать процедуру объявления объектов нематериального культурного наследия. Итак, сублимация достоинств вполне объяснима: Королевский указ 269/2019 от 22 апреля, объявляющий ручной звон колоколов репрезентативным проявлением нематериального культурного наследия, призывает "ценить" и обеспечивать непрерывность общей традиции; защищать

местные системы связи [...] на грани исчезновения из-за нехватки звонярей и "недостаточной осведомленности об этом коммуникационном феномене [...], который имеет много и более разнообразных значений, чем простой призыв к массовости" (представляю, как трудно конкурировать с 5G). И если кто-то осмелится прочитать постановление регионального Министерства образования, культуры и спорта от 23 апреля 2021 года, которое инициирует процедуру объявления "Валенсийской паэлы, искусства объединения и обмена" достоянием нематериального культурного интереса, опубликованное в BOE от 21 мая 2021 года, он найдет рецепт, которого нет даже в книге рецептов Симоне Ортеги.

Добавим к этому случаи награждения за какие-либо заслуги, например, присвоение дворянского титула. Обычно король делает это, выражая свою "королевскую признательность" бенефициару или, например, подчеркивая, что он добавил: "[...] к популярным ценностям гитары виртуозность и интеллектуальное содержание, которыми она соблазнила самую изысканную аудиторию по всему миру" - как в 1981 году, когда он пожаловал Андресу Сеговии маркизство Салобренья ¹⁹.

Но, даже исходя от главы государства, эти "мотивы" кажутся скромными по сравнению с теми, которые мы можем прочитать, например, когда бывший президент Кастилии-Ла-Манчи, Хосе Боно, был награжден Золотой медалью этого региона. Тогдашний президент, Хосе Мария Барреда, который отвечал за вручение медали, сказал о Боно: "Боно воплотил мечту в жизнь с помощью всех. С Дон Кихотом и Санчо. Со священником и цирюльником. С трактирщиком и козопасом. С Дульсинеей и племянницей". ²⁰ Или, наконец, вспомните объявление официального траура по тем, кто умер в результате пандемии COVID-19, когда с сомнительным лиризмом и не одним иносказанием было заявлено, что: "[...] соразмерно выразить убеждение, что оценка

забота при принятии государственных решений - это самая плодотворная ставка на будущее". ²¹

Однако сложнее понять, что этот вкус к нормативному авторитету в пояснениях или преамбулах законодательных текстов, приказов или постановлений возникает и тогда, когда, например, принимается закон о применении к муниципалитету Альбасете организационного режима для муниципалитетов с большим населением (Закон 6/2004 от 21 декабря Кортесов Кастилии-Ла-Манчи, BOE от 16 февраля 2005 г.). Пояснительная записка начинается так: "Нас было немного в деревне, мы обходились тем, что у нас было, у нас было хорошее пастбище для животных, много воды, виноград и овощи [...]", и так далее на протяжении двух страниц, где президент Хосе Мария Барреда прослеживает историю деревни Альбасете в литературном духе ("А потом пришли французы [...] и даже Эспартеро пришел, с парой, знаете, тот, который с лошадью [....]"), чтобы завершить законодательный текст всего двумя статьями, содержание которых, честно говоря, не шокирует: первая из них гласит, что режим организации большого населения Закона 7/1985 от 2 апреля будет применяться к муниципалитету Альбасете; а вторая - что именно муниципальный пленум Альбасете будет определять применение этого закона к своему режиму организации. И положение предупреждает, что закон вступит в силу на следующий день после его публикации в BOE (Официальном государственном вестнике). Барреда, как Вы видите, рецидивист и неудержим.

Достаточно сказано. Эта пояснительная записка отклоняется от своей вводной цели: рассказать о причинах, побудивших к написанию этой книги, и дать представление о том, что читатель

вы найдете на последующих страницах, если решите присоединиться ко мне; благородная и разумная цель, которую, в конечном счете, должны преследовать пояснительные заявления к законодательству, как учил нас Платон. Они есть, были и должны быть посвящены фактам, приведшим к принятию закона ("законодательная история" или "соответствующий фон"), обсуждению, которое имело место, и целям, которые преследовались, чтобы те, кто должен соблюдать закон - либо как граждане, либо как лица, применяющие закон - делали это в лучших условиях.

Осознание того, что все это грубо и слишком часто извращается в законодательстве, которое регулярно принимается в Испании и других странах, а также тот факт, что во многих законодательных документах пояснительные записки, предваряющие статьи, являются не более чем резервуарами манифестов, в которых излагаются громкие идеологические и нормативные обязательства (разного качества), несомненно, послужили моим первым стимулом для написания этого эссе; и я рассказываю об этом здесь, в этой самой "пояснительной записке".

Но это не две самые важные из моих причин. Сам закон, юридический инструмент *par excellence*, также был заражен подобной коррупцией. То, что когда-то было воплощением идеала управления людьми, текст, формулирующий набор правил, выражающий общую волю, устанавливающий определенные понятия и налагающий или освобождающий от обязанностей, устанавливающий права, запреты или разрешения с претензией на последовательность, абстрактность и всеобщность в определенной области человеческих дел..., стало чем-то совсем другим, как мы увидим более подробно в первой главе.

О кризисе права и о том, как мутирует либеральное государство, сделавшее право своим основным нормативным инструментом, можно сказать следующее.

²² Но в этой книге я хочу рассмотреть особый тип "антиюридического" законодательства - если читатель позволит мне этот оксюморон - который вносит существенный вклад в формирование того, что я также осмелюсь назвать "антиюридическим" законодательством.

Государство-детский сад": "законы о сантиментах". ²³

Такие законы, преследующие прозрачную цель "Сигнализация добродетели", ²⁴ то, что англосаксы называют "добродетелью", является естественным производным от инфантилизированных общественных действий, способа ведения политики, который подходит к проблемам современного общества манихейским, эмоциональным, упрощенным образом, при (также нескрываемом) предположении, что мы, граждане, должны быть "образованы, направлены, осознаны", а не так "убедить, допросить или даже побеспокоить", т.е. обращаться с ними как со взрослыми. Пояснительные записки к этим законодательным актам красноречиво свидетельствуют обо всем этом: программное величие на деревянном языке; и мыло, много мыла для адресатов этих "правил", которые воспринимаются скорее как младенцы, нуждающиеся в "положительном подкреплении" (что так характерно для детских школ), чем как автономные и рациональные агенты, жаждущие быть "скульпторами самих себя" в соответствии с мощным образом Пико делла Мирандолы в его *"Рассуждениях о достоинстве человека"*. Я особенно подробно останавлиюсь на этом аспекте в второй главе, описывающей механизмы, которые Государство-детский сад", которое с помощью "сопровождения" или сертификации статуса жертвы или уязвимого лица создало настоящую бюрократию утешения.

К конфигурации этой "детсадовской политики" и ее соответствующему государственному выражению добавляется еще один процесс чрезвычайной актуальности: раздувание идеала прав человека - то есть кажущееся непрерывное расширение их каталога. Это снова юридико-политическая патология, которая была замечена много лет назад, но достигла масштабов, которые вряд ли можно было предвидеть. Превращая практически все социальные требования в отстаивание эффективной гарантии того или иного права человека, возникает одиозный эффект торможения общественного обсуждения, углубления упрощенной диалектики "прогресс - реакция", а также эффекта морального превознесения как приоритетной цели политики и права, что я постараюсь более подробно проанализировать в третьей главе.

Уменьшение размеров инструмента права и сопутствующих ему достоинств - в частности, предсказуемости - катализируется сказочным расширением, достигнутым "эмфатическим конституционализмом", по выражению Франсиско Лапорты,²⁵ и вездесущим покровительством принципов и весов в аргументации судей и судов, на что уже много лет указывает философ права Хуан Антонио Гарсия Амадо. Конституции, как предупреждал ранний Ганс Кельзен,⁽²⁶⁾ приглашают к такому типу рассуждений, в которых судьи, ответственные за их применение, вряд ли могут избежать решения сложных, даже трагических дилемм, когда речь идет о том, чтобы сделать одни права или принципы превалирующими над другими, или приписать смысл майастатиическим ценностям, которыми наделены magna cartas magnas, и реализации целей, которые должны быть достигнуты с помощью так называемых конечных правил.²⁷ Этот тип активной и экспансивной конституционной юриспруденции распространился на практику

применение права в целом и к самому пониманию и характеристике правового явления; к тому, что дало природе всем теории праву: эл.

"неоконституционализм". (28 Четвертая и пятая главы призваны дать отчет обо всем этом.

Ни по одному из этих вопросов, каждый из которых потребовал бы многолетних размышлений и исследований и заполнил бы тысячи страниц, читатель не найдет исчерпывающего или окончательного рассмотрения. Моя цель бесконечно скромнее: попытаться проиллюстрировать, как и почему настойчивое утверждение, что во всех этих проблемах мы имеем дело с вопросом о "человеческих" (или основных) правах, извращенно морализирует коллективное обсуждение того, как организовать себя в обществе, что является наиболее достойной целью политических действий, и как при этом мы унижаем не только публичную сферу, но и сами идеалы прав человека, права и либеральной демократии.

Зародышем этой книги стало первое задание, которое я представил на конкурсном экзамене на должность профессора философии права в Автономном университете Мадрида 16 июня 2021 г. под названием "Ностальгия по праву: воспоминания". Это испытание, в котором кандидат в силу традиции представляет "воспоминания" о предмете, его или ее особой концепции и способах его изучения. "Концепция, метод и источники" - такова была структура этого жанра, который отдает неким запахом нафталина. В моем случае сама идея

Это "воспоминание" побудило меня, с одной стороны, пересмотреть свою научную карьеру, которая длится уже почти тридцать лет (с того момента, как я прочитал докторскую диссертацию по толкованию конституции и

Цель также состоит в том, чтобы изучить постоянные дискуссии о природе закона и прав, а также некоторые другие проблемы и удивление по поводу вырождения закона и верховенства права, которое мы наблюдаем в последние десятилетия.

Члены комиссии, оценивавшей мои заслуги, профессора Альфонсо Руис Мигель, Хуан Антонио Гарсия Амадо, Марина Гаскон, Марта Лоренте и Хуан Карлос Байон, высказали ценные замечания, критику и предложения, которые, как я полагаю, я смог полностью учесть, и за которые, в любом случае, я хотел бы еще раз выразить свою глубочайшую благодарность.

Начнем? ²⁹

Причины принятия закона

"Это будет закон". В последнее Вы десятки раз слышали это из уст тех, кто, например, с помощью законопроекта о реальном и эффективном равенстве транс-людей и прав ЛГТБИ-людей (широко известного как "закон о трансгах"), боролся за реформу действующего законодательства в области, среди прочего, исправления регистрации упоминания пола. ¹

Согласно исследованию Хуана С. Мора-Сангинетти, в период с 1979 по 2021 гг. всеми государственными органами Испании было утверждено более 400 000 нормативных актов. Только за последний год было принято 12 704 постановления, в то время как в додемократический период количество принимаемых постановлений составляло около трех тысяч в год. ² Сложность взаимосвязи между ними значительно возросла, а их экспоненциально заумный характер их разборчивыми и понятными. ³

Уголовный кодекс называется

Текст, принятый в 1995 году, с тех пор был изменен более тридцати раз, и не для того, чтобы облегчить работу правоприменителя, как я уже отмечал ранее в связи с законом "Да - это да".

Не все эти установленные правила "были законом", поскольку, как известно любому студенту, делающему первые шаги в изучении права, закон - это один, но не единственный источник права,

⁴ В этом наборе нормативных стандартов, с помощью которых мы организуем общую жизнь и регулируем поведение граждан, поддерживая монопольное применение силы государством, закон является "транспортным средством" ⁵, в которое встраиваются правовые нормы; the Форма" или приоритетный "инструмент", тот, который наделен наибольшей силой как для *вытеснения* других предшествующих законов - за исключением Конституции, как мы увидим, - так и для *сопротивления* в случае, если с ним вступает в конфликт норма более низкого ранга. Когда мы утверждаем, что живем в правовом государстве, или хотим, чтобы оно было таким, в котором "закон превалирует", мы хотим сказать, что это "транспортное средство" (закон), в которое вставляются правовые нормы, должно иметь приоритет, прокладывая себе дорогу в правовом потоке с преимуществом перед пожарной машиной, полицией или скорой помощью.

Это потому, что современное понятие "закон" тесно связано с народной волей (это ее "выражение", говорится в статье 6 Французской декларации 1789 года), а также с другими ценностями или идеалами, которые очень дороги нам и которые составляют идеологию Французской революции: примат свободы, то есть, что закон должен запрещать только то, что вредит обществу; что то, что не запрещено законом, не может быть предотвращено и что нельзя навязывать выполнение того, что не является юридически обязательным [статья 5]. Таким образом, закон устанавливает тот периметр, который позволяет свободе каждого человека быть совместимой с осуществлением естественных прав других людей [статья 4], или, как сказал бы в то же время философ Джон Ролз, с общей схемой свобод для всех. ⁶

Согласно этим предположениям, закон, как резюмирует Франсиско Лапорта, "это источник права, сознательно созданный суверенной представительной властью, который вводит в действие общие нормы".

и абстрактные идеи о защите и [ограничении] свободы и собственности граждан". ⁷ Как удачно напомнил Лапорта, трудно преувеличить влияние на институциональный порядок революционного воображения, которое представляла собой Французская декларация. Ее всеобщее признание было ранним и дошло, как отмечает Лапорта, до бразильской Имперской конституции 1824 г. ⁸ Говорить "это будет закон" - не прихоть по этим и другим причинам, которые я проанализирую и на которых остановлюсь подробнее ниже.

То, что Мора-Сангинетти осудил контрпродуктивный характер усиленного производства нормативных актов (аспект, которым он открыл эту главу), не ново. Уже в 1995 году прозвучали тревожные сигналы, и комиссия экспертов обратила внимание на плохую законодательную технику, используемую в Испании; на безудержный процесс "декодирования" и срочную необходимость "перекодирования". Аналогичным образом в 2018 году был опубликован отчет *Círculo de Empresarios* о низком качестве законов ⁽⁹⁾.

К этому следует добавить злоупотребление таким нормативным инструментом, находящимся на полпути между законодательной и исполнительной властью, как закон-указ, предусмотренный для ситуаций "чрезвычайной и срочной необходимости" в соответствии с положениями Статьи 86 Конституции Испании, но ставший, по крайней мере, в последние годы, рутинным законодательным инструментом. В 2020 году, когда пришлось бороться с исключительным характером пандемии COVID-19, было утверждено 39 законов-указов, но эта тенденция уже давно вызывает беспокойство. В 2012 году, в разгар экономического кризиса, так называемой Великой рецессии, их было 29, как и в 1997 году. Обе цифры были превзойдены в 2021 году (31), а в году

В 2022 году, уже в полной "постпандемической норме", в

20. ¹⁰ Но это еще не все: само испанское правительство уже предвосхищает их появление в качестве законопроектов. Оно делает это, объявляя в Конституционной комиссии Конгресса депутатов о своем годовом плане регулирования на 2023 год, в котором уже предусмотрено, что, наряду с тремя органическими и 33 обычными законами, оно утвердит 81 закон-указ.

Можно ли найти более убедительное доказательство деградации бюджета, чем это?

-Чрезвычайная и срочная необходимость в таком нормативном документе ¹¹?

Однако более скорректированная метрика, как отмечают Ева Бельмонте, Дэвид Кабо и Кармен Торресильяс, дает более полную картину злоупотреблений. ¹² О масштабах мошенничества, а не злоупотреблений, говорит тот факт, что, несмотря на "чрезвычайную и срочную необходимость", были приняты законы-указы, на публикацию которых в BOE (Официальном государственном вестнике) после их утверждения парламентом ушло до 16 дней. ¹³ В других случаях период *vacatio legis* (перерыва до вступления закона в силу) составлял до 8 месяцев. ¹⁴ Срочно, но без спешки. Эксгумация Франко в Долине Павших была проведена по причинам чрезвычайной и срочной необходимости, спустя 43 года после его захоронения, учитывая "[...] настоятельную необходимость выполнить неоднократные просьбы Организации Объединенных Наций, которая в последние годы призывает испанское государство отчитаться за меры, принятые в вопросах исторической памяти и демократического возрождения". ¹⁵ Среди этих требований упоминался отчет рабочей группы ООН, выпущенный четырьмя годами ранее.

Другие декретные законы оправдывались тем, что нельзя больше ждать решения таких проблем, как гендерный разрыв в оплате труда или недостаточная представленность женщин в сфере STEM (наука, технологии, инженерия и математика) - вопросов огромной сложности, которые остаются в основном нерешенными, даже несмотря на то, что правительство издало Декрет-закон 6/2019 о "срочных мерах по обеспечению равного обращения и равных возможностей между женщинами и мужчинами в сфере занятости и профессиональной деятельности", а Конституционный суд недавно одобрил чрезвычайную и срочную необходимость этого постановления.¹⁶

Большинство этих законов-указов также следуют пагубному методу охвата несвязанных вопросов,¹⁷ используя преимущества переноса европейских директив, что законодатель также привык делать в так называемых "омнибусных законах",¹⁸ или законах, сопровождающих Общий государственный бюджет, или извращая процесс внесения поправок в законодательство, не имеющее отношения к вопросу, выносимому на реформу, - так называемые "навязчивые поправки" - тем самым нарушая принцип "однородности", который является гарантией конституционной приемлемости законодательного процесса, как подчеркнул Конституционный суд в сводном прецедентном праве.¹⁹

Все вышеперечисленное произошло в той мере, в какой исполнительная власть способствовала изменению порядка избрания таких важных конституционных органов, как Конституционный суд и Генеральный совет судебной власти, воспользовавшись процессом внесения изменений в реформу Уголовного кодекса, надуманно направленную на "дело" лидеров государственного переворота в Каталонии,²⁰ очевидную "реформу по одному делу", но оформленную как "требование адаптации к европейскому праву".

с помощью срочной процедуры, избегая тем самым существенных дебатов и спокойного противостояния между парламентскими группами по такому трансцендентному решению.²¹

В свете жесткого контроля, который правительства осуществляют над поддерживающими их парламентскими группами, не стоит удивляться тому, что за 26 лет только четыре декрета-закона не были утверждены парламентом;²² и не будет преувеличением сказать, что мало что осталось от совещательного идеала органа, призванного принимать законы, - парламента, если следить за парламентскими дебатами, динамикой партий и результатами законодательной деятельности. В Испании и в те дни, когда пишутся эти страницы, "законодатель", который, по словам Джона Локка, является "душой, придающей форму, жизнь и единство политическому сообществу",⁽²³⁾ находится в терминальном состоянии.

Есть и другие аспекты эрозии идеала законности, которые следует рассмотреть. С одной стороны, это обилие двусмысленных форм нормативности - то, что стало известно как *"мягкое право"* - и, с другой стороны, это ублюдочное использование закона, злоупотребление и мошенничество с этим нормативным инструментом - следствие, которое, возможно, неизбежно в связи с переполнением функций, требуемых от современного государства (обеспечение, распределение, социальное...), но которое в последнее время усугубилось колоссальным и едва ли поддающимся опросу образом.

"Что общего с классической концепцией права имеют законы о помощи инвестициям, положения о стимулировании рыболовства сельди путем предоставления дизельного топлива со скидкой и, прежде всего, многочисленные субсидии юридическим определенным отраслям ?

Экономика?", ²⁴ - спросил немецкий юрист Отто Бахофф более шестидесяти лет назад, и над этим вопросом недавно размышлял известный итальянский юрист Луиджи Ферраджоли. ²⁵

И Бахофф добавил: "Такие законы - это акты политического руководства [...]. Бесплезно сетовать на такое развитие событий, потому что оно неизбежно, соответствует современному государству и, наконец, потому что его нельзя предотвратить". ²⁶ Закон, в том классическом смысле, на который ссылался Бахофф, был, по его собственным словам, "щитом свободы и права"; закон - это "Magna Carta of Freedom". ²⁷

Вот уже почти столетие мы живем с разнообразием, которое подразумевает существование законов-эдиктов, законов-программ, законов-измерений, законов-фотографий, или "чисто риторических" законов, как их описывает Либорио Йерро, ²⁸ или, совсем недавно, "волевых законов", как их называет Элой Гарсия. ²⁹ Этот жанр также включает в себя то, что я рискну назвать "законами сантимонии". Это нормы, чье предписывающее содержание скудно и несколько непристойно плавает в море пестрых идеологических прокламаций; благих намерений; обязательно кратких и часто фальсифицированных описаний состояния науки; предполагаемых требований "международного права" и "международных органов по правам человека"; а также неоправданно длинных и чрезвычайно поверхностных исторических обзоров - как я уже имел случай показать в пояснительной записке к этому эссе. Среди норм, составляющих "сантимоновское законодательство", больше, чем, которые "устанавливают", "обеспечивают" или

Следует сказать, что они "предписывают", а не "молятся", сказал он с предельной

Актуальность Бенито Арруньяда.

В сантимонианском законодательстве законодатель пользуется возможностью навязать определенный нарратив, как отметил конституционалист

Андрес Бетанкор ³⁰ Риторика повествования движется от часто обильного и беспричинно обширного объяснительного меморандума к набору статей, в которых больше выражено, чем предписано; больше объявлено, чем приказано; больше желается, чем регламентируется. И все это с едва скрываемым нетерпением продемонстрировать моральную силу. В то время, когда пишется эта книга, автономное сообщество Арагон приняло "Закон о культуре мира в Арагоне". ³¹ В своем пояснительном меморандуме (он занимает половину закона, состоящего из девяти статей) арагонский законодатель утверждает, что "антропологи и историки доказали, что человеческие существа запрограммированы на сотрудничество и взаимопомощь" и что "в Арагоне культура мира имеет глубокие корни, связанные с силой пакта как традиции". Арагонский законодатель возвращается к "ассамблеям мира и перемирия" XII века или к компромиссу Каспе 1412 года. Лучше не возвращаться к июлю 1938 года, когда началась битва за Эбро.

Ссылаясь на законодательство аболиционист на дело от Проституция, Даниэль Гаскон, прославленный араговец по праву универсала, удачно обобщил краеугольный камень, на котором законодательная политика Сан-Антонио: "[...] в борьбе со злом главное - чувствовать себя хорошо". ³² И прежде всего, чтобы чувствовать себя хорошо, добавлю я: в Законе о культуре мира в Арагоне автономное сообщество предлагает делать то, что оно не может не делать - выполнять международные обязательства Испании, защищать жертв насилия - или продвигать те цели, с которыми никто не может не согласиться: укреплять мир, исследовать мир и просвещать о нем, распространять информацию о его важности, развивать диалог...

Как я уже говорил, преобладающей чертой сантимоновского законодательства являются объявления, а также длинные списки намерений или целей, которые часто являются задачами, которые обычно возлагаются на государственную администрацию без необходимости их повторения; или то, что правительство может делать без необходимости объявлять об этом или устанавливать какое-либо разрешение, и, наконец, список "руководящих" принципов, упоминание которых само собой разумеется, поскольку либо они не могут не регулировать данное положение, либо они уже закреплены в конституции.

Случай с упоминанием принципа равенства и недискриминации является хрестоматийным. Например, Законопроект о внесении изменений в Закон 14/2011 от 1 июня о науке, технологиях и инновациях устанавливает, что "Испанская система науки, технологий и инноваций" управляется принципами "качества, координации, сотрудничества, эффективности, результативности, конкуренции, прозрачности, интернационализации, открытости научных исследований, оценки результатов, равного отношения и возможностей, включения и подотчетности". Добавление:

"Эти принципы должны соответствовать основам открытых, инклюзивных и подотчетных исследований" (33). ³³

В Законе 7/2021 от 20 мая об изменении климата и энергетическом переходе - законе, направленном, среди прочего, на достижение следующих целей,

Декарбонизация испанской экономики" и достижение в течение определенного периода времени сокращения выбросов парниковых газов, производства электроэнергии из возобновляемых источников энергии и "климатической нейтральности" устанавливает, среди прочих руководящих принципов, принцип равенства между мужчинами и женщинами [статья 2 i)]. ³⁴

Закон 16/2012 от 28 июня о поддержке предпринимателей и малого бизнеса в Стране Басков ³⁵ гласит, что

Статья 15 гласит: "Государственные органы власти автономного сообщества Страны Басков в рамках своих соответствующих сфер компетенции должны принимать соответствующие программы и меры по поддержке предпринимательской деятельности для достижения целей, изложенных в предыдущей статье".

Могут ли они это сделать, нужно ли это говорить?

Сто тридцатое дополнительное положение ("Создание Агентства по надзору за искусственным интеллектом") Закона 22/2021 от 28 декабря об Общем государственном бюджете на 2022 год гласит: "Правительство уполномочено продвигать закон [...]" ³⁶ У правительства уже есть это конституционно закрепленное разрешение без необходимости принимать еще один закон, чтобы "санкционировать" его. Подсознание правительства выдает себя: оно пытается показать, что правительство внимательно, осознает и хочет

"содействовать", "принимать соответствующие программы и меры...".

Из 20 страниц законопроекта о предотвращении потерь продуктов питания и пищевых отходов 12 страниц пояснительной записке. Проект состоит из 19 статей, включая обязанность "участников пищевой цепочки" определять приоритетность потерь продуктов питания и пищевых отходов в соответствии со списком возможных направлений, причем пожертвование продуктов питания стоит во главе списка. Таким образом, согласно Статье 5, приоритетным направлением является пожертвование продуктов питания - цель похвальная, но в отношении ее эффективной реализации существует значительная неопределенность. Фактически, не запрещено не жертвовать, а *лишь не обосновать должным образом отказ от этого*, поскольку это в конечном итоге возможно в соответствии с той же статьей. Последствия нарушения этого "ненадлежащего обоснования"? Совершение "мелкого правонарушения", за которое может быть наложен штраф в размере до

2 000 евро, что вполне можно понимать как "цена, которую нужно заплатить

за несоблюдение иерархии приоритетов", решив, первую очередь, не давать, а заняться другими делами. Техника

"Штраф за неоправданное обоснование неприоритета" привел бы в восторг любого правителя или вождя Древнего Режима из-за очень широких возможностей, которые он предоставляет администрации при осуществлении своих санкций.

Закон также изобилует объявлениями о целях повышения осведомленности и обучения, чтобы операторы "активно действовали для предотвращения и сокращения потерь продуктов питания и [пищевых] отходов" и "вовлекали их" - опять же, "не обязывали их" - в эти действия [статья 11 е)]. Что касается небольших магазинов, то будут приняты меры по обеспечению наличия в них торговых линий для "уродливых", "несовершенных" или "неприглядных" продуктов [Статья 11(d)]. Неясность и расплывчатость в достаточной степени беспокоят субъектов, занимающихся распространением и сбытом продуктов питания, и, скорее всего, они в конечном итоге пойдут по пути отсечения большего, чем это разумно. И снова правовая определенность для тех, кому адресованы правила, оказывается несостоятельной.

Закон 19/2020 от 30 декабря о равном обращении и недискриминации автономного сообщества Каталония в своем пояснительном меморандуме перечисляет в общей сложности 33 запрещенных признака дискриминации ³⁷ и ставит задачу искоренить: "[...расизма и ксенофобии; антисемитизма, исламофобии, арабофобии, христианофобии, иудеофобии или антицыганства; апорофобии и социального отчуждения; абьюлинизма; анормалофобии; сексизма; гомофобии или лесбофобии, геефобии, трансфобии, бифобии, интерсексофобии или ЛГБТИфобии, а также любых других проявлений, подрывающих равенство и достоинство людей".

Поощрять, вовлекать, привлекать внимание, повышать осведомленность, продвигать, следить, осуществлять, информировать, инспектировать, оценивать, обучать, направлять, контролировать, сопровождать, гармонизировать, поощрять, контролировать... - вот, среди прочего, бесконечные инфинитивы, которыми пестрит сантимонийское законодательство.

"Это будет закон", но это будет "всеобъемлющий" закон, еще одна отличительная черта законодательства о правах человека. Это прилагательное часто встречается в законодательстве Сан-Антонио и, вероятно, получило свое самое известное крещение в законе, известном как "закон о гендерном насилии" ⁽³⁸⁾. Законы "интегрального" характера олицетворяют собой стремление учесть многофакторную природу возникновения и развития социальных конфликтов, которые они призваны регулировать. И снова это добродетельное проявление законодателя, который не желает оставлять камня на камне в искоренении "зла". И это при том, что у него нет достаточных ресурсов для реализации этого "комплексного подхода", и он не может в этих законах сделать больше, чем объявить о намерениях, пожеланиях, благих намерениях или положениях для работы администрации, администрации, которая ни в коем случае не сможет охватить все задачи в каждом из секторов, где хочет присутствовать государство, и которая по этой самой причине будет оправдывать еще большее присутствие, вмешательство, обучение и бюджет.

Вопрос в том, должны ли мы смириться; невозможно ли вернуть подлинные и благие причины, лежащие в основе использования права и его главенства в качестве инструмента регулирования в изначальном смысле и целях, а не теми извращенными и мошенническими способами, которые я привел в пример в предыдущих параграфах. Мой ответ - утвердительный,

Но сначала стоит проследить, как появились эти причины, причины идеала "законности".

Ранее я уже говорил о законности как о "форме", о которой великий немецкий юрист Рудольф фон Иеринг (или Йеринг) в книге *"Дух римского права"* сказал, что это "враг произвола [...], сестра-близнец свободы [...], сдерживающий фактор, который останавливает тех, кто хочет превратить свободу в свободу, то, что содержит и защищает. Люди, которые любят свободу, инстинктивно понимают, что форма - это не ярмо, а хранитель их свободы".

В то же время Паоло Флорес д'Арке в своей книге *"Либертарианская личность"* выразился в похожих выражениях: "Сегодня законность, воспринимаемая всерьез, законность как стратегия и последовательная практика, представляет собой более чем когда-либо власть бессильных [...]. Политика законности - это сегодня самая радикальная из возможных революций, а также первая из желательных революций". ³⁹

Однако "форма" может быть и чистой "формальностью", которая, как справедливо объяснил Карл Шмитт, позволяла немецкой бюрократии времен Третьего рейха выполнять любые приказы, какими бы бесчеловечными они ни были. ⁴⁰ Так, Закон о здоровье супругов от октября 1935 года, один из так называемых "Нюрнбергских законов", который запрещал союзы между "здоровыми по наследству" и людьми, считающимися "генетически непригодными", стал частью немецкого законодательства и применялся судьями, как это показано в фильме *"Суд в Нюрнберге"* (1961). ⁴¹ И дело в том, что определенная правовая форма - это то, что просто, без дальнейшей интроспекции, позволяет в правовом сообществе определить нормативный ранг предписаний, исходящих от конкретного органа, когда он следует определенному

процедуру и, следовательно, действовать соответствующим образом, т.е. применять предполагаемые правовые последствия.

Но за пределами "покрытия", за пределами этой "формы" существует "материальный" смысл закона, который апеллирует к его необходимому и исключительному содержанию - наиболее значимым или решающим аспектам сосуществования - и к тому, как вырабатывается эта дисциплина поведения граждан и тех, кто участвует в правовом обороте. Таким образом, используя метод эмпирической науки в качестве зеркала и номолого-дедуктивное объяснение в качестве просвещенного идеала правовой рациональности, законодатель либерального государства, которое сегодня считается античностью, стремился регулировать поведение в общем и абстрактном виде, то есть вменять правовые последствия классам действий или субъектов, и делать это систематическим и последовательным образом. Фернанда Пири объясняет это в своей монументальной книге *Ordering the World: How 4,000 Years of Law Shaped Civilisation*:

Правители используют законы, потому что они классифицируют людей, вещи и их деятельность по категориям и классам и определяют отношения между ними, что делает управление более полным и эффективным. Они используют законы, чтобы определить, что является преступлением и каково соответствующее наказание; они определяют, как можно продавать, арендовать и наследовать собственность; они определяют условия для заключения обязательного контракта или действительного брака [...]. Таким образом, законы лежат в основе режимов дисциплины, иерархии и централизованного контроля.⁴²

Это стремление наилучшим образом проявилось бы в период так называемой "кодификации" - стремления рационалистического *iusnaturalism*: из определенных аксиом, таких как, например, "вещь принадлежит владельцу", можно было бы вывести целый набор правил в виде теорем. Например, право собственности на Присоединение", предусмотренное статьей 353 Гражданского кодекса, которое дает право "на все, что они [товары] производят, либо присоединяют или включают в себя, естественным или искусственным путем". Школа, которая преобладала в

В 19 веке в Европе появилась "юридическая наука", известная как "правовая наука".

Юриспруденция концепций", возглавляемая Иерингом, рассматривает юриста как химика, а право - как периодическую таблицу элементов, которые могут быть соединены по аналогии с водородом и кислородом для образования молекулы воды. Право, провозгласил на том этапе Иеринг, - это "объективный организм человеческой свободы". ⁴³

В 1811 году Джереми Бентам, выдающийся представитель британского реформизма и архитектор современного утилитаризма, написал Джону Адамсу, тогдашнему президенту Соединенных Штатов, письмо с просьбой кодифицировать *общее право*, как это происходило в Европе.

Общее право", созданное исключительно судебными органами, "*издевательское право*", по словам Бентама, плодами которого являются неопределенность и невозможность познать закон. Он бросил ему вызов в следующих выражениях:

[...] в Вашей стране (не говоря уже о нашей), на чем основываются самые важные и дорогие интересы людей? Или они скорее колеблются? На каком-то случайном решении или на цепи часто противоречащих друг другу решений, принятых в ту или иную варварскую эпоху, почти всегда без каких-либо внятных оснований, под влиянием какого-то частного и зловещего интереса, ощутимого или нет, не обдуманного или не имеющего возможности быть обдуманным [...]. ⁴⁴

Не случайно уголовное право, кодифицированный закон *par excellence*, следует не Моисеевой модели, не наставлениям типа "не убий", а тому, что напоминает рассуждения логики предикатов: "для всех *x*, если *x* является *y*, то *z*". Это объяснил просвещенный Джузеппе Беккариа в 1764 году в одном из величайших произведений юридической мысли: *De los delitos y de las penas* (О преступлениях и наказаниях). В своем предисловии он указал:

Некоторые остатки законов древнего народа-завоевателя, составленные по приказу принца, правившего в Константинополе двенадцать веков назад,

Смешанные затем с лонгобардскими обрядами и завернутые в бессвязные тома частных и неясных толкователей, они образуют ту традицию мнений, которая в значительной части Европы до сих пор носит название законов.⁴⁵

И далее:

[...] наказания должны устанавливаться законом, а не судьями, чьи постановления всегда противоречат политической свободе, если они не являются частными предложениями общей максимы, существующей в кодексе [...]. Злого человека [...] можно бояться, а потому изгонять и исключать из общества в силу превосходящей силы общества; но не наказывать его формальностями законов, которые являются мстителями за договоры, а не за внутреннюю злобу поступков.

Действующая статья 138 Уголовного кодекса Испании гласит: "Любой, кто убивает другого человека, должен быть наказан как убийца тюремным заключением на срок от десяти до пятнадцати лет". Очень старый аналог первого испанского Уголовного кодекса, принятый в 1822 году, гласил: "Тот, кто убивает другого человека добровольно, с умыслом и намерением убить его, кроме как по приказу законной власти, подлежит смертной казни". Сравните оба предписания с судебным произволом, к которому привел закон Третьего Рейха, когда в таких законах, как закон от 28 июня 1935 года, было установлено: "Любой, кто совершает деяние, которое закон объявляет наказуемым или которое *заслуживает наказания в соответствии с фундаментальными концепциями уголовного права и народными настроениями, должен быть наказан*" (курсив мой).

Или сравните это с нарушениями, установленными в указе Министерства юстиции, опубликованном в "*Мадридской газете*" 13 августа 1936 года, уже в разгар Гражданской войны, который закрывал все учреждения религиозных орденов и конгрегаций, которые "*каким-либо образом* вмешивались в нынешнее повстанческое движение", и описывал как одну из возможных форм повстанческого вмешательства тот факт, что кто-то из их членов "давал обеты или возносил молитвы за

триумф мятежа" [Статья 2.3; курсив мой]. Это акт интимного убеждения, который предполагает, что мольба или просьба, выраженная в молитве, возводится в разряд наказуемого юридического преступления. *Как-то так...*", - гласит - с извинениями - предписание. Сегодня законы, которые не так давно наказывали молящихся, противоречат римскому *brocardo*, согласно которому: *cogitationis poenam nemo patitur*. Мышление не совершает преступления", - считают сегодня либеральные криминалисты.

И с другой стороны было то же самое. И я имею в виду именно Бандо от 28 июля 1936 года, в котором президент Национальной хунты обороны Испании (генерал Мигель Кабанеллас) сказал

"дал понять", что обстоятельства, в которые попала Испания, требуют от каждого гражданина "строгого соблюдения закона". Это удивительное заявление, поскольку само собой разумеется, что граждане - не говоря уже о государственных органах - должны соблюдать закон. В действительности же этот декрет углубил незаконное применение силы и подрыв правового порядка, распространив военное положение на всю территорию страны, классифицировав как преступления отсутствие помощи или неповиновение гражданских и других государственных служащих мятежной власти; распространив юрисдикцию военной власти на преступления мятежа (и связанные с ним преступления), нападения, совершенные против людей или собственности по политическим или социальным причинам, и расширив классификацию мятежа. Таким образом, те, кто, например, проводил и посещал "любые собрания, конференции или публичные демонстрации без предварительного разрешения властей", были включены в классификацию "мятежников". И все это, как говорилось в преамбуле прокламации: "[...] в случае, если кто-либо [из граждан], ослепленный непонятным сектантством, совершит действия или бездействие, которые нанесут ущерб целям, преследуемым

это искупительное движение нашей родины". ⁴⁶ Вот мятежники, короче говоря, квалифицирующие и осуждающие как мятеж поведение тех, кто защищал существующий правовой порядок...; вот закон как чисто пустая форма.

Так было и во время войны, и по ее окончании. Приведем известный и трагический пример: Хулиан Бестейро, лидер социалистов и президент Кортесов, был привлечен к ответственности, судим и приговорен к пожизненному заключению (приговор, заменяющий тридцать лет строгого заключения) в июле 1939 года за совершение преступления - присоединение к военному мятежу, предусмотренному статьями 237 и 238 Кодекса военной юстиции, действовавшего с 1890 года. Статья 238 включала в число действий , которые можно квалифицировать как "приверженность" тех, кто:

"...] используя свою официальную службу для распространения новостей или совершения действий, которые могли бы способствовать его [восстания] дальнейшему развитию". Другими словами, Хулиан Бестейро, а не те, кто его осуждал, кто восстал, присоединился к восстанию, совершив действия, которые заключались в попытке остановить восстание. И что же сделал Хулиан Бестейро, чтобы "присоединиться" и быть осужденным за это? В мае 1937 года он присутствовал на коронации Георга VI от имени президента Испанской Республики. ⁴⁷

Когда продвижение войск Франко предвещало их победу, еще в 1938 году Рамон Серрано Суньер, который в конце войны станет министром внутренних дел, поручил комиссии из 22 юристов (профессоров университетов, судей и политиков) под председательством Ильдефонсо Беллона, судьи Верховного суда, подготовить заключение о законности восстания. ⁴⁸ Целью, как говорилось в пояснительной записке к приказу, было "неопровержимо и документально продемонстрировать всему миру наш обвинительный тезис против якобы незаконных властей [...] что, восстав против них, армия и народ не совершали никаких действий [...].

бунта против власти и против закона". В докладе Мнение Комиссии о нелегитимности власти, действовавшей 18 июля 1936 года" (известное как "Доклад Беллона") было представлено в феврале 1939 года и послужило основой для принятия Закона о политической ответственности от 9 февраля 1939 года. Это "закон", продиктованный самим Франко на основании его самоназначенных полномочий по установлению общих норм через Закон от 30 января 1938 года [статья 17],⁴⁹ последний - закон, продиктованный..... можете угадать? действительно, тем же самым "диктатором".

В 1934 году Карл Шмитт заявил:

В государстве, управляемом одним лидером, в котором законодательный орган, правительство и правосудие не охраняются с подозрением, как это происходит в либеральном правовом государстве, то, что обычно считается справедливым для "акта правительства", должно быть таковым в гораздо большей степени как действие, которым *фюрер* доказал свое верховное руководство и судебную власть. *Фюрер сам определяет содержание и масштаб своих действий* ⁽⁵⁰⁾.

Как это делал Франко... Перефразируя Карла Шмитта, можно сказать, что законность Франко была недвусмысленным выражением *франкопринципа*.

Но стоит вспомнить всю историю: 1 октября 1936 года генерал Франко был назначен главой испанского правительства и генералиссимусом национальных сухопутных, морских и воздушных сил, то есть наделен "всеми полномочиями нового государства", в соответствии с "декретом" "Совета национальной обороны" от 29 сентября 1936 года (номер 138). Но оказалось, что за пару месяцев до этого, 21 июля, указом военного министра (Луиса Кастелло Пантохи), одобренным Советом министров и опубликованным в "*Мадридской газете*" 22 июля, Франко "окончательно уволился из армии".⁵¹ Генералиссимусом какой армии был Франсиско Франко 29 сентября?

Не был ли он, перефразируя Святого Августина, лидером "шайки пиратов" (52)?

Закон сильнейшего возобладал, и именно так был обнародован и вступил в силу Закон о политической ответственности, сделавший виновными в преступлениях и правонарушениях именно тех, кто сопротивлялся смене действующей республиканской законности с помощью оружия. На них возлагалась ответственность за подделку "красной диверсии", действием или бездействием, и ее поддержание "в течение более чем двух лет" (с 1 октября 1934 г. по 18 июля 1936 г.), препятствуя провиденциальному триумфу Национального движения - победе, которая в пояснительной записке к Закону о политической ответственности описывалась как "исторически неизбежная". Закон, который сам Серрано Суньер в своих мемуарах назвал "справедливостью наоборот".

Достаточно одного примера. В исследовании адвоката по уголовным делам Игнасио Бердуго, посвященном репрессиям Франко в первые часы после окончания войны, он приводит описание поведения, которое можно было расценить как "приверженность военному мятежу". Так, по приговору от 11 марта 1941 года женщина "[...] плохого поведения и коммунистических идей" была наказана за подстрекательство ополченцев к вандализму и за то, что "[...] взяла в церкви еду, предметы и одежду, чтобы сшить платья для своего сына, которого она прозвала "Ленин"" ⁵³.

К этой форме "правосудия наоборот" и "на стороне" следует добавить закон от 23 сентября 1939 г., согласно которому некоторые политические и социальные действия, совершенные с 14 апреля 1931 г. по 18 июля 1936 г., считались непреступными. При применении этого закона речь не шла о помиловании тех, кто совершил преступления против Конституции, общественного порядка, убийств, ранений, ущерба... в этот период.

"...] лицами, чья идеология совпадает с Национальным движением, и всегда теми действиями, которые, в силу их политической и социальной мотивации, могут рассматриваться как протест против непатриотического чувства организаций и правительства, чье поведение оправдывало восстание" [Статья 1]. Речь шла не о применении мер помилования, а о "ретроактивной декриминализации", понимая эти факты как "не преступные". Нет и де

Прощение", а скорее, прямое и окончательное "стирание", как будто этих злодеяний от рук "победителей", от "гуннов" против "гуннов", никогда не было.

"Хотрос", по знаменитому выражению Унамуну ⁵⁴⁾.

А с другой стороны? 7 мая 1937 г. Президент Республики Мануэль Азанья и Министр юстиции Хуан Гарсия Оливер подписали в Валенсии указ о создании Народной уголовной юстиции и так называемых "Чрезвычайных присяжных", "[...] для рассмотрения и наказания актов враждебности и недовольства режимом, которые не являются преступлениями, предусмотренными и наказуемыми в общем Уголовном кодексе и специальных уголовных законах". ⁵⁵ Статья 55 с), для примера, санкций the наблюдения of a

"Поведение, которое, не являясь преступлением, по своей подоплеке и мотивам свидетельствует о том, что человек, совершивший его, является лицом, недовольным режимом". А также: "Любое другое действие, которое в силу обстоятельств и последствий должно считаться вредным для интересов правительства, народа или Республики..." [статья

55 f)]. Так, 3 октября 1938 года жителям улицы Эрмосилья, 28 в Мадриде, были инкриминированы эти преступления, поскольку они "ликовали" и "болели", как

"Последствия совершения такого преступления? Интернирование в трудовой лагерь

от одного до пяти лет и возможный штраф "[...] в неопределенном размере", при назначении которого должны были учитываться обстоятельства правонарушения, причиненный ущерб или вред и экономическое положение правонарушителя [Статья 56].

При внимательном прочтении этих правил и судебных решений многое вызывает отвращение: обстоятельства разбирательства, рамки "законности", которые придали им охват и характер. "Вемические" ⁵⁶⁾ суды, которые были созданы. Он наказывает, прежде всего, за вынашиваемые идеи и характер, в крайнем проявлении того, что мы сегодня знаем как "уголовное право врага". Кроме того, существует огромная, невыносимая расплывчатость в способах описания противоправных действий - "пустые" правила, как принято говорить на жаргоне пенитенциариев, - что порождает, как я уже приводил пример выше, значительную свободу усмотрения в такой особо чувствительной области правовой системы, как уголовная система, или, в более общем смысле, система наказаний.

Но есть одна вещь, которую Закон о политической ответственности особенно отвергает, а именно: он облакает в шелка чистое и голое осуществление политической и социальной мести, наложение непредвиденного наказания и, более того, привязывает к "невозможным" действиям с точки зрения достижения его последствий; и это соответствует тем самым терминам, в которых закон обосновывается и представляется. Давайте посмотрим на одно из тех типичных громких слов, которые сопровождают инаугурацию нового правового режима и на которые я уже ссылался в своем "пояснительном заявлении": победа Франко, говорится в Законе о политической ответственности, была "исторически неизбежной". Помимо хвастовства, несомненным является то, что исторический детерминизм, к которому он апеллирует, означает, что "сопротивление" или "сопротивление" было "исторически неизбежным".

напрасно "бунтовать". Но тогда: как то, чего в любом случае невозможно было достичь, может быть объектом противозаконного действия? Таким образом, нарушается старый кантовский афоризм "Должное подразумевает возможное". Представьте себе, если бы людей наказывали за то, что они не уничтожили своим взглядом луну? И как вишенка на вершине всего этого: откат наказания к тому времени, когда такое поведение не являлось преступлением.

Идеал закона или правовой нормы с теми характеристиками и требованиями, которые я описывал (общность, последовательность, систематичность, предсказуемость, отсутствие обратной силы), является условием нашего основного стремления к свободе, свободе "современности", по выражению Бенджамина Констан, которая, как справедливо напомнил нам Хосу де Мигель, является желанием расчета и разума, ⁵⁷ достоинствами торговца, бизнесмена, путешественника или трудолюбивого человека; индивида как

"Скульптор самого себя", как я уже упоминал несколько страниц назад в связи с Пико делла Мирандола; субъект, который, по словам Фихте, является "скульптором самого себя", как я уже упоминал несколько страниц назад в связи с Пико делла Мирандола,

"берет себя в руки". ⁵⁸ Оба стремления - изложенные в Статье 10 Конституции Испании под выражением "свободное развитие личности" - удовлетворяются законностью, т.е. тем, что "закон" - в материальном и формальном смыслах, упомянутых выше, - должен преобладать в качестве источника права. Таким образом, свобода - это этическое требование, с помощью которого можно ограничить осуществление политической власти, следствие серьезного отношения к моральной автономии личности. Это включает в себя свободу как отсутствие препятствий (*свобода от...*), но также и то, что мы как люди можем управлять собой индивидуально и коллективно и, таким образом, принимать участие в решениях, которые нас затрагивают; свобода позитивный" в терминах Исайи Берлина, даже если только в "позитивном" смысле.

посредником, политическим представительством (*свобода для...*). В конечном счете, речь также идет о руссоистском идеале, согласно которому закон является выражением общей воли, совокупности интересов граждан. ⁵⁹ "Испанская нация, - гласит преамбула Конституции, - провозглашает свою волю к укреплению правового государства, которое обеспечивает верховенство закона *как выражение народной воли*" (выделение мое).

Франсиско Лапорта очень четко обобщил и объяснил причины такого первенства: "[...] этические постулаты, которые стремятся напитать правовую систему требованиями личной автономии, заставляя ее выражать себя в форме "правил", и политические постулаты, которые требуют, чтобы именно общая воля устанавливала эти руководящие принципы в форме правил, по которым должно управляться сообщество, неумолимо ведут к первенству закона как источника права". ⁶⁰ Этот примат увеличивает возможность знать, что мы можем соблюдать, связь между возможностями действия и "правовой определенностью", которую, как напоминает нам Франсиско Лапорта, уже четко отстаивал Томас Гоббс, ⁶¹ и которую также поддержал Конституционный суд Испании: "[...] любое ограничение свободы должно быть определенным и предсказуемым, иначе закон утратит свою функцию гаранта самого фундаментального права". ⁶²

Но дело не только в том, что развертывание этой автономии информирует или оправдывает законность; дело в том, что сама законность, право, является условием возможности свободы в первую очередь. Конституционный суд Испании повторил, что свобода, о которой говорится в Статье 17 Конституции Испании, закрепляющей право на "свободу и безопасность", относится к "физической свободе". самом первичном или непосредственном смысле это относится к телесному движению, к перемещению своего тела. Разумеется, при этом человек

Как я могу не позволить взрослому наброситься на группу маленьких детей, дремлющих на траве, или замахнуться кулаком в сторону чужого лица, которое не нападает на меня?

Вот почему, согласно генеалогии, которую можно проследить от Цицерона -*Legum servi sumus ut liberi esse possimus* ("Мы рабы законов, чтобы быть свободными") - ⁶³ до итальянского юриста Пьеро Каламандрея, через Джона Локка и Джона Адамса, в отсутствие законов, в состоянии природы, не существует никаких свобод, а есть только главенство закона сильнейшего ⁶⁴.

Конечно, любой закон в формальном и материальном смысле, продиктованный соответствующим органом, упорядоченный, систематизированный и обладающий чертами всеобщности и абстракции, может быть ужасно угнетающим для раскрытия моральной автономии человеческих существ. В государстве, серьезно относящемся к этой ценности, главенство закона сопровождается кантовским условием, что единственным ограничением индивидуальной свободы является свобода других, т.е. каждый человек должен иметь одинаковое право на самые широкие основные свободы, совместимые с аналогичными свободами других, в соответствии с формулировкой первого принципа справедливости Джона Ролза. ⁶⁵

Короче говоря, за причинами закона также стоят причины прав и их гарантии. Мы еще вернемся к этому, но сначала нужно остановиться.

Анатомия государства-детского сада: бюрократия комфорта

Внимательный наблюдатель политической и институциональной реальности в таких конституционных демократиях, как наша, наверняка обратил внимание на то, как часто в последнее время в парламентах и других политических институтах, а также на международных форумах и общественных дискуссиях встречаются "свидетельства несовершеннолетних"; даже когда объект обсуждения (то, что поставлено на карту) отличается чрезвычайной сложностью, как дело называется.

Экологический переход", вызванный изменением климата или его появлением. Возможно, именно Грета Тунберг лучше всего олицетворяет этот феномен: подросток с "глобальными" последствиями, многократно награжденный, с легионами последователей, несовершеннолетних и взрослых, простых граждан и государственных чиновников, с которыми она сталкивается, оскорбляет и препирается, к удовольствию значительной части публики, к которым теперь присоединился колумбийский несовершеннолетний Франциско Вера Мансанарес, который в возрасте одиннадцати лет читает лекции колумбийским парламентариям и всему миру в целом о необходимости "деградации" для достижения устойчивого развития. ¹ В ООН существует Межправительственная группа экспертов по изменению климата (МГЭИК), в которую входят 195 стран и которая, с помощью тысяч ученых высочайшего уровня, специализируется в следующих областях

Это ведущий эксперт по различным аспектам изменения климата, который готовит авторитетные отчеты о развитии декарбонизации экономики и наилучших способах снижения антропогенного воздействия на планету. На фоне всего этого интуиция, страхи и надежды Франциско Вера и Греты Тунберг должны быть анекдотичными, но они направляют общественные дискуссии, открывают новостные программы и занимают первые полосы прессы.

27 октября 2021 г. с помощью компьютерных изображений (CGI) своего рода голограмма *T. rex* выступила на Генеральной Ассамблее ООН, заполненной дипломатами и представителями правительств, чтобы призвать мировые правительства прекратить субсидирование энергетических компаний, работающих на ископаемом топливе. ² "Не выбирайте вымирание", - сказал дружелюбный динозавр. "Нашим был метеорит".

Примерно в то же время, когда колумбийский мальчик Франсиско Вера выступал перед сенаторами своей страны, Эльза, девушка-трансгендер из Эстремадуры, сделала это в Парламенте Эстремадуры, где на глазах у собравшихся она призвала представителей "не позволять никому отнимать наше счастье". Эльза дала, согласно заголовку цифровой газеты *El Confidencial*, "урок политикам". ³ Счастье - это именно то, что, как считают многие взрослые люди, которые "отделяются", было отнято у них, когда их представители позволили им принять фармакологическое лечение или операцию, чтобы решить проблему транссексуальности, которая была лишь кажущейся. ⁴

Иногда взрослые до крайности инфантилизируют свое поведение на политических форумах. И они делают это даже в таких торжественных, решающих и критических обстоятельствах, как избирательный процесс, вплоть до того, что приходят на место дебатов переодетыми. Именно это произошло 29 июля 2021 года, когда

Избранные избиратели Чили Кристоаль Андраде и Джованна Грандон пришли на сессию Конституционного собрания в костюмах синего динозавра и Пикачу соответственно (Грандон, на самом деле, сделала этот костюм своей визитной карточкой во время избирательной кампании в Конституционное собрание, что принесло ей огромную популярность и избрание в качестве избирателя). Его целью, по их словам, было символизировать, что "народ и 18 октября находятся внутри Конвенции". ⁵ В свою очередь, избиратель Николас Нуньес, стремясь "деформализовать пространство власти", 26 октября 2021 года вышел на трибуну с гитарой наготове и обратился к участникам Конвенции, исполнив песню, в которой были такие слова: "Я - избиратель, чилиец африканского происхождения, я - избиратель [...], преступник - президент". ⁶ На сессии 3 мая 2022 года Нуньес попытался воспользоваться своим правом голоса телематически, громким голосом, пока принимал душ. ⁷

В конце сентября 2021 года испанское правительство объявило. создание своего рода "Совета министров" для детей и подростков - Государственного совета по участию детей и подростков (CEPIA), ⁸ который после сдержанного объявления о приеме заявок (было получено 136 заявок со всей Испании для избрания 34 членов в возрасте от десяти до семнадцати лет) собрался в первый и единственный раз 9 декабря 2021 года. ⁹ С тех пор нет никаких сведений о конкретном содержании инициатив, предложений или рекомендаций, с которыми дети могли обращаться в административные органы, что является одной из важнейших функций DSA, регулирующих его создание и работу, как нет и записей об отчете о его деятельности, который, в соответствии с указанными правилами, он должен составлять в течение первой половины года из каждый год. Но, из новый, занятый а несколько несколько несколько.

новостные программы, *сообщения* в социальных сетях и более одного ток-шоу на радио.

Это прославление детей на публичном форуме, их способности влиять на политические действия, шизофренически контрастирует с тем, как с детьми обращались и обращаются институты власти. Так, аргентинская судья по семейным делам Мариана Хосефина Рей Галиндо, которой в феврале 2020 года пришлось разрешать спор о праве отцовства над несовершеннолетним в штате Тукуман, не только защитила беспрецедентную с юридической точки зрения возможность несовершеннолетнего иметь двух родителей, зарегистрированных таким образом, но и включила в свой приговор несколько пунктов в форме "послания" к несовершеннолетнему, своего рода мета-повествования, для которого она также изменила шрифт, стремясь к большему соучастию и близости с ребенком. Он обратился к ней в следующих выражениях:

Джули, Вы правы, когда говорите: "Вы не хотите выбирать между двумя своими отцами". Вы имеете право оставить обоих - папу Роберто и папу Хорхе. Вы также правы в том, что не позволяете взрослым - и я восхищаюсь такой смелостью - требовать такого выбора. Здесь нечего выбирать. Вам не нужно выбирать между Хорхе и Роберто. Потому что, судя по тому, о чем мы говорили и что Вы мне сообщили, Вы чувствуете, что они оба - Ваши отцы. Вот, это самое главное. И именно так я напишу это в данном предложении.

Судья "попрощалась" с Джули, пригласив ее "поболтать" с ней: "Для этого Вы можете прийти в суд, здесь, в Монтеросе, в любой день утром, или, если хотите, Вы можете сообщить мне, и я поеду в Амайчу, чтобы объяснить все, что здесь написано, а Вы можете сказать мне, что Вы думаете [...]. Другой вариант - Вы можете позвонить мне на мой мобильный телефон, я дам его Вам здесь. ¹⁰

В еще более драматических обстоятельствах, тех, которые оправдывают объявленное в Испании в 2020 году состояние тревоги и введение всеобщего заключения - населения - сделать фронт - .

Пандемия COVID-19, Пабло Иглесиас, тогдашний вице-президент правительства, выступил на пресс-конференции, чтобы объяснить ограничения, наложенные на несовершеннолетних: "[...] детям разрешено бегать, прыгать, заниматься спортом [...], они могут выходить на улицу со своими игрушками, с мячом, с самокатом, но они не могут пользоваться местами общего пользования, предотвратить распространение вируса".¹¹ Если не в "местах общего пользования"... где они могут кататься на самокате или играть в мяч? Со временем мы поняли, насколько пагубными для испанских детей были эти ограничения, аналогов которым в мире практически нет, но затем мы также почувствовали и подтвердили чрезвычайную сложность преодоления противоречивых правительственных предписаний.

Дети могут опередить свою зрелость, когда речь идет о том, чтобы быть услышанными и выслушанными по важным и сложным вопросам, но в то же возраст молодежи можно "растянуть", чтобы молодые люди могли воспользоваться ресурсами социального и демократического государства, управляемого верховенством закона: например, "бесплатный" "государственный" лагерь для "транс-молодежи", субсидируемый Институтом молодежи (Министерство социальных прав и Повестки дня на 2030 год), который включает "программу мероприятий, направленных на борьбу с интроверсией, застенчивостью и неуверенностью в себе, а также на развитие социальных навыков посредством общения, взаимодействия и расширения возможностей". Все это станет возможным благодаря конференциям, семинарам, динамике, просмотру документальных фильмов, играм и выставкам", в которых примут участие люди от.... до 30 лет! до тридцати лет!¹² Также до тридцати лет молодые испанцы смогут пользоваться проездным Interrail, субсидируемым на 50%, чтобы путешествовать на поездах по Европе, согласно заявлению, сделанному президентом

правительство в преддверии муниципальных выборов 28 мая 2023 года. ¹³

Добавьте к вышеперечисленному списку институциональной и политической шизофрении преобладающее правовое отношение к тем, кого когда-то называли "людьми с психическими отклонениями" или "умственно отсталыми".

"Умственно отсталые", сегодня "нейроразнообразные", которые больше не могут, за редким исключением, быть недееспособными в абсолютном порядке, благодаря революционной реформе гражданского и процессуального законодательства, проведенной Законом 8/2021 от 2 июня об инвалидности; ¹⁴ юридическое освящение так называемой "социальной модели инвалидности", парадигмы, которая придет на смену так называемой "медицинской модели".

Некоторые ученые отмечают, что социальная модель - это одно из ответвлений триумфа движения за гражданские права женщин и расовых меньшинств, возникшего в конце 1950-х годов. Подобный эффект пульсации мог бы охватить людей с ограниченными возможностями следующим образом: трудности, с которыми они сталкиваются в развитии в качестве моральных агентов, их "отличие", связаны скорее с институциональным или социальным дизайном, чем с существованием

"аномалия", "аномалия", "неисправность", "дефект" или "недостаток".

о "болезнь" которая на
индивиды страдают". ¹⁵ Социальная модель основана на

этом теоретическом фундаменте. В области психического здоровья

Общий законопроект о психическом здоровье, который был представлен

Конфедеральной парламентской группой Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común 10 сентября 2021 года, развивает эту парадигму, указывая на "модель общества" как на один из определяющих факторов "болезни".

инвалидность или психическое заболевание. Риторика пояснительной записки к законопроекту не может быть более показательной:

"...] распространение индивидуалистических дискурсов, сосредоточенных на требовании к себе и индивидуальной гиперответственности, игнорирующих социальные причины и структуры, способствует возникновению общества усталости, в котором люди становятся предпринимателями самих себя, как диагностировали некоторые современные философы. Это создает контекст социального нездоровья, который способствует распространению проблем с психическим здоровьем". Законопроект также углубляется в "антибиологизм" и необходимость внедрения *"исследований от первого лица и производства знаний, основанных на опыте людей, которые пользуются услугами в области психического здоровья"*. ¹⁶

Чтобы глубже изучить последствия социальной модели инвалидности, давайте рассмотрим случай физической инвалидности, а именно факт слепоты, глухоты или ограничения возможности стоять из-за параплегии. Неспособность видеть, слышать или ходить препятствует удовлетворению интересов или потребностей человека не *потому, что у него есть недостаток или инвалидность*, а *потому, что социальная жизнь устроена* таким образом, что альтернативные, не свойственные большинству способы сенсорной жизни или перемещения в пространстве невозможны. Согласно этой социальной модели, и если взять в качестве примера знаменитого музыканта Стиви Уандера, страдающего врожденной слепотой, мы должны говорить не о том, что "он не может водить машину, *потому что он слепой*", а о том, что "он не может водить машину, *потому что дорожное движение в автомобилях не приспособлено для таких людей, как он*". Таким образом, "нормальность" компьютеров с экранами или симфонических оркестров имеет отношение к статистике, утверждают сторонники социальной модели, поскольку большинство из нас могут видеть и слышать с помощью своих органов чувств.

зрения и слуха, соответственно. Говоря словами Агустины Паласиос и Хавьера Романьяча (в книге *"El modelo de la diversidad"*), которые стоит перевести полностью:

Женщины и мужчины с функциональным разнообразием имеют отношение к обществам, которые, будучи по своей сути несовершенными, создали модель совершенства, к которой не имеет доступа ни один их конкретный член, и которая определяет способ существования физически, сенсорно или психологически, а также правила социального функционирования. И [...] эта модель связана с представлениями о совершенстве и "нормальности", установленными широким сектором, обладающим властью, и концепцией чисто количественного большинства"¹⁷.

В этом смысле Стиви Уандер и все те, кто претендует на роль "(18) Сторонники "социальной модели" утверждают, кроме того, социальный капитал, которым обладают инвалиды благодаря своему "разнообразному" состоянию, и модель "независимой жизни", которая отказывается от патернализма, с которым классическое *государство всеобщего благосостояния* подходило к "инвалидности" или "неполноценности".¹⁹ Героические примеры, такие как пример студента-первопроходца из Беркли Эда Робертса (первого американского студента, который смог закончить университет, преодолев трудности передвижения по кампусу в инвалидном кресле), или опыт "Лагеря Дженед", в котором летом начала 1970-х гг. жили инвалиды и американская молодежь, помещенная в учреждения.⁽²⁰⁾ часто упоминаются теми, кто защищает эту социальную модель и набор институциональных и социально-экономических изменений, которые влечет за собой принятие такой парадигмы; изменения, которые на жаргоне, укоренившемся в этом секторе правовой системы, называются "разумными поправками", и которые также касаются, но совершенно иным образом, социальной модели и комплекса институциональных и социально-экономических изменений, которые влечет за собой принятие такой парадигмы.

Право на образование через приверженность так называемому "инклюзивному образованию". Давайте проверим это...

26 февраля 2019 года профессор Игнасио Кальдерон Альмендрос выступил в качестве эксперта по педагогике в Комиссии по комплексной политике в области инвалидности Конгресса депутатов Испании, чтобы рассказать об инклюзивном образовании. Вот как он его определил:

То, что называют инклюзивным образованием, - это образование для всех. А образование - это фундаментальное право человека, которое, после ратификации Конвенции о правах инвалидов в 2008 году, должно быть у всех учащихся. Иными словами, образование, которое теперь избавилось от прилагательного "инклюзивное", обязано поставить под сомнение модель школы, которая систематически отказывает в правах человека всем нашим детям. И я говорю "всем": тем, кто исключен из основного образования, а также остальным, которые учатся быть исключенными. Я должен настаивать: речь идет о правах человека с большой буквы, которые продолжают нарушаться и которые должны соблюдаться как моральный долг и императив.

легальный.²¹

Я также настаиваю: по мнению профессора Кальдерона, права человека массово нарушаются в любой системе образования, в которой, как это происходит в Испании, с определенного момента, когда несовершеннолетний в силу своего состояния не может следовать регулярной и запрограммированной учебной деятельности в соответствии с действующим образовательным законодательством, его изолируют, чтобы о нем заботились более персонализированно в другом центре. "Разумное приспособление", как считается, заключается именно в таком обучении в специальном образовательном центре. То, что мы называем инвалидностью, - сказал Кальдерон в 2018 году, - является вопросом власти [и, следовательно, социальным], хотя в школах это все еще рассматривается как биологическая и индивидуальная реальность".²² Для остальных

Кальдерон отмечает, что инклюзия также имеет ценный воспитательный эффект жизни в условиях разнообразия. Он настаивает: "Мы имеем дело с правами человека, всеобщим правом на образование, провозглашенным в статье 26 Декларации прав человека, которое Испания нарушает почти семьдесят лет спустя. Декларация получила ограничительное прочтение, согласно которому некоторые дети не вписываются в нее. Или, говоря иначе: социальной группе отказано во включении в категорию людей. И поскольку речь идет о правах человека, у нас есть моральное обязательство и юридический императив обеспечить, чтобы все наши школы были предназначены для всех учеников". ²³

Однако с этой сегрегацией согласны тысячи родителей детей с "функциональным разнообразием", которые воочию наблюдают биологическую реальность своего ребенка. В том числе потому, что они первыми предполагают и подтверждают, что их дети не принадлежат к "какой-либо социальной группе"; они предполагают, что глухой, слепой или ребенок с синдромом Уильямса имеет образовательные потребности, которые полностью отличаются от внимания, стимулов и заботы, необходимых Паулине, дочери известного писателя Пако Бескоса, ²⁴ или Эшли, ребенку с "умственным возрастом" трехмесячного младенца, родившегося в 1997 году, чье "лечение" вызвало бурные споры в американском научном и биоэтическом сообществе. ²⁵ Короче говоря, включение, за которое выступает Кальдерон, может представлять собой очень "неразумное приспособление".

Однако такая сегрегация, которая может быть оправдана тем, что более специализированное образование является наилучшей гарантией "права человека на образование" для тех, кто по объективно диагностируемым причинам "дисфункциональности" нуждается в нем, ⁽²⁶⁾ может иметь

дни сочтены. Органический закон 3/2020 от 29 декабря, изменяющий Закон 2/2006 от 3 мая об образовании, широко известный как LOMLOE, в своем пояснительном меморандуме настаивает на праве на инклюзивное образование как на праве человека и предвидит десятилетнюю перспективу, когда "специальное образование" перестанет существовать.

²⁷

Эти институциональные положения не только являются примером одной из патологий упрощенного рационализма, которую философ Густаво Буэно назвал "мышлением Алисы", ²⁸ но и могут идти вразрез с интересами и потребностями тех, кого затрагивают права человека, на которые ссылаются вышеупомянутые институциональные положения и которые они призваны защищать.

Конвенция о правах инвалидов, принятая в Нью-Йорке в 2006 году, а также Замечание общего порядка 1, выпущенное Комитетом по правам инвалидов в 2014 году, являются наиболее значимыми правовыми документами, воплощающими эту "социальную" или "конструктивистскую" концепцию инвалидности. Так, статья 9 Конвенции устанавливает обязательство доступности, чтобы инвалиды могли вести независимую и жизнь, а статья

12 обязывает государства признать, что "инвалиды обладают правоспособностью наравне с другими во всех аспектах жизни", и обеспечить их право "владеть и наследовать имущество, контролировать свои финансовые дела и иметь равный доступ к банковским кредитам, ипотеке и другим формам кредитования финансовых, и [чтобы обеспечить] , что люди с

Комитет также призывает к тому, чтобы "поддержка в принятии решений" для людей с ограниченными возможностями была "уважительной к правам, желаниям и предпочтениям человека", свободной от конфликта интересов и "неправомерного влияния", а также соразмерной и учитывающей обстоятельства человека.

Это положение вызвало максималистское прочтение, согласно которому любая возможность замены принятия решений для людей с очень тяжелыми когнитивными или психическими нарушениями была исключена. Устоявшееся в гражданском праве различие между правоспособностью - способностью действовать - и дееспособностью - способностью действовать от своего имени в юридических сделках, т.е. осуществлять свои права - ушло в прошлое: традиционная опека и представительство на основе объективных интересов доверителя были практически заменены режимом "поддержки", который опирается на институт .

"опекунство". ²⁹ Вот почему такие страны, как Австралия, Норвегия, Нидерланды и Канада, не обделенные авторитетом в области соблюдения прав человека, сформулировали явные оговорки к Статье 12, когда ратифицировали Конвенцию. Но не так в Испании, где получила распространение идея о том, что в любом случае на карту поставлено уважение "воли" инвалида, который, в общем-то, должен сам принимать "собственные решения". Опять же, "вопрос прав человека", говорится в преамбуле Закона 8/2021. ³⁰

И на случай, если останутся какие-то сомнения, в 2014 году Комитет по правам инвалидов выпустил вышеупомянутый комментарий общего порядка № 1, который призван разъяснить дух вышеупомянутой статьи 12.

что оговорки и "опасения" вышеупомянутых стран были небезосновательны: Комитет без особой неохоты принял социальную модель инвалидности, когда она также относится психической или ментальной, что является применением принципа "единства концепции инвалидности", вызывающим серьезные возражения;³¹ вплоть до того, что, как отмечают такие авторитетные специалисты в области психического здоровья, как Пол Аппельбаум, реализация замечания № 1 может в итоге навредить именно тем, кого она призвана защитить.³²

То, что мы могли бы назвать "традиционным вмешательством" в жизнь человека с ограниченными возможностями, которое теперь прекращено, основывалось на трех столпах: лишение или юридическое ограничение его способности действовать посредством судебного контроля, замещающее представление воли представляемого лица и наилучшие интересы человека как критерий для подчинения такому вмешательству. Это, как объяснил Макарио Алемани, оправданная форма патернализма, ничем не отличающаяся от той, которая применяется в отношении несовершеннолетних.³³ На самом деле, очень трудно понять, что несовершеннолетние, обладающие компетенцией и интеллектуальными способностями, очевидно, намного превосходящими способности взрослых, и страдающие тяжелыми когнитивными нарушениями, продолжают не иметь возможностей последних или подвергаются формам опеки, которые на практике аннулируют или значительно ограничивают их волю. Приведем лишь один пример: согласно Органическому закону 2/2018 от 5 декабря о реформе Органического закона об общей избирательной системе - закону, который не собрал ни одного голоса против в испанском парламенте, - теперь можно ввести новый закон об избирательном праве.

-, гарантируется избирательное право активного голоса любому человеку старше лет.

восемнадцати лет, независимо от их инвалидности и включая тех, кто ранее был лишен возможности осуществлять право голосовать по решению судебной инстанции.

недееспособность. На всеобщих выборах, состоявшихся 28 апреля 2019 года, более ста тысяч человек, находившихся в такой ситуации недееспособности, смогли проголосовать. Однако на муниципальных выборах, которые состоялись вскоре после этого, 26 мая 2019 года, женщина, которую в СМИ называют Сонсолес, была избрана членом избирательного участка. У Сонсолес диагностирована инвалидность в 90% случаев, она не говорит и не может взаимодействовать. Родители, которые заботились о ней и пришли с ней на избирательный участок, чтобы извиниться, были обеспокоены тем, что Центральная избирательная комиссия не применит санкций.³⁴ Сонсолес может голосовать и быть членом избирательного участка, но несовершеннолетние, которые учат нас экологическому переходу, которых мы "сопровождаем" в принятии решения о введении пубертатных блокаторов и гормонов в процессе изменения пола, или те, кого вызывают в Государственный совет по участию детей и подростков, вообще не имеют права голоса.

Социальная модель, на мой взгляд, не может заменить клиническую или медицинскую характеристику инвалидности; или же она не может этого сделать, если это не будет стоить жертв большого количества устоявшихся интуиций, институтов и практик, которые предполагают, что инвалидность - это несчастье, нежелательное внутреннее состояние, ухудшающее качество жизни человека. Инвалидность можно понимать как форму "хронической потери здоровья", и мало кто сомневается, что мы должны бороться с болезнью и выступать за восстановление здоровья; в той мере, в какой средства борьбы с ней - в частности, здравоохранение - являются частью субъективного права, которое считается фундаментальным или основополагающим само по себе.

человек. Клинические ресурсы всех видов используются для того, чтобы попытаться восстановить подвижность человека, попавшего в аварию; пилокарпин назначается больным глаукомой, чтобы предотвратить слепоту; антибиотики прописываются больным отитом, чтобы предотвратить перфорацию барабанной перепонки, которая сделает их глухими. Аборт разрешается, если у плода обнаружен порок развития, который доказывает, что эта аномалия не является "другим способом существования", что мы не говорим об этнической принадлежности или сексуальном состоянии. Какой смысл имеет диагностика генетическая преимплантационная под диагнозом.

"Совершает ли подавляющее граждан и учреждений коллективную ошибку, отмечая, поддерживая и оплачивая фундаментальные исследования, которые помогут устранить такие врожденные заболевания, как spina bifida, кистозный фиброз, хорея Хантингтона и все генетически обусловленные психические патологии, такие как сама шизофрения?

И, наконец, давайте рассмотрим предположения о практике эвтаназии, которая теперь не только разрешена и гарантирована в Испании как медицинская услуга в соответствии с Органическим законом о регулировании эвтаназии (LORE), ³⁵ но и закреплена в качестве "фундаментального права". ³⁶ Так, Статья 5.2 LORE гласит, что согласие пациента не требуется в тех случаях, когда врач подтверждает, что пациент не может "в полной мере пользоваться своими способностями" и что у него есть

"В таких случаях оказание помощи при смерти может быть облегчено в соответствии с положениями указанного документа". Более того, Статья 9 устанавливает, что в таких случаях "ответственный врач обязан применить предусмотренные в предыдущих инструкциях или

эквивалентный документ". Мы должны предположить, что это будет сделано даже вопреки его нынешнему желанию продолжать жить.

Таким образом, предварительные распоряжения предполагают, что человек привязывает себя к мачте, подобно Одиссею в "Одиссее" Гомера, приказывая членам своей команды (в будущем это будут врачи) игнорировать его последующие мольбы о том, чтобы его отвязали. В нашем случае тот, кто предвидит свою эвтаназию, приказывает, чтобы к его будущим желаниям жить не прислушивались, поскольку он не делает этого в условиях полной дееспособности. Это признал Конституционный суд, когда подтвердил конституционность LORE, определив документ о предварительных директивах как "[...] инструмент, призванный гарантировать уважение автономии личности, позволяя пациенту влиять на будущие медицинские решения и помогая медицинским работникам принять альтернативу, *наиболее уважающую его волю, когда он не в состоянии принимать решения самостоятельно*" (курсив мой). А в ответ на утверждение политической партии Vox - которая оспаривала конституционность LORE - о том, что документ о предварительных директивах может противоречить фактической воле пациента, Конституционный суд отмечает, что это явно не соответствует действительности, учитывая, что "такая ситуация возникает именно тогда, когда пациент не в полной мере пользуется своими способностями и не может дать свое свободное, добровольное и осознанное согласие на подачу запросов". Конституционный суд также считает, что "положительная оценка человека [...] - это вопрос факта, который должен быть изучен и определен в соответствии с критериями и руководящими принципами медицинской науки и опыта [...]" ³⁷.

Иными словами, то же самое государство, которое провозглашает и принимает на себя почти без
"Социальная" модель инвалидности, которая не допускает

Замена воли, но механизмы "поддержки" волеизъявления инвалида, в то же время защищают приоритет прошлой воли, поскольку она была дана в условиях полной дееспособности; даже если это означает прекращение жизни человека (и всегда в зависимости от того, что определит медицинская наука). Если люди, которые сегодня считаются психически недееспособными, смогли разработать свою "будущую поддержку", то это потому, что в этом будущем их воля, включая волю к продолжению жизни, будет недооценена, чтобы ею можно было пренебречь. Не существует упреждающей поддержки при психической инвалидности без признания того, что психически неполноценные люди не могут реализовать свою автономию в будущем. Другими словами, институт заблаговременных директив является логическим требованием данной модели.

⁽³⁸⁾ И снова проявляется шизофреническая вспышка в правовом и институциональном отношении к реальности, приводящая к распространению нормативных несоответствий, которые серьезно заражают правовую систему в целом.

Как я уже говорил, значительная часть этих тревожных несоответствий и пагубных последствий, порожденных этой социальной моделью, является результатом "унификации" понятия инвалидности с включением в него психических расстройств; экстравагантное возрождение антипсихиатрического движения, которое приводит к утверждению, что подмена воли людей, страдающих психическими заболеваниями, является формой дискриминации, аналогичной той, которой подвергаются женщины или представители этнических или расовых меньшинств. Но, на мой взгляд, это также является следствием того, что "философия" движения за права инвалидов, которая подпитывает законодательные реформы, в так называемом "моралистическом заблуждении", т.е. выводе о том, что А (человек с психическими отклонениями) и Б (человек без инвалидности) не имеют одинаковых прав, как А (человек с психическими отклонениями) и Б (человек без инвалидности), т.е. что А (человек с психическими отклонениями) и Б (человек без психических отклонения) не имеют одинаковых прав.

(³⁹) И нет, они не равны в моральных и юридических аспектах.

Под концепцией инвалидности, принятой в социальной модели, кроется, на мой взгляд, очень человеческая целесообразность инфантильного утешения, "мышления Алисы": нежелание признать, что если инвалидности можно было избежать, сохранив личность человека, ⁴⁰ то, что с ним произошло, - это да, несчастье, если не трагедия. Но это, очевидно, не оправдывает того факта, что те, кто пережил трагедию или несчастье инвалидности, не имеют такого же морального статуса, как и любой другой человек, с точки зрения своих самых основных прав. Это не требует отступления от "принципа реальности", который означает, что может существовать оправданная дискриминация между теми, кто обладает определенными способностями, необходимыми для выполнения определенной роли или получения определенных благ, и теми, кто ими не обладает.

То, что я называю "ясельным государством", побуждает государственную власть в различных ее проявлениях и воплощениях скрывать реальность и последствия, которые влекут за собой некоторые виды инвалидности, но делать это внутренне непоследовательно: относиться к несовершеннолетним как к взрослым, но только символически, а вместо этого фактически рассматривать всех граждан как несовершеннолетних, врожденно беспомощных, неспособных противостоять реальности. В государстве-детском саду принцип реальности постоянно игнорируется, хотя инфантилизация становится особенно заметной при защите, выдвижении или формулировании экономической политики.

о чем идет речь. Достаточно одного примера. На пике так называемого Во время "второй волны" пандемии COVID-19, когда ВВП Испании падал до показателей, не виданных со времен окончания Гражданской войны, и когда правительство стремилось принять так называемый "восстановительный" бюджет, управляющий Банком Испании Пабло Эрнандес де Кос выступил в Бюджетном комитете Конгресса депутатов, чтобы, среди прочего, заявить, что правительство неразумно представило проект бюджета, предусматривающий повышение зарплат государственных служащих на 0,9%, учитывая катастрофическое положение испанской экономики, среди прочего, отметить неосмотрительность представления правительством проекта бюджета, предусматривающего повышение зарплат государственных служащих на 0,9%, учитывая бедственное положение экономики и мрачные прогнозы по увеличению государственного долга. В этом контексте член парламента от партии Junts per Catalunya Ферран Бель отметил, что это уместное предупреждение, добавив: "[...] Я знаю, что это не очень популистский подход (*sic*), поэтому управляющий Банка Испании может себе это позволить, но я не знаю, могут ли это позволить остальные группы [...]".

На случай, если останутся сомнения, Тксема Гийарро, член Европейского парламента, сказал

Губернатор разошелся, когда раскритиковал губернатора за осторожность в вопросах повышения зарплат и пенсий, причем сделал это в следующих выражениях:

Экономика должна рассматриваться как услуга людям. Люди - это конечная цель, которой подчиняется экономическая дисциплина, а не наоборот [...]. Цель состоит в том, чтобы иметь возможность повышать зарплаты пенсионерам и государственным служащим [...], мы должны сначала определить цели и приоритеты, а затем смотреть на средства [...], цель этих Общих государственных бюджетов не в том, чтобы сбалансировать какие-то цифры, не в том, чтобы быть верным определенным математическим принципам, которые также понимаются инструментально для них, но конечная цель - спасти людей, обеспечить испанцам лучшие жизненные перспективы, потому что это, в конце концов, патриотизм. ⁴¹

Политические партии не могут позволить себе не быть популистскими (или популярными), т.е. брать на себя, защищать и проводить политику для взрослых. Перефразируя "логику Юнкера", можно сказать, что они не знают, как это сделать и победить на выборах ⁽⁴²⁾.

Государство детского сада также демонстрирует некоторые отличительные нормативные и институциональные особенности, которые я собираюсь рассмотреть ниже.

Ранее я уже отмечал, что в таком состоянии граждане врожденно беспомощны; поэтому ну, также результат.

"Административная и законодательная консолидация".

Публичное право предоставляет государственным органам разнообразные и хорошо известные способы удовлетворения, компенсации, исправления или помощи пострадавшему гражданину, чьи интересы или потребности были ущемлены: всевозможные экономические льготы, компенсации, уступки, лицензии, вычеты, возвраты, скидки и т.д. К этому списку добавились новые формы "утешения" для граждан, которых можно назвать "уязвимыми", "ненавистными" или каким-либо другим образом

"Жертвы". Социальное и демократическое правовое государство, каким, согласно Конституции, является испанское государство в Статье 1, теперь предстает как социальное, демократическое, *драматическое и театрализованное* правовое государство.

Как я уже анализировал в первой главе, наш законодатель в значительной степени отошел от задачи регулирования поведения с целью разрешения конфликтов или проблем сотрудничества и стал радикально и фундаментально "экспрессивным" в самых разных областях. Более того, в некоторых из них эта мутация превращается в нечто изощренно извращенное: социальное несчастье придумывается государственными органами, недовольство институционально конструируется, чтобы затем развернуть

грозный бюрократический аппарат на различных административных уровнях, который направляет - хотя никогда не решает полностью, а иногда даже частично - жалобы жертв, обиженных или неудовлетворенных в своих интересах или претензиях. Законодатель, опять же перефразируя Даниэля Гаскона, чувствует себя хорошо, утешая гражданина; не того, кто был ранее обижен, а того, кто в первую очередь помог ему создать и представить себя в качестве такового. Именно этому механизму на я называю

"Бюрократия утешения". Государство-детский сад предлагает обещание решения проблем, которые раздувают отягчающую социальную реальность, построенную на основе его законодательного закрепления. Закон становится "перформативом" конфликта, который он в то же время призван разрешить, а государство - "государством-удовлетворителем".

Ниже я подробно рассказываю об этом.

Давайте еще раз рассмотрим случай с детьми, поскольку, возможно, именно в Органическом законе 8/2021 от 4 июня о комплексной защите детей и подростков от насилия был реализован один из самых значительных механизмов, о котором я говорил выше. Его статья 3 а) устанавливает в качестве одной из целей закона: "Гарантировать осуществление информационно-просветительских мер по отказу от всех видов насилия в отношении детей и подростков [...] и их искоренению". Еще раз отметим, что мы имеем дело не с регулированием поведения ("физическое наказание несовершеннолетних запрещено" или "физическое наказание несовершеннолетних разрешено при обстоятельствах X и Y"), а с пяти желательных действий: гарантировать (1) осуществлять (2) информировать (3) Откажитесь от (4) и удалите (5) из X. Кто-то может спросить: как

Может ли бунтарь, который полностью намерен это сделать, нарушить это правило?

Кроме того, прочтение закона выявляет подозрения в отношении обращения с детьми в Испании, которые питает сам законодатель - т.е. правительство, ответственное за продвижение законодательных мер, - в отношении их повседневной эксплуатации и жестокого обращения, а также в отношении предполагаемого состояния всех испанских детей как жертв всех видов насилия, что не лишено парадоксов. В проекте перечислены все мыслимые формы насилия; Статья 1.2 гласит: "В любом случае под насилием понимается физическое, психологическое или эмоциональное насилие, физическое, унижительное или унижающее достоинство наказание, пренебрежение или небрежное обращение, угрозы, оскорбления и клевета, эксплуатация, включая сексуальное насилие, коррупция, детская порнография, проституция, школьная травля, сексуальные домогательства, кибербуллинг, гендерное насилие, калечащие операции на половых органах, торговля людьми в любых целях, принудительные браки, детские браки, незапрашиваемый доступ к порнографии, сексуальное вымогательство, публичное распространение частных данных, а также наличие *любого насильственного поведения в их семейном окружении*" (курсив мой). Таким образом, дело не в том, что правовой инструмент стремится положить конец проблеме или реальности, ранее обозначенной как благополучие детей, подобно тому, как рыбак использует сеть, чтобы поймать как можно больше рыбы; скорее, кажется, что сам закон своими концептуализациями делает хроническое и общее явление, которое всегда будет актуальным и критическим, и для которого никогда не будет достаточно мер. Тогда это будет "рыболовная сеть", которая породит "рыбу", а вместе с ней и вечное недовольство, которое, в свою очередь, будет оправданно питать осуществление власти (или ее завоевание), чтобы "все изменить". Таким образом, если в законе о

Сексуальные и репродуктивные права, менструальный отпуск представляются как большое достижение, но в конечном итоге (и это разумно, и как это уже происходило) ⁴³ именно врачи будут определять степень нетрудоспособности, мы откроем дверь для будущих случаев отказа в медицинском отпуске и сможем апеллировать к форме "менструального насилия", которая потребует новых и более радикальных законодательных актов, в которых мы снова и в высокой форме будем призывать к трансформации этой угнетающей юридически-институциональной реальности.

Давайте продолжим.

Так называемые "преступления на почве ненависти" введены в Уголовный кодекс, так что практически любой человек может стать объектом преступной ненависти или быть пассивным субъектом прямого или косвенного поощрения, подстрекательства или подстрекательства к ненависти. ⁴⁴ Официальная статистика Министерства внутренних дел за 2019 и 2020 годы не показывает роста числа таких преступлений, но появляются официальные исследования, которые показывают, что о таком поведении не сообщается, а это значит, что такая ситуация "Заниженная декларация" позволит публичному дискурсу с полной свободой использовать процентное соотношение - порой ошеломляющее - от

"жертвы" или "выжившие", которые ни в коем случае не будут сопровождаться уточнением "предполагаемые". Понятие жертвы полностью отделено от процедуры, инициированной "жалобой" или "заявлением"; процесса, в котором при соблюдении основных гарантий тех, кто является подследственным или обвиняемым, после оценки с желанием быть беспристрастным и при наличии противоречий между сторонами, выносится решение, которое обычно может быть обжаловано в вышестоящих инстанциях . Ese Ese

Разделение "жертва-процесс" происходит потому, что более или менее тонким образом возникает недоверие к тем самым механизмам, которыми наделено верховенство закона и которые неэффективны при *драматическом* верховенстве закона. Таким образом, мы видим, как государство, исходя из своих институтов, не доверяет самому себе.

Как еще можно интерпретировать Постановление Государственного секретаря по вопросам равенства и борьбы с гендерным насилием от 2 декабря 2021 г., которое публикует Соглашение Отраслевой конференции по вопросам равенства от 11 ноября 2021 г. об аккредитации ситуаций, связанных с гендерным насилием? ⁴⁵ Согласно этой резолюции, такая административная аккредитация может быть предоставлена женщинам, которые участвуют в некоторых этапах судебной процедуры, а также "жертвам, которые находятся в процессе принятия решения о подаче заявления", "жертвам, в отношении которых судебная процедура была закрыта или прекращена" или, вбивая последний гвоздь в гроб правового государства, "жертвам процедуры, завершившейся оправдательным приговором, или любого другого дела, в котором существование насилия не было признано доказанным" [Статья 2]. Тот, кто был оправдан в результате применения процедуры со всеми гарантиями, может "административным агрессором", если только не считать - и этого не следует исключать - что в административном порядке могут быть жертвы - и не природных катастроф - без виновных ⁽⁴⁶⁾.

Временами это утверждение звучит недвусмысленно. Городской совет Валенсия уже два года пытается принять "указ о сосуществовании граждан", который призван наложить санкции даже на 3 000 евро за поведение, представляющее собой "действия против достоинства ", что включает в себя "молчание при соучастии". ⁴⁷ По словам ответственного советника, необходимость этого местного постановления обоснована тем, что: "О многих видах агрессии не сообщается, поскольку они не являются

Если они представляют собой преступление, судья не будет их слушать. С помощью этого постановления мы собираемся создать структуру, которая укрепит права и свободы валенсийцев". С этой целью было создано Управление по борьбе с дискриминацией и преступлениями на почве ненависти, задача которого - вновь положить конец "занижению уровня информированности", то есть, продолжает мэр: "[...] жертвы будут информированы о своих правах и будут бороться с недоверием к результату рассмотрения жалобы, страхом возможной мести, ситуацией социальной изоляции или страхом не получить решительного ответа на жалобу".

Что ж, ситуация "недоучета", зарегистрированная административно, имеет парадоксальный характер, ⁴⁸ и, более того, она может означать регресс до бесконечности: валенсийцы, которые также испытывают недоверие к Управлению по борьбе с дискриминацией и против правонарушений ненависти, регистрируют как как. Поэтому "инфра-жалобщикам" инфра-жалоб понадобится еще одно ведомство или административный орган, в который они смогут обратиться со своей "инфра-жалобой". И так далее.

Очевидно, что при глубоком внедрении и в свете неформальных практик и установок правовая и институциональная система может разрушить законные ожидания граждан в отношении возмещения ущерба; она может сделать закон мертвой буквой для (предполагаемых) жертв. Но дьявол кроется в деталях: как охарактеризовать "Как характеризуется преступник, что должно произойти, чтобы можно было говорить о том, что "сексуальные преступники остаются безнаказанными"?

Последнее - это риторика, которая подстегнула защиту закона "только да" после того, как, как я описал в начале этого эссе, стало известно о его якобы пагубных последствиях в виде сокращения сроков наказания для сексуальных преступников.

⁴⁹ Защитники закона утверждали в этой связи, что те, кто критиковал эти последствия, из корыстных побуждений не знали о многочисленных механизмах, которые впервые создавались в Испании для " (50) и что настоящей целью закона было положить конец ситуации, в которой "сексуальные преступники никогда не появлялись в полицейском участке или суде". ⁵¹

Грубо говоря, 92% этих агрессоров не попадают в полицейский участок или суд, поскольку только 8% жертв заявляют о них. Об этом говорится в пояснительной записке к Закону и подтверждает собственный правительственный делегат по борьбе с гендерным насилием судья Виктория Розелл, согласно данным Макроисследования по насилию в отношении женщин за 2019 год, подготовленного "государственными Главного поддиректората по информированию, профилактике и изучению гендерного насилия", входящего в состав самой делегации. ⁵² Речь идет об ужесточении осады, о том, чтобы сделать сито более плотным. Этот айсберг, 90 процентов поверхности которого возникло в море безнаказанности, - отмечает правительственный делегат, - демонстрирует факт: когда единственным ответом государства на сексуальное насилие было судебное разбирательство, что привело к таким результатам, женщины не смогли ему доверять". ⁵³ Что ж, в этом "макроопросе", в котором, например, женщин, ставших "жертвами сексуального насилия", спрашивают о причинах, по которым они не сообщили о преступлении, говорится, что 30,5 % утверждают, что "не придают значения тому, что произошло". Таким образом, можно стать жертвой действия, которому не придается никакого значения.

Давайте рассмотрим другой сценарий: какова распространенность ложных сообщений о гендерном насилии? Иными словами, каково число мужчин, ставших жертвами такого поведения? В этом

В этой области власти используют другой параметр, ориентируясь только на количество обвинительных приговоров в уголовном процессе, поэтому их частота постоянно занижается. Говорят, что это обман, поскольку количество ложных обвинений - т.е. окончательных приговоров за преступление ложного обвинения - не достигает даже 0,1%; оно не имеет никакого значения, если верить тому, что можно прочесть не в одном заголовке и услышать не в одном ток-шоу или публичном выступлении. Но спрашивали ли мужчин, оправданных по делам о гендерном насилии, почему они не сообщают о том, что вполне может быть ложным или выгодным обвинением? Учитывали ли они, при каких условиях судья или прокурор решает "вычесть показания" из истца, если они считают, что есть признаки того, что он обвиняет ложно? Что если стандарт для этого очень высок, так что только в случаях вопиющей ложности возбуждаются подобные дела? Существует ли "айсберг", институциональная структура, которая позволяет безнаказанно обвинять женщин в ложном преступлении?

Бюрократическая машина утешения подпитывается агентствами бдительности и контроля под разными названиями, но с одинаковой целью - поддержать пламя обиды, которое обречено никогда не погаснуть, несмотря на то, что соответствующее законодательство Сан-Антонио ставит в качестве цели, например, "искоренение всех форм сексуального насилия".⁵⁴ Мы говорим о подразделениях, службах, отделах по аккредитации уязвимости или статуса жертвы, а также о "секторальных конференциях" (для детей и подростков), "государственных советах" (для участия детей и подростков), "обсерваториях" (для детей), органах или организациях, отвечающих за составление "стратегий", "отчетов" и "стратегий".

"Годовые отчеты", которые часто являются саморефлексией

и самоудовлетворения. В соответствии с этим Законом 20/2022 от 19 октября о демократической памяти учреждаются так называемые "Совет демократической памяти" [статья 57] и "Территориальный совет демократической памяти" [статья 13], ответственные, помимо прочих функций, за составление Плана демократической памяти, а также за создание "Центра демократической памяти", целью которого будет:

"Защита достоинства жертв серьезных нарушений прав человека, произошедших в прошлом в Испании, и продвижение демократической памяти о правах человека и демократических ценностях в рамках всеобщего продвижения принципов истины, справедливости, возмещения ущерба и гарантий неповторения" [статья 58]. В вышеупомянутом "транс-законе" ⁵⁵ создан "Совет по участию лиц ЛГТБИ" [статья 9], а также "Государственная стратегия равного обращения и недискриминации лиц ЛГТБИ" [статья 10]. Приведенный выше список является лишь примерным.

Сантмонианские законы, охватывающие бюрократию комфорта, приняты как "всеобъемлющие" (как я уже отмечал в первой главе) - это способ показать, что законодатель теперь относится к этому явлению очень серьезно. Образование, реклама, бизнес, учреждения, здравоохранение, СМИ..., все и каждый один из тех секторов являются "интегрированы" в регулирование гендерного насилия, детства, сексуальности или транссексуальности, если привести наиболее красноречивые примеры. Вернее, они просто "упоминаются". Законодатель, находящийся в состоянии детского сада, может декларативно, без дальнейших двусмысленностей, заявить, что издаваемый им закон имеет в качестве цели развернуть "эффективную политику", ⁵⁶ которая является

"(57) Что же остается? Эффективен ли он, или его нужно исследовать, чтобы он был эффективным или чтобы он был эффективным? Важно то, что законодатель не только *имеет*, но и *прямо заявляет* о своих добрых намерениях. Это, несмотря на "неэффективность" правила или его провал, всегда позволит ему сказать, что закон был хорошим, даже если он имел плохие или нежелательные последствия, как это произошло в случае с законом о том, что единственное "да" - это "да" (58).

Серьезное законодательство парвуляторного государства включает в себя, по мере необходимости, программы обучения или подготовки "экспертного" персонала в различных областях администрации и гражданского общества. Это, наряду с обязательством составлять планы, аудиты или отчеты о мониторинге, выполнение которых - почти никогда не бывает интуитивным или простым, и которые выпадают на долю "обученных" и

"Планы равенства" в компаниях, тренинги по гендерному насилию в университетах и подобных учреждениях или для администрации, а также аналогичные требования в других областях - это яркое проявление этого порочного механизма, который экономисты называли "*поиском ренты*" или "*рентоискательством*".

Так, в законе о комплексной защите детей, на который я уже ссылался, ⁵⁹ есть глава "Обучение", в которой говорится, что государственные органы будут поощрять и гарантировать специализированное обучение для профессионалов, имеющих регулярный контакт с "несовершеннолетними", которое будет включать, как минимум, "хорошее обращение с детьми и подростками" [статья 5.1 d)]. Разве не было таким? Так ли это? ?

Действительно ли необходимо создать "координатора по вопросам благополучия и защиты учащихся" во всех школах? [Статья 35].

В этих "формациях", навязанных подобным законодательством, очень важное место будет занимать изучение этого сентиментального закона, своего рода самореферентная петля, способствующая приданию блеска и важности законодательному акту, помимо того, что эмпирически можно доказать, что проблема была решена или конфликт был лучше урегулирован. Этот закон о комплексной защите детей также посвящает целый раздел (первый, состоящий из шести статей) провозглашению прав детей и подростков, прав, которые являются непосредственным и неопровержимым уточнением многих других, содержащихся в Конституции или в Конвенции ООН, которую Испания подписала; есть много статей, которые являются не более чем напоминанием администрациям об обязанностях, которые они уже несут по защите детей на различных уровнях и в рамках различных полномочий.

Государство всеобщего благосостояния создало потрясающую бюрократию утешения. В то время, когда писалась эта книга, испанский парламент одобрил инициативу партии Más País о предоставлении двухнедельного отпуска на работе для сопровождения людей, подверженных риску самоубийства - одной из самых серьезных проблем общественного здравоохранения, которая, как отмечает выдвинувшая инициативу партия, приводит к более чем четырем тысячам жертв в год.⁶⁰ Это же государство может в то же время закрепить в качестве основного права помощь самоубийцам в эвтаназийных обстоятельствах, т.е. в обстоятельствах, вызванных психологическими страданиями, которые приводят к суицидальным мыслям, которые будут оправдывать отпуск от

Вопрос в том, не является ли шизофренией сопровождение протосуицидента; возможно, до тех пор, пока ему не помогут совершить самоубийство государственные органы, и ему больше не нужно будет "сопровождать". Не является ли это шизофренией?

Но симптомы этой правовой и институциональной биполярности не заканчиваются на состоянии детского сада. Людям с функциональным разнообразием, а также "нейроразнообразным", как мы видели в начале этой главы, необходимо оказывать всевозможную поддержку, чтобы гарантировать их основные права человека. Некоторые из этих людей даже не могут, как бы ни настаивали сторонники "социальной модели", самостоятельно удовлетворить очень человеческую и базовую потребность: сексуальное желание. Вспомним Эугена Сабау, который умер 23 августа 2023 года в пенитенциарном модуле Консорциума здравоохранения Террасы после эвтаназии, о которой он просил в соответствии с положениями Органического закона о регулировании эвтаназии (LORE). Эуген Сабау страдал от необратимой травмы позвоночника в результате выстрелов, которые он получил при попытке вооруженного ограбления. Несмотря на то, что жертвы, которым он причинил вред своим поступком, потребовали не проводить эвтаназию до суда над ним (поскольку это, по их мнению, нарушало их право на эффективную судебную защиту), и Инструктивный суд №5 Таррагоны, и Провинциальный суд Таррагоны посчитали, что обстоятельство, о котором заявили жертвы (претендент на эвтаназию еще не ответил перед судом), не относится к тем, которые позволяют отказать в просьбе о медицинской помощи для совершения самоубийства. Насколько мы можем судить, и до тех пор, пока Конституционный суд не примет решение по этому вопросу, ни один

"право на истину" или "правосудие или возмещение ущерба" (исключение Факт гражданской ответственности), кажется, стоит на пути любой эвтаназии.

Удовлетворенная просьба Евгения Сабау является следствием его права на самоопределение, как утверждает законодатель и подтверждает Конституционный суд, которое включает в себя умирание и имеет в качестве необходимого коррелята обязательство государства положить конец его жизни. Решение Эугена Сабау не было заподозрено в том, что оно запятнано его зависимостью, отчаянием или уязвимостью; его требование - это не "простое желание, а подлинное право". ⁶¹ Медицинская помощь, физиотерапия, логопедия, гигиена и многие другие аспекты поддержки инвалидов составляют содержание основных прав людей, пострадавших от такой травмы, как у Эугена, или от врожденного заболевания. Но другие потребности - нет.

Такие НПО, как "Сексуальная помощь" с ее инициативой "Твои руки, мои руки", являются посредниками между теми, кто нуждается в помощи для сексуального удовлетворения, такими как Эжен, и так называемыми "сексуальными помощниками", чья деятельность сегодня считается недопустимой формой эксплуатации, грубым оправданием гетеропатриархата. ⁶² Но

Почему это не может быть "разумным приспособлением" для развития его сексуальности? Давайте вспомним: согласно социальной модели, мы должны утверждать, что если Ойген не может мастурбировать, то это не из-за травмы спинного мозга, а потому, что наша правовая система запрещает сексуальную помощь. Инвалиды, такие как Ойген, имеют право на смерть, учитывая их состояние, право на "сопровождение", но не право на секс, потому что (сексуальное) желание остается только этим: (простым) желанием.

На данный момент штат детского сада утешает, сопровождает, убивает..., но не мастурбирует.

Закон и права: инфляционная вселенная

В исследовании о правах при Франко, опубликованном несколько лет назад, Альфонсо Руис Мигель отметил, что во время диктатуры права "были шуткой", поскольку преобладали обязанности; права часто ограничивались или квалифицировались интересами государства или морали, или ограничивались законом или общественным порядком, и, более того, не подлежали контролю со стороны судов ¹.

Эта характеристика, данная Руисом Мигелем, служит для того, чтобы показать, что идеал прав - это требование совокупности ценностей, определенных антропологических предпосылок и особого способа понимания того, как должны быть организованы человеческие сообщества, чтобы быть справедливыми, что в устоявшейся терминологии философии права мы называем "легитимностью" политической власти.

Идеал прав отвечает, прежде всего, индивидуализму морали, это к концепции этики.

"персоналистский", ² согласно которому центр морального вменения - ответственности и заслуг, упрека и награды - является центром морального вменения.

- это индивидуум, а не коллектив; даже если существование коллектива, как сообщества лингвистического, скажем, это то.

Точно так же, как тот факт, что для осуществления права на забастовку требуется определенная критическая масса работников, не означает, что право на забастовку - это "коллективное право", (3) или что право на брак - это "коллективное право", (4) или что право на брак - это "коллективное право", (5), точно так же, как тот факт, что право на забастовку требует определенной критической массы рабочих, не означает, что право на забастовку является "коллективным правом", ³ или что право на брак является таковым, поскольку - за исключением эксцентричности "сологимии" ("брак с самим собой") - один всегда женится на другом. Но, кроме того, согласно "персоналистской" концепции, права представляют собой ограничение для достижения общего блага, о чем я подробно расскажу в четвертой главе, поскольку они ставят во главу угла человеческое достоинство, то есть запрещают обращаться с человеком лишь как со средством, как гласит кантовский категорический императив, лежащий, в частности, в основе права на автономию или свободное развитие личности, сформулированного в статье 17 Конституции Испании.

4

Нет удара определить любой контраст что изобилует в этом понимание идеала прав человека. В традиции испанского политического консерватизма нередко встречаются авторы, такие как Рамиро де Маэзту, которые как раз критикуют этот индивидуалистический субстрат. Так, в книге *"Кризис гуманизма"* (*La crisis del humanismo*, 1919) Маэзту сам выступает против "ложной этики" гуманизма, возвышающего человека, лишенного греховного состояния и раба собственных страстей, и указывает на то, что в Средние века права человека основывались не на его личности, "а на принадлежности к корпорации. Были права маркиза и права подмастерья, права епископа и права повесы; но не было прав человека [...]". ⁵ Партикуляристский романтизм выбил аналогичные концептуальные калитки

Жозеф де Местр, который в своей работе "*Соображения о Франции*" (1796) заявил: "За свою жизнь я видел французов, итальянцев, русских... и даже знаю, благодаря Монтескье, что можно быть персом: что касается человека, то я заявляю, что никогда в жизни его не встречал; если он и существует, то я его не знаю".

Другие, более современные контрасты также возможны и уместны, поскольку они иллюстрируют индивидуалистическую пресуппозицию, которую мы связываем с понятием "иметь право". Я имею в виду возможность рассматривать "естественные" сущности или природу в целом как субъекты прав. На этом стоит остановиться подробнее.

Во второй главе я говорил о "правоспособности" как об атрибуте "личности", т.е. о статусе человека как носителя прав. Личность, знаменитая "маска" (*prósopon*), которая "представляет" членов человеческого рода, была определена Боэцием в VI веке как "индивидуальная субстанция разумной природы". Термин "*личность*" не является коэкстенсивным по отношению к *природе*, как указывает Фернандо Симон Ярса, но это именно тот термин, которым мы обозначаем то, что "существует" в природе, и в этом состоянии наше, человеческое, достоинство, которое не может быть распространено ни на какую другую сущность или существо ⁶.

Есть те, кого закон считает средством для чего-то, ресурсами, объектами, с помощью которых можно удовлетворить потребности и интересы, а есть те, кто является лишь целью, люди, которые по этой причине, как мы говорим светски, вместе с Кантом, обладают достоинством. Это фундаментальное различие, как недавно напомнил Фернандо Атрия ⁷, но оно исторически менялось в зависимости от того, какие люди составляют каждую из этих двух категорий.

Американские слова *carimbo/ba* и *calimbo/ba* относятся к железу, используемому для клеймения скота и, в прошлом, рабов, а также к самой отличительной печати. Столетия назад благодаря этим клеймам порабощенные и заклеянные люди во французской Вест-Индии, британских Карибских островах и испанской Америке могли, будучи "движимым имуществом", выступать в качестве залога под займы своих владельцев, а также "неимущественного залога", сохраняемого их владельцем, а теперь должником, чтобы, например, они могли продолжать работать от рассвета до заката на сахарном заводе, который был приобретен или расширен за счет заемных средств. Короче говоря, рабы были задуманы как поместья или недвижимость, рассматриваемые как вещи, которые можно заложить, а не как субъекты ⁸.

Те, кого когда-то так клеймили, теперь стали людьми, и поэтому неизбежен вопрос: чем должны обладать субъекты, чтобы их можно было отнести к категории средств или целей, ресурсов или существ с достоинством? Философ-утилитарист Джереми Бентам задал этот вопрос именно в тот год, когда была провозглашена Французская революция: "Вопрос не в том, могут ли они рассуждать? И не в том, могут ли они говорить?" ⁹ И ответ также кажется неизбежным: мы, люди, не единственные, кто страдает. Из этого осознания из преодоления видовых предрассудков, как прежде расизма или сексизма, открывается дверь для того, чтобы нечеловеческие животные стали частью тех, кто должен иметь моральный статус. ¹⁰ Как и люди?

Попытка найти соответствующую характеристику или свойство в природе, чтобы приписать ей состояние личности - наличие интересов или воли, - была бы тщетной, неправомерной, указывает Фернандо Симон, учитывая традицию, которая ввела такое понятие, например

Я указывал на это ранее. Ведь, в отличие от нечеловеческих животных, человек - это не "природа"; мы не личности, потому что у нас есть способность иметь желания или волю, или, в самом начальном смысле, страдать. Это было бы ложью, как справедливо отмечают Бентам и легион его последователей; но это может быть и неважно, поскольку то, чем мы являемся, *по* Боэцию, - это то, что вытекает из нашей природы: душа, которая обосновывает нашу сакральность, - это то, что наделяет нас достоинством быть самоцелью. Эмпирическая", или, скорее, прозаическая, теория личности, которая ставит личность в зависимость от природных атрибутов, как раз и подрывает категорический запрет на убийство невинных человеческих существ - например, детоубийство - или, наоборот, распространяет моральное рассмотрение на нечеловеческих животных, как предупредил нас Фернандо Симон.¹¹ Причина ясна: если условием является наличие интересов, то животные, многие из них, имеют их; если же мы предпочтем, чтобы личность и, следовательно, обладание основными правами зависели от воли, то многие человеческие существа будут иметь интересы.

-плоды, младенцы или люди с тяжелыми когнитивными нарушениями,

¹² Проблема с досье Саймона заключается в том, что мы должны "поверить" в существование души и в наше трансцендентное, неестественное состояние, что, несомненно, слишком многого требует, если мы пытаемся политически и юридически организовать плюралистическое и секуляризованное общество.

В действительности, защита, которую закон может и должен предоставлять определенным субъектам (и их интересам), не требует предоставления субъективных прав. Может оказаться, что наши обязательства уважать, например, некоторые искусственные предметы или объекты, в которых явно нет чувств - такие как, например, картина, которая является частью

Если мы должны уважать физическую целостность Севильского собора, то не *ради него самого*, а ради человечества, которое хочет и дальше наслаждаться его архитектурным величием. Именно так рассуждал Кант в отношении нашего долга не быть жестоким к животным, ¹³ и так же следует рассуждать, если мы говорим о природе в целом или о нечувствительных природных существах. ¹⁴

То, что в начале 1960-х годов было известно как "экологический кризис" ¹⁵, а сегодня как "изменение климата" или "чрезвычайная климатическая ситуация", вероятно, стоит за призывом рассматривать природные образования, реки, горы, экосистемы... или даже планету в целом, как субъекты "прав".

В интервью, опубликованном в газете *Valencia Plaza* 10 мая 2020 года, Адорасьон Гуаман, профессор трудового права в Университете Валенсии и генеральный директор по координации регионального Министерства жилищного строительства, заявила, что одной из целей ее правительства является признание в Статуте Валенсийского сообщества "прав Матери Земли":

"...] мы уже говорим о правах природы, как в некоторых конституциях по всему миру. Природа как объект прав, которые должны быть гарантированы, потому что именно природа поддерживает жизнь". ¹⁶
Действительно, Статья 71.1 Конституции Эквадора гласит следующее:

Природа, или Пача Мама, где воспроизводится и реализуется жизнь, имеет право на полное уважение к ее существованию, поддержанию и восстановлению ее жизненных циклов, [ее] структуры, [ее] функций и [ее] эволюционных процессов. Любой человек, сообщество, народ или национальность могут требовать от государственной власти соблюдения прав природы.

При применении и толковании этих прав должны соблюдаться принципы, изложенные в Конституции, в зависимости от обстоятельств.

Первые экологические претензии, сформулированные под заголовком "персонификация не-"разумных" существ", относятся к противостоянию американской экологической организации Sierra Club против строительства парка Диснея в Сьерра Невада (Калифорния). В ставшей классической статье ¹⁷, Кристофер Стоун утверждал, что иск имеет смысл, поскольку вопрос о том, имеют ли природные существа право на защиту в суде - со стороны этой организации или любых других представителей - является условным, и не существует *априорных* причин, почему одни существа - например, корпорации частного права - должны обладать правосубъектностью, а другие нет. ¹⁸ С тех пор права на определенные водно-болотные угодья и водоносные горизонты были провозглашены в городе Спокан (штат Вашингтон, США), на озере Эри, в пустыне Невада, в Национальном парке Те Уревера (Новая Зеландия)..... В Нидерландах существует инициатива, направленная на придание юридической силы Вадденскому морю ¹⁹.

В решении Конституционного суда Колумбии от 2016 года деле, касающемся реки Аtrato ⁽²⁰⁾, необходимо было определить, следует ли прекратить незаконную добычу полезных ископаемых и лесозаготовки, от которых страдали жители прибрежных районов этой реки, расположенной в провинции Чоко. Учитывая бездействие государственных органов ответчика (как местных, так и национальных), ответственных за разрешение этой ситуации, возникает вопрос о нарушении основных прав на жизнь, здоровье, воду, продовольственную безопасность, здоровую окружающую среду, культуру и территорию этнических общин истцов. Но,

Для решения этой проблемы Конституционный суд склоняется к "экоцентрическому" подходу, основанному на размышлениях о "[...] смысле существования, эволюционном процессе, Вселенной и космосе". То есть, система мышления, основанная на концепции человека как неотъемлемой части, а не как простого доминанта природы, которая позволила бы осуществить процесс саморегуляции человеческого вида и его воздействия на окружающую среду, признавая его роль в круговороте жизни и эволюции с *экоцентрической* точки зрения [...]. Конституционный суд добавляет:

[...] Земля не принадлежит человеку и, напротив, предполагает, что человек принадлежит Земле, как и любой другой вид. Согласно этой интерпретации, человеческий вид - лишь одно событие в длинной эволюционной цепи, которая длится миллиарды лет, и поэтому он никоим образом не владеет другими видами, биоразнообразием, природными ресурсами или судьбой планеты. Следовательно, эта теория представляет природу как подлинный субъект прав, которые должны быть признаны государствами и осуществляться под опекой ее законных представителей, т.е. сообществ, которые ее населяют или имеют с ней особые отношения.

Конституционный суд говорит нам в этом предложении:

"Сейчас самое время начать делать первые шаги, чтобы эффективно защитить планету и ее ресурсы, пока не стало слишком поздно или ущерб не стал необратимым не только для будущих поколений, но и для всего человеческого рода".

В том же духе и в результате народной инициативы 3 октября 2022 года в Официальном государственном вестнике (BOE) был опубликован Закон 19/2022 от 30 сентября о признании правосубъектности лагуны Мар Менор и ее бассейна. Статья 1 гласит: "Объявляется правосубъектность лагуны Мар Менор и ее бассейна, которые признаются субъектом прав".

Безусловно, присвоение правосубъектности - это своего рода нетехнологическая инновация, позволяющая объединить набор интересов для более эффективного участия в юридических сделках. Именно в этом, как говорят, причина сказочного развития капитализма. Конечно, эта техника, характерная для корпоративного права, предполагает возможность "индивидуализации" для того, чтобы "управляющие интересы".

Но вопрос гораздо сложнее, потому что он неопределенный, когда мы имеем дело с реками, лагунами..., не говоря уже о природе в ее целом. Что представляет собой "Мар Менор"? Есть ли она. Экосистема морской лагуны протяженностью 135 км⁽²⁾ или большая наклонная плоскость северо-запад - юго-восток протяженностью 1 600 км²", согласно указанным в нем координатам, а также "все водоносные горизонты (четвертичные, плиоценовые, мессинские и тортонские), которые могут повлиять на экологическую стабильность прибрежной лагуны", как описывает сам закон? Имеются ли в виду процессы, явления, живые существа, геологические формации? Физико-химические условия для всех вышеперечисленных ? Между этими процессами и последствиями.

Естественным", как заметил Джон Стюарт Милль, будет наше собственное состояние как существ, использующих естественное в своих интересах, - результат, который также не может не быть естественным. ²¹ Если мы "целостны" и "все есть природа", то все есть природа. Но даже если мы преодолели этот первый камень преткновения связанный с разграничением "субъекта", каковы будут конкретные интересы природного объекта, которые мы защищаем посредством обладания правами?

Это часто называют "правом на существование и естественную эволюцию", т.е. своего рода "уважением к законам природы и экологии", хотя зачастую несоблюдение этих законов как раз и гарантирует удовлетворение "права на существование и естественную эволюцию", т.е. своего рода "уважение к законам природы и экологии".

Разве не нужно было попытаться остановить выброс лавы вулкана Таджогейт на острове Ла-Пальма, когда он извергался в сентябре 2021 года?

И такое же колоссальное препятствие нужно преодолеть, если речь идет о

"защищать", "сохранять" или "восстанавливать". Природе, или ее сущностям, если перефразировать танго Гарделя "*Yira, yira, yira*", все равно. Дело в том, что права природы и предполагаемые права природы находятся в постоянном и неразрешимом противоречии. С другой стороны, мы, люди, разумно расходимся во мнениях относительно того, как сделать так, чтобы наше вмешательство в природу не было контрпродуктивным для нас самих. По сути, как отмечают эксперты по административным вопросам Андреа Гарсия де Энтеррия и Бланка Лозано Кутанда, грандиозное присвоение законом статуса юридического лица лагуне Мар Менор не более чем разграничивает пространство, в котором "все государственные администрации, в частности, по предложению создаваемых ими органов управления, уполномочены принимать меры по охране окружающей среды, которые могут включать ограничения или запреты на деятельность, потенциально вредную для лагуны, и обязанность устранять любой причиненный ущерб".²² Что-то очень похожее на то, что уже делает Закон 30/2014 о национальных парках, перечисляя ряд видов деятельности, которые запрещены на этих территориях,²³ и без необходимости персонифицировать, скажем, Пикос-де-Эуропа.

Присвоение личности природе или сущностям

Природные ресурсы с последующим распределением "прав" могут быть обусловлены прагматической причиной: добиться лучшей и более эффективной защиты. Это, безусловно, условность. Но можно также прибегнуть к так называемой "глубокой экологии", биоцентризму (или эоцентризму), или экопопулизму, в выражении

Альфонсо Гарсия Фигероа, ²⁴ что приводит к размыванию и принесению в жертву основных интересов человека и возвеличиванию всей природы, которая, как в *iustnaturalism* первого часа, Греции, должна была управлять нами. ²⁵ Но совершается грубая концептуальная ошибка, когда считается, что факты предписывают, ошибка, о которой греки также предупреждали нас, когда проводили различие между *nomos* ("конвенция", "культура") и *physis* ("природа").

Как я уже отмечал ранее, озабоченность антропогенным воздействием на климат и мрачные тени, нависшие над будущим планеты из-за глобального потепления, требуют не просто прагматичного подхода к правам природы. Как нам говорят, речь идет о том, чтобы "поставить жизнь в центр", а не о том, чтобы человек был центром ничто или мерой всех вещей, как знаменито утверждал Протагор ²⁶.

9 мая 2020 года, приурочив это событие к празднованию Дня Европы, Президент Европейского Парламента г-н Сассоли провел заседание с представителями ряда неправительственных организаций, выступающих за солидарность на континенте. Среди них была влиятельная испанская активистка Яйо Эрреро, видный лидер так называемого "экофеминизма". В заключение своего выступления она заявила, что если мы прочитаем преамбулу Декларации прав человека с "экозависимость" и la

"взаимозависимость" следует читать следующим образом:

Все человеческие существа рождаются уязвимыми и беззащитными в утробе, и мы станем свободными и равными в достоинстве и правах до тех пор, пока будем получать огромное количество внимания, заботы и ласки, которые должны предоставлять мужчины и женщины других поколений, выполняя цивилизационную задачу, без которой наш вид не может жить. Если мы получим их, мы станем наделены разумом, который позволит нам жить по-братски друг с другом, осознавая, что мы населяем планету с физическими пределами, которые уже превышены, которые мы разделяем с остальным живым миром и которые мы обязаны сохранить. ²⁷

Преимственность вида - вот что вдохновляет на борьбу "изменения климата", и, по сути, это "постановка жизни в центр", то есть "воспроизводство" человеческих существ, является необходимой предпосылкой любой теории справедливости, применяемой в политической сфере, как справедливо заметил Роулз: основополагающая идея справедливости как честности - это концепция общества как "равноправной системы сотрудничества во времени, от одного поколения к другому". ²⁸

Другими словами, какой смысл думать о справедливом порядке нашего сосуществования как человеческих существ, если мы с уверенностью знаем, что вымирание в ближайшем будущем неизбежно? Не иметь будущего как вид - это, по сути, возвращение к состоянию природы, как это показано в антиутопии писателя П. Д. Джеймса ²⁹.

Но аналогичный вывод можно сделать, если задуматься о нашем собственном существовании; ³⁰ как бы оно изменилось без надежды на то, что человеческие существа продолжают населять планету. В этом смысле Сэмюэл Шеффлер отметил, что точно так же, как для большинства из нас наша собственная смерть не является тормозом для осуществления мечты и жизненных планов, возможность нашего исчезновения как вида произвела бы такой масштабный эффект личной и социальной капитуляции. Представьте, если бы мы знали, что через десять лет мир неумолимо придет к концу: стали бы мы продолжать свои проекты и начинания, посвящая все свои силы решению математических проблем программы Гильберта, поиску физической теории, объединяющей макро- и микроскопические силы Вселенной, лучшей интерпретации произведений Баха или лечению рака груди? Шеффлер считает, что нет ³¹.

Время от времени я задаю своим студентам, изучающим права человека, следующие вопросы:

- Очень ли они обеспокоены изменением климата и почему.
- Если они считают, что обязаны размножаться.
- Если им есть в чем упрекнуть прошлые поколения, , например, поколение промышленной революции, то есть то, которое начало выбрасывать "пыль" CO_2 , о "шламе" которой мы сегодня сожалеем.

На первый вопрос подавляющее большинство отвечает "да"; второй - "нет". На третий - большинство говорит, что им нечего критиковать. На третий вопрос большинству не за что осуждать, а некоторые даже говорят, что рады хорошим последствиям промышленной революции и что они в принципе приспособились к происходящему. Оправдывая свое беспокойство изменения климата, они неизменно ссылаются на то, что мы обязаны заботиться о благополучии будущих поколений. Но для того, чтобы будущие поколения были благополучными, возражаю я, они должны сначала существовать, верно? И если никто не будет размножаться, как в романе П. Д. Джеймса *"Дети людей"*, не создадим ли мы тот же эффект, что и тот, о котором мы так беспокоимся - неограниченные выбросы CO_2 - и для которого нас призывают "изменить модель, поставив жизнь во главу"?

Как же тогда возможно, что аборты разрешены? Почему возможно, что аборты разрешены?

Разве "изменение модели, чтобы поставить жизнь в центр" не включает в себя принуждение к воспроизводству? Что тогда значит ставить "жизнь в центр" или беспокоиться о будущих поколениях? Некоторые из моих студентов заходят так далеко, что утверждают, что мы не должны заводить детей именно потому, что это влияет на планету, демонстрируя тем самым заботу о благополучии человечества,

настоящее и будущее, на самом деле не является нормативной движущей силой наших сегодняшних ограничений. Любой из них или из нас, кто заявляет о своем праве "не размножаться", относится к вымиранию человеческого рода с пренебрежением, по крайней мере, таким же, как нераскаявшийся отрицатель изменения климата, который не желает отказываться от своего дизельного автомобиля.

Когда я предупреждаю их, что если им не в чем упрекнуть прошлое, то, возможно, в будущем их правнукам или праправнукам тоже не в чем будет упрекнуть их, они кривят лица. Тем более, когда я, ссылаясь на проницательного философа Хесуса Замору Бонилью ³², передаю им соображение о том, что жизнь в Антропоцене уже подразумевает, что мы не выйдем даже в очень отдаленной перспективе, поскольку возможность описать геологическую эпоху - в данном случае ту, которая выявит человеческий след в изменении климата - предполагает наличие в будущем наблюдателя, способного его обнаружить, одного из "нас", по крайней мере, достаточно близкого к нам, чтобы понять нас и, если что, упрекнуть нас. Либо Апокалипсис, либо Антропоцен.

Хотя животные, не являющиеся людьми, так же "экозависимы", как и все остальные, их легче идентифицировать, чем природные образования, экосистемы, озера или реки. И защита их интересов не кажется морально неважной. Совсем другое дело, можем ли мы защитить их, приписав им права, или даже взять на себя ответственность за их благополучие перед лицом наших действий или действий других животных, чья экозависимость приводит к хищничеству их жертв для того, чтобы выжить. Вопрос, перефразируя Бентама, будет заключаться не только в том, имеет ли страдание значение, но и в том, должны ли мы брать на себя ответственность за него.

которые мы, люди, причиняем им, но их страдания.

tout court ³³⁾

Закон 17/2021 от 15 декабря, вносящий поправки в Гражданский кодекс, Закон об ипотеке и Гражданско-процессуальный закон о правовом статусе животных, определяет их как "живые существа, наделенные чувством", , хотя и делает их

"(34) В процедурах аннулирования, раздельного проживания или развода, для того чтобы доверить их одному или обоим супругам, назначение режима больше не является назначением туссо или домашнего имущества, а скорее назначением домашнего имущества или домашнего имущества супругов. ³⁴ В аннулирования, раздельного проживания или развода назначение домашних животных больше не является назначением trousseaux или домашнего имущества, а для того, чтобы доверить их одному или обоим супругам, определяющим критерием также будет их благополучие. Домашние животные больше не могут быть заложены и не являются имуществом, на которое можно наложить арест.

³⁵ Теперь, после принятия Договора о функционировании Европейского Союза, законодательства Германии, Франции, Бельгии, Португалии и Швейцарии, а также большого количества автономных законов, касающихся их благополучия, которые принимались в Испании на протяжении десятилетий, эти животные больше не похожи на людей, к которым можно применить каримбо.

В этих поправках есть что-то от тоста за солнце, не говоря уже о "правовой шизофрении" в этом "да, но нет" в вопросе о статусе нечеловеческих животных. Существует также тот факт, что в отношении их благополучия и эксплуатации некоторые животные более равны, чем другие, как иронично утверждал Джордж Оруэлл в "*Ферме животных*". ³⁶ Разве не являются нелюди-животные также живыми существами, наделенными чувством?

Что оправдывает то, что во многих случаях их благосостояние и интересы не имеют практически никакого значения? Уголовный кодекс наказывает тех, кто:

[...] вне регулируемой законом деятельности и любыми средствами или процедурами, включая действия сексуального характера, наносит травму домашнему, прирученному, одомашненному животному или животному, временно или постоянно живущему под контролем человека, которое нуждается в ветеринарном лечении для восстановления своего здоровья. Если травмы, указанные в предыдущем пункте, нанесены позвоночному животному, не включенному в предыдущий пункт, наказанием является тюремное заключение на срок от трех до двенадцати месяцев или штраф от трех до шести месяцев, в дополнение к специальной дисквалификации на срок от одного до трех лет для осуществления профессии, торговли или бизнеса, связанного с животными, и для владения животными. ³⁷

Количество видов деятельности не нуждается в подробном описании "Законодательно регулируемые", с помощью которых мы удовлетворяем множество наших интересов, одни более императивные, другие гораздо менее, связанные с травмой или смертью нечеловеческого животного.

Эта дискриминация между нечеловеческими животными, которая также является формой видообразования, ³⁸ очевидна в Законе 7/2023 от 28 марта о защите прав и благополучии - законе, который, как подчеркивается в его пояснительной записке, ставит своей главной целью не столько "гарантировать благополучие животных путем оценки предлагаемых им условий", сколько "регулировать признание и защиту достоинства животных обществом". ³⁹ Можно подумать, что такое регулирование - это действительно то, что должен делать любой законопоределая, что должно быть разрешено, запрещено или обязательно в отношении нечеловеческих животных и их благополучия, но, помимо этого, интересно отметить, что, согласно самим условиям закона, не все те, кто исключен из защиты, имеют или должны иметь достоинство: ⁴⁰ животные, используемые в шоу корриды, конечно, но также и производственные животные, экспериментальные животные, дикие или , используемые в деятельности.

включая тех, которые используются для выпаса и охраны скота, а также для охоты. Некоторые собаки более равны, чем другие.

Среди них собаки - хотя и не все - кошки и хорьки находятся в наиболее привилегированном положении, вплоть до того, что их нельзя продавать в зоомагазинах, выставлать или показывать публике в коммерческих целях под санкцией от между 50 000 и 200 000 евро.⁴¹ Их также нельзя использовать "на ходу в качестве приманки".⁴² Вы можете любить их, но не настолько, чтобы вступать с ними в сексуальные отношения, если Вы "причиняете им вред".⁴³ Закон также предусматривает обязанность собирать бездомных и брошенных животных и помещать их в центр защиты животных, для которого должна быть круглосуточно доступна служба экстренной помощи по их сбору и ветеринарная помощь [Статья 22]. Некоторые нечеловеческие животные могут быть более равными, чем некоторые люди.

Все эти тосты за солнце или демонстрация добродетели и благих намерений контрастируют, как я уже говорил, с тем, что регулярно происходит на наших животноводческих фермах. Согласно данным исследования убоя скота, опубликованным Министерством сельского хозяйства, рыболовства и продовольствия, в общей сложности было забито 2 552 368 голов крупного рогатого скота, 9 711 254 головы овец и коз и 9 711 254 головы овец и коз.

1 175 573 козы были забиты на испанских бойнях в 2021 году, многие из них - в возрастающем количестве - и в некоторых случаях количество коз, забитых в 2021 году, было

- без предварительного ошеломления, которое обычно требуется в соответствии с действующим испанским законодательством. В 2009 году Постановление ЕС 1099/2009 освободило ритуальный забой по религиозным причинам - как правило, мусульманским и иудейским - от этого обязательства, но в декабре 2020 года Суд Европейского Союза постановил, что государства могут восстановить это требование.

баланс между благополучием животных и уважением к религиозным убеждениям, отдавая предпочтение первому, и, таким образом, вводя предварительное оглушение без исключения. ⁴⁴ Так поступили в Финляндии, Швеции, Словении и других европейских странах. Испании будет нелегко пойти по этому пути, учитывая позиции еврейской и, прежде всего, мусульманской общин, представители которых даже против того, чтобы *халальное* и *кошерное* мясо маркировалось подобным образом, чтобы потребители также могли избежать его покупки по вполне разумным причинам. По их словам, это "ведет к стигматизации тех, кто отличается от других". В любом случае, будет трудно оправдать запрет на ритуальный забой ягнят, коров или овец, поскольку считается, что вера или традиция должны уступить место заботе о животных, в то время как гораздо более жестокий способ убийства быков, который так "по-нашему", сохраняется по причинам традиции или культурной ценности.

Согласно тем же статистическим данным, о которых говорилось выше, в 2021 году на испанских бойнях было забито 58 370 485 свиней.

Почему мы можем потреблять такое количество свинины, в то время как использование домашних животных для потребления человеком запрещено (в законопроекте это очень серьезное преступление, караемое суммой до 200 000 евро)? Может быть, собаки наделены большей чувствительностью, чем свиньи? Не похоже: свиньи считаются высокоинтеллектуальными и чувствующими существами. Может быть, свиньи не могут сопровождать нас, как собаки? Не обязательно. Свинья, в частности, разновидность, известная как "мини-пиг", является одним из популярных "*животных эмоциональной поддержки*" - тех, которые обладают терапевтической ценностью и "прописываются" специалистами по психическому здоровью для лечения определенных расстройств, таких как аутизм или тревожные кризисы. То, что поросята могут быть средством

Будут ли они включены в "положительный список животных-компаньонов", будет определяться постановлением (как сказал граф Романонес: "Вы принимаете законы, а постановления предоставьте мне"). Будет ли также играть роль глубоко укоренившаяся испанская идентичность, которая лежит в основе потребления свинины и которая веками позволяла нам "очищать" себя от "неверных"?

Большинство людей "более равны, чем другие животные", в том очень важном смысле, что, будучи моральными агентами, мы наделены способностью подвергать сомнению свои инстинкты, свои практики и институты, включая те, которые касаются наших отношений с другими видами и с природой в целом. Но не все люди обладают такой способностью, а многие животные имеют не только "разум", но и когнитивные способности, которые бросают нам вызов. Остается вопрос: почему все человеческие существа, независимо от их статуса, заслуживают равного внимания и уважения, а ни одно нечеловеческое животное не может даже приблизиться к такому статусу? Я не вижу никакой "причины" - кроме возможных религиозных апелляций к "душе" - кроме простой "принадлежности" к человеческому роду, что аргументированно очень неудовлетворительно. ⁴⁵

Но я также признаюсь, что я не в состоянии сделать соответствующую арку об организации наших обществ и о том, как, последовательным образом, мы можем лучше всего объяснить то, что я считаю морально самоочевидным: то, что мы делаем или не делаем с большинством нечеловеческих животных, не является этически неважным, и иногда должно быть абсолютно вне закона.

Чучо - медведь, Сара - орангутанг, Лео, Геркулес и Сесилия - шимпанзе.... Это имена диких животных в неволе, для которых в различных судах по всему миру *хабеас корпус* ⁴⁶⁾ является одним из важнейших "человеческих" прав, выступающих в качестве лакмусовой бумажки цивилизованности и легитимности правовой системы. Если предположить, что у этих животных есть интересы, что их "природа" настолько близка к нашей ⁴⁷⁾, что мы можем "взять на себя ответственность" за их благополучие с моральной и юридической точки зрения, то кто определяет их судьбу? Если, как и люди, они тоже должны в каком-то смысле "самоопределяться", должны ли мы освободить их, как когда-то порабощенных людей, или же нам лучше интегрировать их в наши политические сообщества и обеспечить представительство их интересов? ⁴⁸⁾

Эстреллита - так звали обезьянку Гумбольдта Чоронго, которая с первого месяца своей жизни и на протяжении восемнадцати лет жила на попечении Аны Беатрис Бурбано, библиотекаря из города Амбато (Эквадор), которая, как она сама заявила, считала себя "ее матерью". В результате анонимной жалобы власти, отвечающие за природное наследие и дикую природу, решили "восстановить" а обезьяну, переводя ее в а

"Это один из вымирающих видов, который нельзя доверить заботе и опеке частных лиц. Он умер там вскоре после этого.

Тем временем г-жа Бурбано подала иск *хабеас корпус* в соответствии со Статьей 71 Конституции Эквадора, содержание которой мы рассмотрели в начале этой главы. Как в данном случае были реализованы "права природы"? По мнению г-жи Бурбано, решение изъять Эстреллиту и держать ее взаперти с другими обезьянами чоронго, вдали от человеческого окружения, в котором она жила, было принято на сайте .

страдания. Возможно, даже Эстреллита в поведении проявляла предпочтение или желание: продолжать жить со "своей матерью", миссис Бурбано.

В постановлении Конституционного суда Эквадора, которое разрешает его иск, подчеркивается, что конституция Эквадора "выходит за рамки классического антропоцентризма, который вдохновлял право в эпоху модерна, и принимает социобиоцентризм, основанный на наших тысячелетних корнях, а также на вкладе плюрализма и межкультурного взаимодействия различных народов, составляющих Эквадор" (пар. 56). Суд изобилует риторикой, которая не всегда имеет отношение к тому, что он должен решить, совершенно банальными соображениями - животные не могут быть приравнены к людям, биологические взаимодействия основой взаимозависимости, взаимосвязи и баланса экосистем и т.д. - или более чем спорными. Таким образом, утверждается, что природа - это "сложный объект" или что когда хищник убивает свою жертву в соответствии с трофической цепью, право животного на жизнь не нарушается незаконно, что также применимо к людям, поэтому людям нельзя запрещать есть животных. И снова природа как *специальное* зеркало нашей морали. И снова Протагор потерпел поражение.

Из всего , а также из статьи 74 Конституции
Из эквадорского законодательства следует, что основное право диких животных, таких как Эстреллита, - это право "существовать", не быть вымершими по вине людей, не быть одомашненными и иметь возможность жить в мире в дикой природе: они не могут быть "талисман" или "очеловечивание". Однако эта "естественная" среда будет "очеловечена" до такой степени, что право Эстреллиты на ее "восстановление" будет как ограничение ее ущерба, lo cual

скорее всего, произойдет скорее в ее естественной экосистеме, чем в "экозоологической". Сможет ли теперь другое человеческое существо подать, как предлагает несогласный судья (Кармен Коррал Понсе), новый *хабеас корпус*, исходя из того, что Эстреллита все еще незаконно лишена свободы, если она находится в "экозоопарке"?

Помимо индивидуального или "надындивидуального" субстрата, идея "иметь право" связана с условием суверенитета или собственности. Эта связь становится очевидной в дебатах между францисканским орденом и папством в XIII веке, когда Уильям Оккамский, чтобы объяснить и защитить возможность радикальной бедности, указывает, что францисканцы не имеют права собственности на ресурсы, находящиеся в их распоряжении, и что по этой причине у них нет никаких привилегий, власти, иммунитета или претензий, то есть *никаких прав* (они только "используют" вещи, не имея возможности претендовать на них в любом случае). ⁴⁹ Неудивительно, что, как отметил Игнасио Родригес Фернандес, в испанской схоластике первые размышления о масштабах "общего блага", которое позволило бы принести в жертву естественные права, возникли в связи с экспроприацией. ⁵⁰

Тесная связь между субъективным правом и собственностью была также отмечена Иерингом, когда в книге "*Борьба за право*", повторяя теорию собственности Джона Локка, он заявил:

Если случай помещает вещь в мои руки, я могу справедливо лишиться ее без ущерба для своей личности; но если это не случайность, если моя воля устанавливает связь между мной и вещью, если я обладаю ею благодаря труду, которого она мне стоила, или благодаря тому, что она стоила другому, который мне ее дал, вопрос меняет свой аспект, потому что то, чем я владею, - это частица моей собственной или чужой силы и прошлого. Присваивая вещь, я накладываю на нее печать своей личности; любая атака, направленная против нее, затрагивает и меня, потому что я присутствую в себе: собственность - это не более чем

периферия моей личности, распространяющаяся на материю [...]. Боль, которую человек испытывает при нарушении своего права, - это спонтанное, инстинктивное, вырвавшееся с силой заявление о том, что это право значит для него, для начала в его личности [...] в форме моральной привязанности, непосредственного чувства, истинная природа и реальное значение права раскрываются полнее, чем в течение века спокойного пользования им" ⁵¹.

Есть два возможных возражения против такого способа связать идею "Иметь право" и понятие "собственность". Во-первых, вопреки утверждению Иеринга, мы действительно считаем, что некоторые вещи, данные нам случайно, от природы, радикально принадлежат нам и что мы имеем на них абсолютное право: наше тело, включая органы, которые, несомненно, являются "периферией моей личности". Это объясняет, насколько глубоко и тревожно антиутопичны предложения, призывающие нас "перераспределить" органы между людьми, чтобы повысить средний уровень благосостояния, или удовлетворить потребности тех, кто, также не сделав ничего, чтобы заслужить это, страдает от дисфункции, при которой один из наших органов - например, почка - принес бы им большую пользу. ⁵² Мы столкнулись бы с одним из тех предположений, при которых к нам будут относиться просто как к средству, нарушая тем самым кантовский категорический императив.

Во-вторых, есть те, кто - особенно Луиджи Ферраджоли или некоторые представители конституционной доктрины в Испании - утверждают, что право на собственность не добавляет к списку прав "фундаментальный", который лишен черты ла Универсальность", которая для них (включая, в частности, Ферраджоли) является отличительной чертой этих "фундаментальных" прав (среди которых можно назвать право на свободу и жизнь, а также политические и социальные права). Поэтому собственность скорее является частью "патримониальных прав": "Все являются одинаково свободными от проявления

одинаково защищены от произвольного ареста [...] и одинаково имеют право на здоровье или образование. Но каждый из нас является собственником или кредитором разных вещей и в разной степени [...] Я являюсь собственником [...] объектов, отличных от тех, которыми владеют другие, а не я". ⁵³ Очевидно; но позволяет ли нам это сказать, что право на собственность не является "универсальным", как остальные основные права, например, право на свободу и социальные права? Очевидно, что нет: все мы не выражаем себя с одинаковым размахом или влиянием, и из этого факта нельзя сделать вывод, что право на свободу выражения не является "универсальным". Единственное, что нам нужно, чтобы предположить такую универсальность, как предполагает сам Ферраджоли, это что владение правом попадает в "Любой"..., любой предмет, без имен и фамилий.

Вторая причина различия, как указывает нам Ферраджоли, связана с "недоступностью": свободы не продаются и не обмениваются, а вот права собственности, владение вещами, - да. ⁵⁴ Но и это не совсем верно. "Родовое" право на собственность можно представить как такое же недоступное, как и любая из свобод: я могу распоряжаться своим домом, но я не могу отказаться от права снова стать его владельцем. Таким образом, карфузианский монах не может отречься от права на жизнь, чтобы в будущем стать руководителем частного банковского сектора. С другой стороны, право на собственное изображение не мешает нам продавать свои интимные фотографии; что я не смогу сделать, так это отказаться от *самого этого права*, но, возможно, от его *реализации* ⁵⁵.

В дополнение к моральному индивидуализму и собственности, идеал прав отвечает, в-третьих, на соображение о том, что

Приус политической организации - это свобода человека. Это локковская концепция, которая воплощена в современных биллях о правах, включая Декларацию независимости США. Государство должно стремиться защищать ряд дополитических прав индивидуумов, а именно: их жизнь, свободу и собственность. Именно поэтому первым принципом в теории справедливости Джона Роулза, как я уже отмечал ранее, является принцип свободы, который, согласно его подходу, должен быть удовлетворен в первую очередь перед равенством возможностей.⁵⁶ Это имеет очень важное конституционное измерение, когда эти права закреплены в качестве основных прав, как отметил Игнасио Родригес Фернандес: "[...] положения основного закона прямо устанавливают права личности как одно из основных прав, и именно поэтому, согласно Роулзу, государство должно защищать права личности".⁵⁷ И, как добавляет Родригес Фернандес, этот *приус* свободы в социальном и демократическом правовом государстве, таком как наше, будет иметь конституционное следствие: "Правила, призванные улучшить условия жизни граждан, должны быть способны в любой момент продемонстрировать наличие настоящей необходимости в ограничении *изначального права на свободу*".⁵⁸

И, наконец, на фоне идеала прав существует

Учитывая, что для обеспечения таких свобод государственная власть не нуждается в приверженности какой-либо конкретной характеристике или концепции "блага"; таким образом, справедливая политическая организация, хорошо организованное общество, нуждается только в том, чтобы люди действовали правильно, то есть следовали правилам, которые призваны обеспечить свободу всех в максимально возможной степени.

Последнее положение часто называют Идеал прав, таким образом, был бы несовместим с "перфекционистским" государством. Идеал прав, таким образом, несовместим с "перфекционистским" государством, которое ставит своей задачей, чтобы его граждане жили "хорошей жизнью" или чтобы они ориентировались при осуществлении своих свобод на то, что окажется "объективно ценным". Такое морализирование политики и права представляется нежелательным. Продолжая скульптурную метафору Пико делла Мирандолы, мы хотим иметь возможность лепить, но мы также хотим быть теми, кто решает, какую форму придать материи, даже если мы ошибаемся. ⁵⁹ Говоря словами Рональда Дворкина, хотя важно прожить хорошую жизнь, не менее важно, чтобы это была *наша* жизнь. ⁶⁰ В либеральной традиции, поддерживающей идеал прав, они представляют собой плотину против интервенционизма государственной власти, поскольку, как отмечает Майкл Игнатъев, речь идет о защите того факта, что люди могут сами определять, что, по их мнению, стоит того, чтобы жить или умереть за это. ⁶¹

Против такого характерно либерального подхода Папа Лев XIII знаменито отстаивал тезис о том, что человек "по-настоящему свободен" только тогда, когда выбирает "добро". Свободы для ошибок не существует, ибо, как он заявил в своей энциклике *Libertas, praestantissimum* (1888): "Если всем будет предоставлена неограниченная свобода слова и письма, ничто не останется священным и неприкосновенным". Это концепция свободы с аристотелевско-томистскими корнями, которую недавно пронизательно отстаивал юрист Фернандо Симон: "[...] свобода оправдана тем, что человек действует в соответствии с разумом, а действие в соответствии с разумом предполагает - в первую очередь, хотя и не только - стремление к человеческим благам, которые разум постигает как таковые на основе природных склонностей человека: жизнь, знания, общительность,

и т.д. ⁶² Иными словами, я не свободен, когда презираю рациональное благо, для чего мне необходимо самообладание, чтобы укротить страсти, которые, как заметил Дэвид Хьюм, поработают разум.

⁶³ В известном памфлете, опубликованном в 1816 году, реформатор и утилитарист Джереми Бентам (Jeremy Bentham) - чью сторону как защитника законодательного права против *общего права* я уже подчеркивал - критиковал прав человека и гражданина 1789 года, поскольку она опиралась на набор "загадочных метафизических сущностей", "прав", не имеющих никакого эмпирического референта. Название памфлета *"Глупости на сваях"* красноречиво свидетельствует о презрении Бентама к идеалу прав, к которому тяготели американская и французская революции. ⁶⁴ Если бы это были права, относящиеся к порядку

"Бентам понимал, что они должны быть отвергнуты как противоречащие высшему принципу морали: полезности. Использование и злоупотребление языком прав, утверждал Бентам, только возбуждает анархистские страсти.

В похожем ключе, хотя и с более консервативными акцентами, Эдмунд Берк в своих самых первых *"Размышлениях о Французской революции"* (1790) отметил, что "права человека" - это торпеда в ватерлинии государства, которая все примеры древности, все прецеденты, конвенции и акты парламента. Для Берка не существует дополитических прав: "Люди не могут быть наделены правами негражданского и гражданского государства". Чтобы достичь

справедливости, человек отказывается от своего права определять, *что* является справедливым в вопросах, которые для него существенны. Чтобы обеспечить себе некоторую свободу, он делегирует всю свою свободу". ⁶⁵

Маркс также был ранним критиком идеала прав, по крайней мере, на раннем этапе развития его мысли, когда он презрительно приравнивал их к христианству. ⁶⁶ Но есть и этап, на котором Маркс демонстрирует более гармоничную позицию, концепцию социализма, которую можно воспринимать как углубление прав человека и либерализма.

-и самого марксизма как позиции, в конечном счете, переплетенной с естественным правом, согласно интерпретации Эрнеста Блоха. Таким образом, индивидуальные свободы и эмансипация человечества в конечном итоге будут вполне марксистскими устремлениями, при условии, что Вы интерпретируете классические права и свободу; собственность, например, не как свободу собственности, а *по отношению к* собственности; не эмансипацию эгоистического индивида по отношению к феодальному обществу, а эмансипацию человечества по отношению к любому виду классового общества. ⁶⁷

Хотя определенный бентамовский дух сохранился в Соединенном Королевстве, опасаясь конституировать "права человека", ⁶⁸ в целом, бентамовская критика осталась без внимания. С тех пор как он опубликовал *книгу "Чепуха на ходулях"*, не будет преувеличением сказать, что в большей части мира восторжествовала этика и политика, которую можно назвать "основанной на правах"; нормативный идеал, который достиг своего зенита 10 декабря 1948 года с провозглашением Всеобщей декларации прав человека, хотя при этом были заметные воздержавшиеся, например, Саудовская Аравия, Южная Африка, Украина, Беларусь, Югославия, Польша и

Советский Союз. В этом духе скептицизма по отношению к правам "Представитель Советского Союза в Комиссии ООН по правам человека, составлявший проект декларации, добивался изменения статьи 16, касающейся свободы мысли и религии, добавив в нее положение, ограничивающее сферу действия этих свобод "законами страны и велениями общественной морали". ⁶⁹ Что касается статьи 17, устанавливающей право на свободу выражения мнений, Советский Союз добивался включения в нее следующего дополнения: "Использование свободы слова и печати в целях пропаганды фашизма, агрессии или подстрекательства к войне между народами не допускается". Советский Союз также добивался включения необходимого вмешательства государственных органов в обеспечение этих прав:

"Чтобы обеспечить право на свободное выражение мнения для широких слоев населения и их организаций, следует оказать помощь и сотрудничество со стороны государства, чтобы обеспечить материальные ресурсы (помещения, печатные станки, бумагу и т.п.), необходимые для издания органов демократической прессы". ⁷⁰ Для Саудовской Аравии свобода вероисповедания и возраст вступления в брак были непосильной задачей; для расистских *поселков* Южной Африки именно свобода передвижения и проживания была тем жерновом, который нельзя было проглотить.

Права человека, - говорит Мойн, - стали определять высшие устремления как общественных движений, так и политических образований - государственных и межгосударственных.

-. Они вызывают надежду и побуждают к действию". ⁷¹ Мойн добавляет, что они являются современной версией старой приверженности делу справедливости, которую можно найти в Платоне и Второзаконии. ⁷² Антонио Эскохотадо считает, что именно Кир Великий своим запретом на

рабство, изобретатель прав человека. В том же ключе Мануэль Атьенса утверждает, что существует "идеология" прав человека, которая выполняет функцию "золотого стандарта" легитимности подобно тому, как христианство удостоверяло справедливые режимы в эпоху Древнего Режима (73). ⁷³ Сегодня, как отмечает Либорио Йерро, права человека являются испытательным полигоном для любой теории справедливости. ⁷⁴ Эли Визель говорил о "всеобщей светской религии" в отношении прав человека. ⁷⁵ Ранее я также приводил красноречивые примеры такой колонизации риторики прав человека в сантимоновском праве.

В исчерпывающем исследовании Мойна объясняется, что права человека стали гегемонистской идеологией только в 1970-х годах - даже не во время холодной войны или антиколониализма 1960-х - даже для католицизма, когда, учитывая его "либерально-индивидуалистические" предпосылки и предпосылки, он должен был отвергнуть их, как мы видели в прошлом; ⁷⁶ Мойн отмечает: "[....] социальные движения сначала приняли права человека в качестве лозунга. По мере того, как [1970-е годы] продвигались вперед, идентификация таких причин как борьба за права человека нарастала, продолжаясь по всему миру и в течение десятилетия (без сомнения, и по сей день)". ⁷⁷ Это преобладание, как правдоподобно утверждает Мойн, привело к смерти других утопических видений и их трансформации в программу борьбы за права человека. В том же ключе, ссылаясь на Латинскую Америку, аргентинский конституционалист Роберто Гаргарелла отмечает: "Это возрождение движения за права человека [после ужасного опыта диктатур 1970-х годов] было настолько масштабным, что новая баржа прав человека [1970-х годов] была настолько сильной, что новое движение за права человека смогло принять новое измерение" (77).

Даже левые активисты и боевики, которые, будучи заявленными последователями критики Маркса и марксизма в отношении прав, отвергали этот дискурс на протяжении более чем столетия, в итоге присоединились к нему. Мы жили в эпоху, отмеченную драматизмом нарушений прав и парадигмой прав человека, теперь конституированной".

78

Существует множество примеров, в которых диагноз Мойна может быть подтвержден. Используя мощный образ, предложенный Гаргареллой, давайте подумаем о правах как об объектах, которые, подобно планетам, "регулируют нашу жизнь и ждут, когда мы их откроем", которые не являются человеческими творениями или искусством, "которые ни в коем случае не являются продуктом нашей демократической жизни [...], но которым суждено регулировать нашу жизнь полностью в демократии, очерчивая ее непреодолимые границы"; (79) но которым суждено регулировать нашу жизнь полностью в демократии, очерчивая ее непреодолимые границы....], но которым суждено полностью регулировать нашу жизнь в демократии, очерчивая их непреодолимые пределы"; ⁷⁹ тогда, если все вышесказанное верно, если права - это такие "планеты", то не будет преувеличением сказать, что вселенная прав человека в последние десятилетия раскрылась как инфляционная, бесконечная вселенная. И это имеет пагубные последствия, такие как возможный коллапс, о котором заявляют некоторые космологи, говоря о расширении галактик. Как и в случае с "волнами феминизма", если мы обратимся к правам человека, его "поколения", похоже, могут достичь числа тех, что фигурируют в Ветхом Завете. И это, как мне кажется, отнюдь не повод для радости, а причина для тревоги.

В так называемой "Декларации новых прав человека", провозглашенной в 2009 году Институтом прав человека Каталонии, среди прочих прав человека декларируется право на "идентичность пола", на "ландшафт", на "право на жизнь".

город".⁸⁰ В годы правления в Мадриде бывшего мэра Мануэлы Кармены в течение нескольких месяцев был составлен так называемый "Стратегический план по правам человека для муниципалитета Мадрида" на 2017-2019 гг. Среди его многочисленных целей была следующая: "Усилить свою приверженность культуре уважения прав человека, сосуществования, посредничества, диалога и культуры мира, посредством изменения парадигмы безопасности, которая ставит в центр внимания права человека людей, живущих в Мадриде, и предотвращение всех видов межличностного насилия [...]". Другими словами, права человека "ставятся во главу угла", они представляют собой особый "подход" или "перспективу", а Мадридский городской совет выступает в качестве их "гаранта". Разве у Испании уже нет Конституции, включающей основные права, защита которых в конечном итоге возложена на Конституционный суд, и целой батареи гарантий, обеспечиваемых тем фактом, что она является членом Совета Европы и, следовательно, подпадает под юрисдикцию Европейского суда по правам человека?

Все это не должно удивлять, если учесть, что
Очень мощная убеждающая сила дискурса, апеллирующего к правам человека. Как отметил в свое время Либорио Йерро:

[...] Тот, кто сегодня требует, чтобы его желания учитывались, интересы гарантировались или защищались, а потребности удовлетворялись, лучше сформулирует эти требования как необходимое осуществление "права человека", чем возьмет на себя гораздо более обременительную задачу достаточного обоснования того, что его желания, интересы или потребности должны иметь такой приоритет, и что соответствующий пакет обязательств, который будет возложен на всех, и особенно на государство, должен быть развернут. Создается впечатление, что, квалифицируя это желание, интерес или потребность как "право", человек автоматически освобождается от необходимости доказывать его исполнимость. Получается своего рода семантическое уравнение: это мое "право", поэтому оно должно соблюдаться или удовлетворяться.⁸¹

⁸² В аналогичных выражениях Джон Финнис, один из наиболее представительных авторов школы, известной как "новое *естественное право*", заявил: "[...] убедительная сила атрибуции прав, которая является источником пригодности дискурса о правах для выражения выводов, также является источником его потенциала запутать рациональный процесс исследования и определения того, что требует справедливость в данном контексте". ⁸³

Об этом свидетельствуют, в частности, дебаты о том, достаточно ли гендерной самоидентификации для исправления пола в книге записей актов гражданского состояния, помимо биологического факта принадлежности к женскому или мужскому полу. Нередко подобные споры разрешаются, когда кто-то из собеседников указывает, что "это вопрос прав человека". Далеко не всегда такой способ разрешения разногласий приводит к прямо противоположному результату, как предупреждал несколько лет назад Майкл Игнатъев и как недавно сделал Фернандо Симон. ⁸⁴ Игнатъев отмечает: "Когда политические требования превращаются в требования прав, существует определенный риск того, что вопрос станет непримиримым, поскольку утверждение права подразумевает, что оно не подлежит обсуждению [...], компромисс не облегчается, когда используется язык прав". ⁸⁵

Но верно и обратное, т.е. существует спекулятивный эффект игнорирования или делегитимации требования, поскольку то, что предлагается, не является правом, а всего лишь желанием. Ранее я уже упоминал о "праве на секс" людей с ограниченными возможностями, но это также происходит, и очень заметно, в области свободы предпринимательства или репродукции человека: точно так же, как и настойчивые ссылки на

что добровольное прерывание беременности является важнейшим правом женщины и даже "правом человека", возможность вынашивания чужого эмбриона, известная как "замещающая гестация" (или, на более графическом жаргоне, "матка"), рассматривается во многих феминистских кругах как выражение "простого желания", как для пары, делающей аборт, так и для будущей беременной женщины. Аборт - это право, потому что он воплощает интерес или потребность женщины, как недавно заявил Конституционный суд,⁸⁶ но вынашивание чужого эмбриона - это прихоть, если не эксплуатация. Есть ли какая-нибудь причина или принцип, который можно привести, чтобы избежать подозрений в произвольности такого разграничения или *специального* характера риторически успешного вопроса о правах?

В этом бесконечном расширении каталога прав есть и второй пагубный эффект: умножение возможных конфликтов между ними. Майкл Игнатъефф также предупреждал об этом, как и многие другие ученые. Именно по всем вышеперечисленным причинам сейчас кажется неизбежным обратиться к вопросу, вызванному названием этой книги: когда права "имеют значение"? Ответ на этот важнейший вопрос неизбежен, если мы хотим определить, какие из этих интересов на самом деле являются правами, а не просто

"Другими словами, мы должны спросить: какие из этих интересов должны быть юридически защищены; и, в случае столкновения между ними, какие критерии должны использоваться для разрешения конфликта?"

Весомость прав: взвешивание

В 1977 году Рональд Дворкин, преемник Герберта Харта на кафедре юриспруденции в Оксфордском университете, опубликовал свою первую и очень влиятельную книгу *"Серьезное отношение к правам"*. В этой работе Дворкин, по сути, поставил перед собой две задачи: показать, что юридический позитивизм является несовершенной теорией права, поскольку не учитывает тот факт, что в правовых системах существуют "принципы" - а также правила, - с помощью которых судьи разрешают так называемые "трудные случаи", и, с другой стороны, утверждать, что права человека, закрепленные в конституционных текстах как "фундаментальные", действуют как

Дворкин утверждает, что *"права - это козыри"*, т.е. они не позволяют соображениям коллективного благосостояния служить оправданием для принесения в жертву основных интересов или потребностей отдельных людей. Дворкин утверждает, что "если у кого-то есть право на что-то, то правительство не вправе отказывать ему в этом, даже если это отвечает общим интересам". ¹

Права, по сути, являются противопоставлением принципу полезности, столь дорогому Джереми Бентаму. Люди, покидающие Омелас, *место ужаса* в классическом рассказе Урсулы К. Ле Гуин, уезжают потому, что не могут смириться с мыслью, что их благополучие отнимают у них. Ле Гуин *Те, кто покидает Омелас*, опубликованный в 1973 году, делают это потому, что не могут смириться с мыслью о том, что их благополучие обеспечивается безжалостной эксплуатацией ребенка.

запертых в темноте подвала. Трепет, который мы испытываем, узнав о работе Матрицы в одноименном фильме, умиротворяется осознанием того, что люди - это всего лишь предохранители или реле в гигантском механизме, питающем виртуальную реальность.

Права, которые Дворкин называет "козырями", - это, как я уже указывал выше, ² нормативные позиции индивидов на сайте , которые обозначают как "привилегии", "иммунитеты", "полномочия" или "притязания", т.е. "субъективные права". *Какие* человеческие интересы или потребности мы готовы защищать, даже если знаем, что их жертва приведет к большему благу большинства? *И насколько* мы готовы их защищать? Решаемся ли мы на это до такой степени, что, даже если знаем, что большее благо действительно было достигнуто за счет жертвы других или даже одного человека, мы согласимся поддержать правило, *запрещающее* такую форму поведения, и наказать за его нарушение, особенно если речь идет о государственном чиновнике? Независимо от того, являются ли эти права "в шутку" или "по закону"?

"Это зависит от того, как мы ответим на эти вопросы.

Говоря о мирном соглашении в Колумбии, Луиджи Ферраджоли сказал: "Право на мир не может быть плебисцировано". ³ Известный аргентинский конституционалист Роберто Гаргарелла напомнил об этом в деле Гельман против Уругвая, чтобы указать, вопреки мнению Ферраджоли, что одобрение уругвайским народом Закона 15.848 от 22 декабря 1986 года, по которому срок наказания государства истек, было достаточным основанием для отмены права на правду, возмещение и справедливость в отношении преступлений против человечности уругвайской диктатуры. ⁴ Кто прав?

А правило которое запрещает что-то с
символ абсолютный, без исключений, что, по-видимому,
является визитной карточкой "серьезного закона". Но возможно ли такое,
и рационально ли или мудро для правовых систем наделять себя такими
правилами? Появление "*Серьезных прав*" Дворкина вызвало вековую
дискуссию давнюю дискуссию (которая до сих пор сегодня
является продолжается и по сей день) примерно из
природе права и его идентификации. С его подходами в этой
книга, Дворкин, как и ранее отметил, бросил вызов
концепцию позитивизма, которая в англосаксонском мире - хотя
и не только в этой сфере - была популяризирована его предшественником
на кафедре юриспруденции в Оксфорде: Г. Л. А. Хартом. Согласно этой
традиции, право - это "конвенциональный продукт", т.е. его источники
социальны, и, определяя, что дает право, мы не должны смотреть на то,
что является "справедливым". Как знаменито заметил отец юридического
позитивизма Джон Остин,

Одно дело - существование права, а другое - его достоинства или
недостатки ⁽⁵⁾.

Один из тезисов, который, по мнению Дворкина, также характеризует
юридический позитивизм позитивизм Хартианский
юридический позитивизм является что, на сайте на так
называемых "трудных случаях" судья использует свое усмотрение, т.е.
создает закон. И это происходит потому, что у него нет правовой нормы, с
помощью которой он мог бы разрешить дело. По мнению Дворкина, этот
"тезис об усмотрении" был бы неполноценным - и, как следствие,
юридический позитивизм - потому что он недальновиден перед лицом
существования в любой правовой системе норм, которые были бы не
правилами, а принципами, и которые действительно помогают разрешить
"трудные случаи" юридически. Судьи не будут действовать своему
усмотрению в таких случаях, они не будут, строго говоря, создавать закон,
но будут использовать эти "принципы" для принятия правовых решений. В
принципе, это никак не связано с моральной сложностью дела: будут как
юридически сложные, но морально легкие дела, так и юридически легкие,
но морально сложные. Это

В последнем случае речь идет о несовершеннолетней Габриэле, чей ребенок, Вероника, нуждался в пересадке печени, чтобы выжить. В испанском законодательстве существует запретительное правило, не позволяющее несовершеннолетним быть донорами "de vivo", ⁶ так что простое и однозначное подстановки позволили бы нам прийти к выводу, что Габриэле, согласно испанскому законодательству, было запрещено быть живым донором, без каких-либо исключений, предусмотренных в отношении того, насколько близко потенциальный донор находился к совершеннолетию или очень тесной связи между донором и реципиентом. Трудность, с которой может столкнуться судья, которому предстоит разрешить это дело, похоже, носит скорее моральный характер: как мы можем позволить ребенку умереть, если окажется, что единственная альтернатива - это донорство его несовершеннолетней матери? Так как же нам принять, что закон включает в себя эти категорические правила, применение которых не актуализирует справедливость, а, скорее, приводит к гибели мира, согласно старому афоризму?

Из формы также несколько запутанной, Дворкин описал эти

"Принципы", доступные для разрешения сложных случаев, как правовые нормы, которые, в отличие от правил, имеют "вес или важность" - они не применяются по принципу "все или ничего", как это характерно для правил. Если, к примеру, водитель ехал со скоростью 80 км/ч по дороге, где запрещено превышать скорость более чем на 50 км, применение правила дорожного кодекса означает просто наложение штрафа, соответствующего такому превышению скорости, после того, как факты будут установлены, т.е. это чисто субсубъективная операция. Если выяснится, что существует правило, разрешающее автомобилям экстренной помощи (пожарной бригаде, полиции и т.д.) двигаться "способом, соответствующим чрезвычайной ситуации", то мы скажем, что применяется именно это правило, а не то, или что последнее правило, касающееся превышения скорости автомобилями экстренной помощи (пожарной бригадой, полицией и т.д.), не является правилом, которое применяется.

для служб экстренной помощи - это исключение из общего правила.

Однако эти принципы будут одновременно играть роль в разрешении тех случаев, которые Дворкин, опять же не совсем ясно, называет "трудными". Давайте представим себе действие по проникновению в чужой дом. Статья 18.2 Конституции Испании устанавливает, что дом неприкосновенен. Это правило отвечает той огромной ценности, которую мы придаем нашей личной и семейной частной жизни, которая происходит в том месте, где мы живем. В Англии знаменитым стало дело Семейна в 1604 году, в котором Семейн был кредитором по долгам покойного Джорджа Берисфорда, который жил в одном арендованном доме с Ричардом Грешемом в Лондоне, и последний отказался позволить *шерифу* войти в дом, чтобы арестовать имущество покойного. Впоследствии судья сэр Эдвард Коук установил строгие ограничения на право *шерифа* входить в чужое жилище, чтобы кредитор мог арестовать имущество и взыскать долги. Судья Кок исходил из того, что "индивидуальное жилище, подобно замку и крепости, служит как для защиты от вреда и насилия, так и для отдыха". Серьезное право.

Конечно, совершенно необоснованно, что "замок и Эта "крепость" неприступна, неуязвима для судебного расследования, несмотря на то, что в этой частной сфере совершаются самые ужасные преступления. Верная этому духу, испанская Конституция устанавливает три обстоятельства, при которых можно проникнуть в чужой дом: самое очевидное из них - согласие владельца; второе - судебное решение, предписывающее проникновение и обыск в рамках уголовного расследования; , наконец, когда совершается вопиющее преступление. Что касается последнего обстоятельства, то примерно лет назад Конституционный суд нет признал а.

толкование законодателя, которое сводило понятие *flagrante delicto* к понятию "хорошо обоснованной осведомленности" полиции о совершении преступления, связанного с незаконным оборотом наркотиков.⁷

Но нет, не проблема интерпретации терминов, присущих языку прав или свобод или праву в целом, делает дело "трудным". Дело в чем-то другом. Например: представим, что сосед сверху оставил текущим кран в ванной и будет отсутствовать дома все . Совершу ли я преступление или нарушу его право на частную жизнь, если силой открою дверь его дома, чтобы закрыть кран и тем самым предотвратить затопление?

Скорее можно подумать, что нет, есть принцип, который диктует что-то вроде "защищать собственность других" или право других защищать свою собственность, и что это превосходит право на неприкосновенность жилища. Если бы я был настолько смел, то мне даже показалось бы очевидным, что испанский законодатель, устанавливая исключения из неприкосновенности жилища, забыл включить случай, когда

Возникновение", подобное тому, которое я только что описал и которое, если бы оно было хорошо продумано, очевидно, включало бы и это предположение. Некоторые авторы называют такого рода "аксиологический пробел" "оплошностью", намекая на то, что случай, который не был охвачен, *должен быть охвачен* в соответствии с ценностями, причинами или обоснованиями, лежащими в основе правила - включая исключения - статьи 18.2 Конституции Испании.

Различие между легкими и трудными случаями, а также соответствующая необходимость взвешивать, прежде чем подменять, когда сталкиваешься с трудным случаем, остается предметом постоянных дискуссий среди теоретиков права и теоретиков юридической аргументации. Возникает вопрос, что именно "взвешивание", иначе это всегда будет "субъективная" операция.

(калибровка "на глазок") в отсутствие общего стандарта и метрик, но также, в тенденции, более разрушительным образом, если не будет так, что обращение к взвешиванию будет неконтролируемым, всегда дискреционным для применяющего закон, поскольку не существует способа структурного разграничения между правилами и принципами.⁸ И это поднимает вопрос о том, как и можем ли мы серьезно относиться к правам.

Отметим в этом смысле то, что я утверждал ранее: согласно испанскому законодательству, запрет на живое донорство несовершеннолетнего - это легкий случай, и его решение требует лишь подведения фактов дела под правило, не включающее исключений. В действительности, легкий случай может оказаться не таким уж и легким; так, как отмечает Мануэль Атьенса, даже в *prima facie* легких случаях мы сталкиваемся с принципами за кулисами, поскольку подsummирование не является чистым вопросом слепого повиновения правилам. Следовательно, случай является легким, когда подsummирование определенных фактов *в свете лежащей в основе системы принципов или обоснований* не вызывает споров.⁹ И, вероятно, в случае с несовершеннолетней Габриэлой, о котором говорилось выше, это было более спорно, чем кажется. Предположим, что мы описываем требование матери Габриэлы (бабушки ребенка, жизнь которого находится под угрозой) не как требование, чтобы ее дочь "пожертвовала орган своей внучке", а как требование, чтобы "моя дочь подверглась телесному вмешательству в ее тело без какой-либо спасительной или лечебной цели". Это позволило бы нам избежать формализма правила и, по аналогии с процедурой стерилизации несовершеннолетних, которая в то время была разрешена действующим испанским законодательством при условии судебного вмешательства, уполномочить судью разрешить такое живое донорство в случае добровольной юрисдикции. Именно так и поступил следственный судья Севильи, издав постановление от 18 октября, не вызвав

юридические разногласия в соответствующем сообществе. Это юридически легкий, но морально сложный случай, который был бесшумно обойден стороной. Но

Должна ли была судья вынести такое же решение и с аналогичной аргументацией, если бы она также сочла морально правильным разрешить живое донорство несовершеннолетней не для спасения дочери, а для спасения матери или третьего лица, не входящего в круг семьи? Должны ли судьи принимать такие решения, которые подразумевают исключения или расширение сферы действия правил? Итак,

Перестанет ли его функция быть юрисдикционной и станет ли она законодательной? Давайте теперь рассмотрим не сложные, а "трагические" случаи, когда любое решение является плохим; когда ни один решение перестает ¹⁰ These are those cases that so entertain moral philosophers, the famous tramway in which a passer-by is faced with the dilemma of whether or not to activate the lever to divert it onto a track where there is only one worker in order to prevent it from running over five; ¹¹ "sacrificial" cases, as Ignacio Rodríguez Fernández has described them: the shooting down of planes with passengers; ¹² "sacrificial" cases, as Ignacio Rodríguez Fernández has described them: the shooting down of planes with passengers; ⁽¹³⁾ "sacrificial" cases, as Ignacio Rodríguez Fernández has described them: the shooting down of planes with passengers; ⁽¹⁴⁾ "sacrificial" cases, as Ignacio Rodríguez Fernández has described them: the shooting down of planes with passengers невинных людей на борту, ¹² или, что еще более трагично, в случае пыток.

В решении Т-523/1997 Конституционного суда Колумбии применение правосудия коренных народов в деле об убийстве Арнульфо Бетанкура, включавшее 60 "фуэтасос" (ударов кнутом) в отношении предполагаемого виновника Франсиско Гамбуэля, было признано конституционным и не являющимся случаем пытки. Тезис Суда заключается в том, что не было ущемления человеческого достоинства, поскольку, с точки зрения людей Паеса, это наказание было направлено на очищение, а не на унижение. В данный момент не имеет решающего значения, можно ли назвать то, что было применено к Гамбуэлю, запрещенной пыткой, даже если она и служила этой цели, или типичная проблема неясности в вопросе о том, достаточно ли менее шести "ударов".

не является пыткой. Возьмем, например, электрошок, который регулярно применялся ко многим аргентинцам во времена диктатуры, или *водяные доски* ЦРУ в Афганистане...

В своей полемике с Мануэлем Атьенсой - одной из многих - Хуан Антонио Гарсия Амадо апеллировал именно к запрету пыток как способу оказать давление на тех, кто не желает заранее и четко разграничить возможное пространство случаев, требующих размышлений, и обязательно регулируемых случаев, которые могут быть решены только путем подстановки. Именно это сделано в Статье 15 Конституции Испании, а также в Конвенции против пыток [Статья 2], участником которой является Испания. Трудно найти более категоричное правило, чем то, которое выражено в пунктах 2 и 3 Статьи 2 Конвенции:

"Никакие исключительные обстоятельства, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток. Приказ вышестоящего офицера или органа государственной власти не может служить оправданием пыток". ¹³

Почему запрет на применение пыток не может быть нарушен в конкретном случае, спрашивает Гарсия Амадо, ¹⁴ в знаменитом деле Дашнера в Германии, ¹⁵ или во всех тех случаях, когда, применяя пытки, мы сохраняем ценные активы или интересы?

Абсолютный запрет пыток - это деонтологическое ограничение *par excellence*, поскольку оно утверждает, что не существует никакой возможной совокупной выгоды, которая оправдывала бы нарушение такого основного права, как право на "физическую неприкосновенность", в той мере в какой, например, может быть нарушено право на "физическую неприкосновенность".

По примеру Фернандо Молины, мы должны вымереть как вид, если альтернативой выживанию будет как можно более мучительное убийство всех детей в возрасте до десяти лет - вымирание по моральным соображениям, за которое выступает сам Молина.¹⁶

Есть простой ответ - слишком простой, как справедливо заметил сам Гарсия Амадо и многие другие, - который заключается в том, чтобы указать на то, что пытки "всегда" являются большим злом, и что об этом свидетельствует история и тот факт, что баланс всегда намного сложнее, чем предполагается в гипотетических сценариях, в которых пытки выглядят оправданными.

На мой взгляд, есть два мысленных эксперимента, в которых, при хорошем контроле всех переменных, обуславливающих наши суждения, трудно удержаться от вывода о том, что пытки оправданы. В первом случае физическая неприкосновенность человека приносится в жертву ради того, чтобы не жертвовать большим количеством не менее важных благ невинных людей, а во втором - пытки применяются "в целях самообороны".

Давайте представим, что в известном случае с трамваем, о котором говорилось выше, наше действие по перемещению рычага не приводит к тому, что трамвай направляется на ветку, где погибнет один человек, тем самым спасая пятерых, но что это экстренный тормоз, который постепенно замедляет движение транспортного средства, пока оно не остановится. И давайте представим, что, к сожалению, каждый раз, когда механизм активируется, человек на правой ветке, не имеющий возможности покинуть трамвай, получает болезненный удар током. При первом ударе трамвай несколько замедляется, но для его полной остановки требуется большее количество тормозных маневров, каждый из которых причиняет все больше страданий человеку, сидящему справа. Будет ли оправдана такая форма пытки?

чтобы спасти пять человек от верной смерти? Трудно удержаться от вывода, что да.

Но Вы можете подумать, что это не "пытка". Представленный нам сценарий опускает очень важные черты пытки, которые вызывают у нас настоящую озабоченность, те, которые побуждают нас установить ее абсолютный запрет. Начнем с того, что пытки отвратительны тем, что это извращенный способ применения государством своей законной монополии на силу. Недопустимые пытки - это пытки, применяемые государственными служащими, в частности, полицией или армией, а не случайными прохожими, которые могут подойти к сменным рычагам трамвая и причинить вред некоторым, пусть даже очень сильный, чтобы спасти жизни многих других.

Во-вторых, пытка - это не неизбежное (но в конечном итоге нежелательное) страдание и не принуждение с помощью насилия, которое стремится апеллировать к "инструментальной рациональности" истязаемого субъекта. Скорее, как остро заметил Дэвид Сассман (David Sussman) в своей освещающей статье ¹⁷, пытки приводят истязаемого в критическую ситуацию, в которой его боль порождает ненависть к себе, отказ от осознания себя источником собственных страданий, способ, как он говорит нам, "ощутить себя беспомощным и в то же время активно соучаствующим в своей собственной разбитости", ощутить свою человечность (уязвимость, боль и страдание) как проблему.

В-третьих, можно подумать, что такие примеры, как разработанный мной вариант трамвая или знаменитые сценарии *с тикающей бомбой* ¹⁸, сравнивают яблоки с апельсинами, т.е. страдания, такие как пытки, с потерей жизни, в то время как может оказаться, что на самом деле пытать хуже, чем убивать.

Тогда я предлагаю Вам рассмотреть сценарий, предложенный Джеффом МакМаханом, - более тонкий мысленный эксперимент, цель которого - определить, насколько оправдано применять пытки для получения информации, избегая при этом проблемы неоднородности.¹⁹ Представьте, что террористическая группа похитила бизнесмена и, вместо того, чтобы заложить бомбу с таймером, которая взорвется через определенное время, если он не согласится заплатить определенную сумму денег,²⁰ они используют сложного робота в человеческом обличье - неотличимого от одного из нас - который начнет пытать его через это время. Впоследствии полиции удастся арестовать члена группы, который запрограммировал робота, но он не желает сообщать местонахождение задержанного бизнесмена. Оказывается, что у полиции тоже есть эта версия робота-пытки. В этом случае можно подумать, что если единственный способ получить информацию и избежать пыток невинного человека - это пытать виновного, то такое поведение морально оправдано и к нему можно применить защиту самообороны, даже если оно осуществляется третьей стороной.

В таких случаях, как пытки, сбивание самолетов с невинными пассажирами, наводнения..., или при обсуждении коллизии между правом на свободное развитие личности женщины или ее равенством с жизнью *нерожденного ребенка*, или нарушает ли конкретное проявление свободы выражения мнения право на частную жизнь или честь представителя общественности, или во многих других подобных случаях, мы должны решить, какое право превалирует. И, как отметил Игнатьев, говорить, что права - это

"Козыри" - это не вывод любого аргумента, а скорее его отправная точка:

"Если права находятся в конфликте и нет

неопровержимый порядок морального приоритета среди требований прав, мы не можем говорить о правах как о триумфах". ²¹

В схожем критическом духе Фернандо Симон напоминает нам, что права, которые заполняют декларации прав и конституции в такой мажоритарной манере, все еще являются правами "на первый взгляд", *prima facie*, как их называют на академическом жаргоне. Они становятся правами в должной мере только тогда, когда они конкретизируются, когда они уточняются в своем объеме или "справедливой мере". ²²

Он прав: серьезное отношение к правам означает их включение в наши конституционные тексты в качестве фундаментальных прав с немедленной эффективностью, как подчеркивал Игнасио Родригес Фернандес, но, в конце концов... они взвешены. Следовательно, эта эффективность размывается, если, как это вытекает из концепции взвешивания Роберта Алекси или Мануэля Атьенцы, в них нет ничего *априори* "немыслимо".

После реформы, проведенной в 2008 году, Статья 19 Конституции Мексики обязывает судью издать приказ о предварительном заключении *ex officio* в отношении лица, подозреваемого в совершении определенных преступлений. ²³ Согласно этому положению - расширенному и приветствуемому нынешним президентом Мексики Андресом Мануэлем Лопесом Обрадором - судья обязан издать приказ об аресте лица, подозреваемого в совершении определенных преступлений.

Даниэль Гарсия и Рейес Альпизар, обвиняемые в убийстве мэра от Партии национального действия (PAN), провели семнадцать лет в предварительном заключении. Да, Вы прочитали правильно: семнадцать лет. Хотя мексиканская Конституция ограничивает максимальный срок, который можно провести в этом статусе, двумя годами, недостаток ресурсов и медлительность судебной системы делают такое лишение свободы без вынесения окончательного приговора возможным на практике для тысяч граждан Мексики. 23 января 2023 года в деле Гарсия Родригес и др. против Мексики Межамериканский суд по правам человека постановил.

посчитал, что такое конституционное положение противоречит праву не быть произвольно лишенным свободы - в той мере, в какой следственный судья не может оценить уместность предварительного заключения, - презумпции невиновности и равенству - поскольку официозность меры пресечения распространяется не на всех предполагаемых преступников (параграф 174). Поэтому мексиканское государство должно приступить к реформированию своей правовой системы, которая включает в себя, в данном случае, саму Конституцию (параграфы 300-301). ²⁴

Должно ли мексиканское государство или любое другое государство, которое не воспринимает права как шутку, ликвидировать институт предварительного заключения? Как такое государство могло бы эффективно бороться с преступностью? Межамериканский суд по правам человека сам совершенно четко заявил, что это невозможно:

[...] Государства обязаны обеспечивать безопасность и поддерживать общественный порядок на своей территории... поэтому они должны использовать необходимые средства для борьбы с явлениями делинквентности и организованной преступности, включая меры, предусматривающие ограничение или даже лишение личной свободы. Без ущерба для вышесказанного, власть государства не является неограниченной для достижения своих целей, независимо от серьезности определенных действий и виновности предполагаемых исполнителей. В частности, власти не могут нарушать права, признанные в Американской конвенции, такие как право на презумпцию невиновности, на личную свободу, на надлежащее судебное разбирательство, и не могут осуществлять незаконные или произвольные задержания, среди прочего. (Параграф 154.)

Давайте рассмотрим право на свободу человека, который из-за наличия рациональных признаков преступности получил постановление о предварительном заключении, долгое время находился в тюрьме и в конце концов был оправдан после судебного разбирательства со всеми гарантиями. В качестве примера можно привести "Густаво", названного так в решении Национального суда от 14 октября 2019 года, гражданина Румынии, который был обвинен в совершении преступления, предположительно связанного с

торговлю людьми с целью сексуальной эксплуатации, а также другие преступления, хотя ни одно из обвинений не было доказано. Он был лишен свободы с 3 февраля 2013 года по 18 декабря 2015 года: 1 058 дней. Густаво потребовал а компенсацию от плюс от 500.000 по

"Апелляционный суд, однако, поддержал апелляцию Густаво, посчитав, что ни Густаво, ни кто-либо другой не должен был идти на такую жертву ради возможного преследования преступности и коллективной безопасности, и присудил ему компенсацию. Однако Национальная аудиенция поддержала его апелляцию, посчитав, что ни Густаво, ни кто-либо другой не должен был идти на такую жертву ради возможного преследования преступности и коллективной безопасности, и присудила ему..... 5 000 евро. По 4,72 евро в день. ²⁵

Или представим себе другое противостояние индивидуальных интересов и коллективных благ: предположение об обязательной вакцинации против COVID-19 если результаты что индивидуумы не привитые являются

"угрозы" или "опасности", даже с высокой долей вероятности, для общественного здоровья. Если, как кажется, эти права должны превалировать над коллективным благосостоянием, как они могут преуспеть, если государственные органы будут продолжать выполнять свои необходимые и законные функции, которые, несомненно, включают защиту всех нас?

Есть первый способ выйти из лабиринта с помощью хитрого приема, например, показать, что права или свободы не сталкиваются друг с другом, когда мы разграничили их таким образом - так сказать, обработали напильником, - что их контуры уже идеально и гармонично сочетаются друг с другом, как кусочки пазла. Это то, что известно как "теория имманентных ограничений" фундаментальных прав - способ, на мой взгляд, обмануть самого себя. Именно таким образом политолог и политик Иньиго Эррехон отправил на то, что он считает видением.

"конфликтологических" и "либеральных" свобод. Он сделал это в отношении

гендерной самоидентификации (возможность изменить упоминание пола в записи актов гражданского состояния по собственному желанию) в диалоге с активисткой Элизабет Дюваль, но его бесконфликтная концепция может быть экстраполирована на любой случай, когда два права не могут быть реализованы или удовлетворены одновременно. Индивидуальная свобода, утверждал Эррехон, не заканчивается там, где начинается свобода других:

Я действительно верю, что моя свобода начинается там, где начинается Ваша. Потому что мы свободны только тогда, когда мы свободны вместе, в обществе. Эта [конфликтологическая] идея - та, которая ставит свободы и права в зависимость от конкуренции и поэтому считает, что мы находимся в джунглях, где либо Вы наступаете, либо на Вас наступают. А я считаю ровно наоборот. И если Вам нужен пример: вакцина. Чтобы спастись, мы все должны пройти вакцинацию. Моя вакцина не начинается там, где заканчивается Ваша. Моя вакцина работает только в том случае, если работает Ваша. ²⁶

Подход Эррехона предполагает такое понятие свободы, которое не учитывает субъективные интересы человека. Продолжая его пример, можно сказать, что тот, кто не хочет делать прививку, строго говоря, не реализует свою свободу: чтобы быть свободным, он должен хотеть быть привитым, то есть, он должен иметь "правильные" предпочтения. (В этом я согласен с iusnaturalist'ом Фернандо Симоном, на которого я ссылался несколько страниц назад).

Однако есть и такое прочтение, которое, не принимая никакого понятия "естественной" свободы, выстраивает более правдоподобный сценарий: право или свобода отказаться от медицинского лечения - право, которое является спецификацией телесной автономии или свободного развития личности - ограничено влиянием на свободу, здоровье, благополучие или даже жизнь других людей. По сути, чтобы спасти себя, как указывает Эррехон, мы все должны быть вакцинированы, то есть ограничить автономию тех, кто не хочет быть вакцинированным, потому что отказ от этого серьезно подрывает общественное здоровье, интересы большинства. Говорить, что свободы "идут рука об руку", не вызывая конфликтов, - это детский способ убежать от конфликта.

Поэтому, как утверждает Родригес Фернандес, лучше признать, что существует жертва, которая требует справедливого распределения ущерба - в виде компенсации, если окажется, что человеку, которого заставляют делать прививки, причинен вред. То же самое относится и к случаю предварительного заключения: даже если мы признаем, что личная свобода не абсолютна, в том смысле, что можно пожертвовать ради общего блага, которое включает более эффективное преследование преступлений, мы не можем не "социализировать" стоимость этого ограничения, если оно оказалось неоправданным. И это, как справедливо отмечает Родригес Фернандес, в отличие от критериев Конституционного суда, который в этом вопросе не воспринимает свободу достаточно серьезно.²⁷ Так же как и остальные испанские суды, которые, как в случае с "Густаво", присуждают смехотворную компенсацию в 5 евро в день (или меньше) в качестве цены за лишение свободы. Это кажется мрачной шуткой, что государству (т.е. всем нам) "обходится" такая мелочь, чтобы жертвовать правом на основную свободу граждан.

В случае пыток, телесных наказаний, смертной казни и смерть или сбивание самолетов с невинными людьми, что послужило поводом для решения Конституционного суда Германии (и что в Испании могло бы стать случаем, который можно было бы включить в Статью 16 Органического закона 5/2005 о национальной обороне), Родригес Фернандес утверждает, что не существует возможной или компенсируемой жертвы, поскольку они являются абсолютной инструментализацией человеческого существа, которая должна быть категорически запрещена.²⁸

У меня есть два возражения против этого: во-первых, случаи неоднородны, а , аргументация не является убедительной. Возьмем случай с жертвоприношением права на жизнь, связанным со сбитым самолетом. Речь идет о товарах или интересах.

эквивалент - невинные жизни в самолете, невинные жизни на поверхности - и тогда количество должно быть подсчитано, и жертва тех, кого меньше, возможна и оправдана, как утверждают сторонники одной из форм "последовательного права". ²⁹

Что же касается "серьезного права" на физическую и моральную неприкосновенность, то тот факт, что существует возможность морального оправдания пыток, не означает, что у закона нет веских причин для их категорического запрета. Эти причины, как я уже говорил, являются следственными по своей природе (последствия законодательного разрешения пыток хуже), а не деонтологическими. ³⁰ Категорическое законодательное запрещение пыток должно быть направлено на то, чтобы избежать последствий так называемого "скользкого пути". Философы-моралисты предлагают нам откалибровать наши моральные интуиции в стилизованных сценариях, подобных описанным выше, в которых, да, пытки могут быть морально оправданы, но, когда дело доходит до дела, неизбежные расчеты последствий оказываются гораздо более сложными или изощренными, что влечет за собой серьезную опасность или риск юридической допустимости, независимо от того, насколько мы уточним обстоятельства, при которых государственный чиновник может применять пытки. Одним из таких пагубных последствий является деградация самой правовой системы. Как утверждает Джереми Уолдрон, для существования легитимной и эффективной правовой системы необходимы определенные "правовые архетипы", к которым, наряду с категорическим запретом пыток, относятся также *хабеас корпус* и презумпция невиновности - архетипы, которые, если их признать "не заслуживающими внимания", повлекут за собой деградацию права в целом. Что касается абсолютного запрета на пытки, то он стал бы архетипом особых отношений

между законом и силой: закон не является жестоким в своем применении ³¹.

Однако я полагаю, что этот барьер абсолютного юридического запрета пыток можно разделить на две области, которые необходимо тщательно разграничить. Одна из них заключается в том, что мы не должны "регулировать" исключения из пыток, даже если мы можем представить себе случаи, в которых они были бы морально оправданы, и мы серьезно относимся к праву не подвергаться пыткам, а другая - в том, что мы не должны *задним числом* оправдывать или оправдывать мучителя и избавлять его от наказания, предусмотренного Уголовным кодексом.

Что касается первого, то нас отталкивает перечисление исключений из правонарушений, уточнение условий для узаконенной пытки. Требование точности в определении того, совершает ли человек фискальное правонарушение, качественно отличается от подробного описания условий, при которых государство может сбить захваченный коммерческий авиалайнер, который может быть направлен против гражданского населения, или количества вольт, которые должны быть применены в электроштите. ⁽³²⁾

Но есть риск и во втором случае - "ненаказание" *задним числом* тех, кто не выполнил обязанность не применять пытки, как отметил Гарсия Амадо: если моральный запрет на пытки не является абсолютным, потому что за это не наказывают впоследствии, то как мы можем не оправдать оправдывающие обстоятельства или состояния необходимости *задним числом* в некоторых случаях? В отношении пыток он сам заявляет, что он "совсем не сторонник юридического решения вопроса на основе взвешивания, поскольку этот путь ведет к тому же самому, к тому, что установленные власти (включая судебную) должны сами определять в каждом конкретном случае, является ли пытка законной и конституционной или нет". С юридической точки зрения ни не может ни не должно подходить больше чем вето [...]" ³³ Совсем другое дело, если судьи оправдывают поведение палача, когда оно было морально оправдано: в таких случаях

(34) С преследованием и судом над мучителем поддерживается идея о том, что пытки никогда не могут применяться по закону. ³⁴ Благодаря судебному преследованию и суду над мучителем, поддерживается идея о том, что пытки никогда не могут применяться по закону.

Мы серьезно относимся к закону.

Фернандо Симон утверждал, что любое взвешивание, приводящее к победе одной свободы или права над другим, не может иметь другого ориентира, кроме концепции блага как такового, а не веса предпочтений большинства или субъективных интересов, так что для "неперфекционистского либерализма" концептуально не остается места.

³⁵ В одном из любимых примеров Дворкина - запрете порнографии - субъективные интересы или предпочтения эротофилов не могут быть сметены морализмом властей. Но, спрашивает Фернандо Симон, что если окажется, что желания потребителей порнографии "заблуждаются"? ³⁶ Этот триумф прав - всего лишь выражение триумфа "принципа желания". Симон добавляет: "Потребление и публикация порнографии - это не просто исполнение субъективных предпочтений, эквивалентных противоположным предпочтениям, а отступление от правила разума". ³⁷

По выражению самого Саймона:

Отказывая авторитету в возможности интерпретировать содержание прав на основе телеологических соображений о человеческом благе, единственным критерием для взвешивания конфликтов между свободами становится субъективная важность, которой они обладают для тех, кто их осуществляет. В свою очередь, единственным "объективным" критерием для измерения этой субъективной важности является акцент, с которым утверждаются права [...], Дворкианская концепция *прав как козырей* [...] связана именно с отсутствием параметров

телеологические критерии для их взвешивания - роулсианское понимание приоритета свободы. В отсутствие рациональных критериев, касающихся того, насколько актуально для человека то человеческое благо, которого он стремится достичь с помощью того или иного осуществления свободы, и насколько значимо само осуществление свободы для достижения этого блага, взвешивание свобод превращается в армрестлинг. ³⁸

Мне не кажется, что это обязательно так. Верно, как я только что говорил, что не может быть серьезного триумфа прав в отсутствие конечных, морально плотных критериев, более плотных, чем многие либералы принимают или хотят принять. Но это не означает, что альтернативой благам, к которым должны стремиться человеческие существа, исходя из телеологии, по поводу которой можно обоснованно не соглашаться, являются простые "желания", импульсивные, чисто субъективные предпочтения. Это также не означает, что государственная власть имеет право принудительно навязывать планы жизни, которые, согласно некоему плотно укоренившемуся представлению о благе, рационально предпочтительны для всех человеческих существ. ³⁹ Как мы видели несколько страниц назад, человеческое воспроизводство - это не только выражение очень естественного и человеческого стремления вступать в сексуальные отношения, но и условие очень ценного блага - нашего выживания как вида, возможно, одного из *telos* ("целей") каждого из нас. Но многие человеческие существа "сбиваются с пути", ведущего к этой цели, и выбирают безбрачие по религиозным или глубоко философско-моральным причинам. То, что их право на невоспроизводство превалирует над коллективным благосостоянием или интересами, также может быть плодом моральной рациональности, а не чистой преобладающей силой их желания, сводящего на нет все желания.

Эта приверженность "более плотному" либерализму, который делает его

Некоторые права, пусть и немногочисленные, являются неоспоримыми, и в же она претендует на сферу иммунитета от власти государства.

Это особенно актуально в области уголовного права, поскольку в этой сфере на карту поставлена человеческая свобода. Цивилизованное уголовное или карательное право требует определенных архетипов, как я уже отмечал ранее: принцип уголовной законности, в частности; такие правила, как абсолютный запрет пыток; *habeas corpus*; презумпция невиновности (которая подразумевает, что обвинитель является тем, кто должен доказать вне разумных сомнений); мотивация и возможность обжалования любой меры тюремного заключения до вынесения окончательного решения. В этом контексте невозможно апеллировать к балансу между индивидуальными благами или интересами и общим благом или совокупным благосостоянием большинства. Все остальное означало бы, что идеал прав превратился в шутку.

Конституция, популизм и демократия

На рубеже тысячелетий, 2 февраля 1999 г., избранный президент Венесуэлы Уго Чавес принес присягу на Конституции, которую он сам описал в своей присяге как Конституция "морального мира", которую время подтвердит как самоисполняющееся пророчество. Чавес пришел к власти, получив мандат на нового, народного, революционного учредительного процесса, который бы удовлетворил многочисленные требования, которые не удовлетворяла в Венесуэле морально устаревшая Конституция 1961 года.

Статья 16 Декларации прав человека и гражданина 1789 года гласит: "Любое общество, в котором не обеспечена гарантия его прав и не установлено разделение властей, не имеет Конституции". Два годами ранее в Филадельфии была одобрена Конституция Соединенных Штатов, и начался процесс ее ратификации, чтобы: "[...] достичь более совершенного союза, установить справедливость, обеспечить внутреннее спокойствие, обеспечить общую оборону, содействовать общему благосостоянию и гарантировать благословения свободы для нас самих и нашего процветания", как гласит ее преамбула. Два десятилетия спустя, в 1812 году, Агустин де Аргуэльес, наш астурийский Мэдисон, выставил в оратории Сан-Фелипе-Нери в Кадисе копию

текст под названием "Политическая конституция Испанской монархии", который провозглашал: "Испанцы, здесь ваша родина", тем самым открывая современное государство в Испании. Статья 2 этого текста гласила: "Испанская нация свободна и независима, она не является и не может быть достоянием какой-либо семьи или человека"; а в статье 1: "Испанская нация - это собрание всех испанцев из обоих полушарий". Благодаря этому, как отметил Хосе Алехандро Луна Рамос, "для коренных народов и их общин было открыто пространство конституционной защиты, которое сохранилось и укрепляется сегодня [...]" ¹ утверждения Кадисской конституции 1812 года в Мексике можно было найти перепись населения, в которой было бы указано: "Хуан Перес, ранее индеец, теперь гражданин". ²

Действительно, по меткому выражению Мартина Лафлина, политическая современность сделала конституции жизненной силой современной политической системы, подобно тому, как энергия является жизненной силой экономики. ³ После этих французских и испанских прокламаций конституционализм, в частности, закрепление основных прав, распространился по всему миру. По данным Розалинд Диксон, в 2006 году 70% конституций мира признавали не менее 25 общих фундаментальных прав. Обратите внимание, что в 1946 году только 71% стран признавали религию, самовыражение и равенство в качестве защищенных прав. ⁴ В исследовании Ричарда Альберта, конституционалиста и компаративиста из Техасского университета, отмечается, что, по данным 2015 года, среднее количество основных прав, закрепленных в конституции, с учетом всех писаных конституций, составляет из 50. Венесуэла

возглавляет рейтинг, имея 82 права. У Анголы - 80, Зимбабве - 74, Нидерландов - 26, Дании - 21 и Австралии - 11.

На рубеже тысячелетий конституционализм продолжал процветать: число "конституционализированных" стран удвоилось, а две трети государств-членов ООН теперь считаются конституционными демократиями. Конституция появляется как бальзам Фиерабраса в процессах восстановления (Германия, Италия, Япония...), после Второй мировой войны. после Второй мировой войны), двойного перехода к капитализму и демократии (как это произошло в странах Восточной Европы после падения Берлинской стены и распада Советского Союза) и деколонизации или перехода (как это было в Испании и как это было в странах Латинской Америки после диктатуры или коррупции и массового политического насилия, таких как Аргентина, Уругвай, Чили, Бразилия, Колумбия, Мексика, Эквадор, Боливия и т.д.). Включение международного стандарта по защите прав человека - или европейского

- к домашней сфере также можно рассматривать как форму

"Конституционализация", как в данном случае в Соединенном Королевстве, которое до принятия Закона о правах человека в 1998 году (закона, включающего содержание Европейской конвенции по правам человека) было прототипичным государством без писаной конституции. Лафлин утверждает, что конституционализм стал самой влиятельной политической философией в мире ⁶, а вместе с ним и конституционная юрисдикция превратилась в институциональный ключ к решению самых противоречивых политических и моральных вопросов.

Но грозное распространение и успех конституционализма могут повлечь за собой, перефразируя Ортегу, риск меланхолии, а также другие опасности. Хотя, как справедливо отмечает Лафлин, конституция изначально является выражением верховенства права, она не единственная.

из закон закон, антитеза из произвол произвол из политическая власть, власть.

Как отметил влиятельный итальянский юрист Луиджи Ферраджоли, "конституционализм" вскоре заявляет о себе как о "преодолении юридиклизма либерального государства".⁷ И не только это: преобладание институциональной конструкции с Конституцией, которую трудно (если не невозможно) реформировать, и органом (не представительным напрямую), обладающим правом отменять законодательные решения, нарушающие основные права, закрепленные в Конституции - по сути, это и есть конституционализм со времен решения американского судьи Маршалла по делу Марбери против Мэдисона в 1803 году - означало бы также преодоление способа определения и познания права, который с середины XIX века известен как "правовой позитивизм".⁸

Предостережения и предупреждения об излишествах или пустых обещаниях конституционализма сегодня не новы. Ранее я уже упоминал Кельзена, который считается "импортером" конституционного правосудия в континентальное право; но сейчас интересно остановиться на речи, которая вошла в анналы истории конституционализма, - речи немецкого судьи Отто Бахоффа, когда он вступил в должность ректора Тюбингенского университета в 1959 году. В то время Бахофф сетовал на переходный и временный характер Основного закона, который был *передан* немцам десятью годами ранее, - текст, который в то время еще ожидал ратификации немцами. Однако Бахоффа больше всего беспокоило не отсутствие народной легитимации Конституции, а повышение роли судьи в конституционном государстве с последующей эрозией других властей: законодательной и исполнительной.⁹ Не менее известный немецкий юрист Эрнст Форстхофф в аналогичных выражениях предупреждал, что в конституционном государстве

Согласно конституции, именно сам судья будет решать, "когда он сам подчиняется закону, а когда перестает им быть". ¹⁰ Совсем недавно Франциско Лапорта сказал о како.

Термин "чрезмерная конституционализация" относится к явлению, которое приводит к тому, что временный характер закона, его подчиненное положение, находится под постоянным подозрением в свете Конституции, что заставляет его терять престиж, которым он пользовался ранее: говоря словами Лапорты, его репутация теперь соответствует Конституции. Это заставляет его потерять престиж, которым он пользовался: репутация, по словам Лапорты, теперь соответствует Конституции. ¹¹ Со своей, Лафлин утверждает:

"В эпоху тотальной конституции правительство, подчиняющееся верховенству закона, больше не означает правительство, подчиняющееся независимо провозглашенным формальным правилам. Оно означает правление в соответствии с абстрактными принципами законности [...], которые приобретают смысл только тогда, когда наполняются ценностями [...]" ¹².

Тем не менее, ужасный и недавний кошмар национал-социализма привел к успеху раннего конституционализма в Германии и главенству конституционного судьи, который, будучи хранителем этой сказочной власти, "[...] сигнализирует о полном отказе от юридического позитивизма в немецкой политической и правовой мысли, об утрате веры во всемогущество государственного законодателя". ¹³ Бахофф заключил: "[...] закон, который когда-то был щитом свободы и права, сегодня стал именно угрозой этим благам". ¹⁴ Однако, как отмечает Лафлин, под опекой и надзором Конституционного суда Конституция Германии вскоре стала, подобно обещанию Аргуэльеса, самым важным символом коллективной политической идентичности Федеративной Республики. ¹⁵ И лучшим доказательством этого является то, что на основании простого договора его юрисдикция была распространена на воссоединенную Германию после падения Берлинской стены; как говорит Мартин Лафлин: "[...] это было воспринято как слишком разрушительное явление.

для режима во время воссоединения, чтобы подвергнуть характер этой немецкой конституции народному обсуждению". ¹⁶

Конституционализм поощрял древнюю веру, понятную мистику относительно его характера как инструмента освобождения; но в то же время он способствовал разочарованию. Более чем через полвека после тех американских, французских и испанских учредительных моментов амбиции и ожидания, возлагаемые на конституционный правовой инструмент, обострились в некоторых странах американского континента. Так, аргентинский герой Хуан Баутиста Альберди, покоренный конституционным опытом штата Калифорния, писал в книге *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852):

[...Новая аргентинская конституция должна быть поглощающей, привлекательной конституцией, наделенной такой силой ассимиляции, что она сделает своим каждый иностранный элемент, который приблизится к стране, конституцией, специально и непосредственно рассчитанной на то, чтобы дать четыре или шесть миллионов жителей Аргентинской Республике в течение нескольких лет; конституцией, предназначенной для того, чтобы переместить город Буэнос-Айрес на ступеньку Сан-Хуана, Ла-Риохи и Сальты и доставить эти народы к плодородным берегам Платы с помощью железной дороги и электрического телеграфа, преодолевающих расстояния; Конституция, которая через несколько лет сделает Санта-Фе, Росарио, Гуалегуайчу, Парану и Корриентес такими же, как Буэнос-Айрес, по численности населения и культуре, с помощью того же средства, которое обеспечило величие последнего, а именно благодаря непосредственному контакту с цивилизованной и цивилизующей Европой; конституция, которая, забирая жителей из Европы и ассимилируя их с нашим населением, за короткое время сделает нашу страну настолько многолюдной, что она никогда не сможет бояться официальной Европы в любое время. Конституция, которая будет обладать силой фей, построивших дворцы за одну ночь. ¹⁷

Между тем, в Мексике в то же самое время на Конституцию 1857 года возлагались аналогичные надежды. Мексиканцы, писал Чарльз Хейл в 1972 году, оказались в ловушке

"вера в магию конституций".¹⁸ Но, как заявила Корина Итурбе:

[Конституционная магия - сестра-близнец разочарования: было очень трудно не разочароваться. Правовые инвокации, эти гражданские заклинания, называемые конституциями, имели четкие ограничения; они не могли сами по себе преобразовать экономику или общество наций. Это была подмена реальной политики символической политикой, своего рода коллективное заблуждение.¹⁹

Давайте посмотрим на цифры в начале этой главы, соответствующие странам, которые осмелились закрепить самые фундаментальные права в своих конституционных текстах, и сомнений почти не останется.

Стихия конституционализма вернулась в Латинскую Америку в 1990-х годах с бразильским учредительным процессом, с выборами в Колумбии в марте 1990 года - когда с помощью так называемого "седьмого тура голосования" избирателям было предложено проголосовать за созыв "национального учредительного собрания", не предусмотренного действующей на тот момент Конституцией 1886 года - и с утверждением конституций Венесуэлы (1999), Эквадора (2008) и Боливии (2009), что привело к появлению того, что стало называться

"Новый латиноамериканский конституционализм" (NCL)²⁰.

Хотя, как отмечают некоторые комментаторы,²¹ этот зонтичный термин охватывает разнородные политические течения, которые выкристаллизовались в различных конституционных текстах и разнообразных институциональных практиках, стоит отметить общее "якобинское" рвение, по словам наиболее важных теоретиков, испанских конституционалистов Роберто Висиано и Рубена Мартинеса Далмау, которых вполне можно считать *отцами-основателями* NCL. Речь шла о том, чтобы гарантировать, как никогда ранее в этом регионе, народную власть,²² изначальный суверенитет власти

Учредительная власть, которая должна быть задумана, в манере шмиттианского третьего сословия Сийеса, как истинный и единственный суверен,²³ как проявление демократического радикализма,²⁴ как власть, которая не исчерпывается после обнародования Конституции,²⁵ но которая остается "внимательной" и бдительной, за кулисами; власть "Развязывание", институциональное ослабление "популизма", который был гегемоном в регионе на протяжении последних трех десятилетий.²⁶ По словам Висиано и Мартинеса Дальмау:

"...] Конституция [понимается] как плод учредительной власти, которая может быть только демократически легитимной, полностью нормативной и целью которой является материализация воли народов, выраженной в использовании их суверенитета". С этой точки зрения, концепция конституции как простого ограничивающего фактора (конституированной) власти преодолевается, и определение конституции как формулы, в которой учредительная власть выражает свою волю, завершается.²⁷

В 2012 году конституционалист Альберт Ногуэра Фернандес выразился еще более прямолинейно: "Недостаточно изменить правящих субъектов и их политику; либеральная государственная институциональность также должна быть побеждена".²⁸

Это объясняет то знаменитое обстоятельство, что Конституция Венесуэлы является первой жесткой Конституцией в Латинской Америке, то есть такой, которая исключает любую возможность реформирования "конституционной властью",²⁹ или что, как в случае с Конституцией Боливии [Статья 196.II], в ней закреплено предпочтение интерпретации Конституции на основе воли избирателей, что в конституционной доктрине США известно как

"Оригинализм",³⁰ и что перед лицом конформизма правительств, которые могли бы предположить возвращение к политической экономической политике.

В "неолиберальные" 1970-е годы часто звучали призывы, проводились выборы и создавались "учредительные собрания", чтобы первоначальный народ мог снова высказаться,

настоящей. "Этой "революционной" учредительной власти, - объясняет Альтерио, - было поручено воссоздать государство и заменить конституционную преемственность, *но не размываться после того, как ее миссия была выполнена*". ³¹ Перефразируя Бытие, можно сказать, что в начале был "народ", *We the People*, которым открывается Конституция США, но *народ - всегда* (выше конституционных властей). В основе, как отметил Преусс, лежит идея "перманентной революции", которую отстаивали Маркс и Энгельс в 1848 г. ³²

В Венесуэле это было парадигматично в результате "Параллельная институциональность", созданная в результате созыва Национального учредительного собрания в 2017 году Указом Президента № 2830 от 1 мая 2017 года, в частности, на основании статьи 347 Конституции, с ее всеохватывающими полномочиями затмила обычный законодательный орган, в котором оппозиция составляла большинство. Благодаря своим всеобъемлющим полномочиям эта Ассамблея затмила собой обычный законодательный орган, в котором оппозиция составляла большинство. ³³ Преамбула Указа является непревзойденной иллюстрацией конституционного популизма:

Используя полномочия, предоставленные мне статьей [...], с благословения Всемогущего Бога, вдохновленный великим историческим наследием наших коренных предков, героев и героинь независимости, на вершине которого стоит Отец Родины, Освободитель Симон Боливар, и с главной целью гарантировать сохранение мира в стране [...]..... в условиях, когда над ее конституционным порядком нависают серьезные внутренние и внешние угрозы со стороны антидемократических факторов с ярко выраженной антипатриотической позицией, я считаю неизбежным историческим долгом созвать НАЦИОНАЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ СОБРАНИЕ, взяв за основу народный учредительный процесс, наследие команданте Уго Чавеса [...], чтобы наш народ, как Первоначальная Учредительная Власть, выразил свою сильную волю и максимальные гарантии защиты священных прав и социальных достижений, завоеванных [...].

Среди программных целей, возложенных на Национальное учредительное собрание, номер 3 гласит: "Конституировать социалистические миссии и Великие социалистические миссии, развивая государство...".

демократической, социальной, правовой и справедливой, к государству высшего социального счастья, с целью сохранить и продлить наследие команданте Уго Чавеса [...]". Номер 8 посвящен другой цели: "Гарантия будущего, нашей молодежи, путем включения в конституцию главы, закрепляющей права молодежи, такие как [...] право на достойную работу, которая раскрепощает их творчество [...] и признание разнообразия их вкусов, стилей и мыслей, среди прочего". Цель номера 9, в свою очередь, звучит так: "Сохранение жизни на планете". ³⁴

Пока планета сохраняется, но в результате этих "учредительных" маневров в 2019 году в Венесуэле возникли два спорных президентства: Николаса Мадуро, победителя выборов 2018 года, которые были признаны фальсифицированными, и Хуана Гуайдо, тогдашнего председателя Ассамблеи, который сослался на статьи 233 и 333 Конституции Венесуэлы, чтобы установить себя в качестве временного президента.

Наряду с этой мистификацией учредительной власти, популярный или популистский отпечаток NCL, как исчерпывающе проанализировала Ана Микаэла Альтерио, воплотился в реализацию ряда механизмов, направленных на углубление представительного, радикально демократического характера этих "новых" режимов: референдум в различных вариантах (утверждающий, консультативный, отменяющий, аннулирующий); открытые или народные кабиљдо; собрания граждан или квартальные собрания; открытые советы; контрольные комитеты; гражданские обсерватории; и создание в Венесуэле двух "новых властей" (наряду с классическими законодательной, исполнительной и судебной) - "власти граждан" и "избирательной власти". В Эквадоре

ввел так называемый механизм "пустого стула", ³⁵ согласно которому представитель граждан занимает место в определенных эквадорских институциональных органах в зависимости от рассматриваемого вопроса. Эквадор также закрепил право на сопротивление (в Статье 98 Конституции), или, наконец, всенародные выборы судей Многонационального Конституционного Суда в Боливии, ³⁶ что не имеет аналогов в сравнительном праве.

Но, помимо этих "новых" механизмов народного участия, у NCL была и остается существенная политическая повестка дня, которая, с одной , на реализацию давно не оправдавшихся надежд и прав меньшинств - в основном женщин и коренных народов - и на поиск гораздо более интервенционистских механизмов в экономике со стороны государственных органов, в частности, путем жесткого ограничения производственного развития в целях уважения и сохранения природы.

Об этом в свое время рассказал Херардо Писарелло, конституционалист и бывший депутат от Unidas Podemos. Стоит подробно процитировать его:

В Латинской Америке [...]. Сопротивление, оказанное различными народными движениями военным диктатурам, исключаящим представительным режимам и неолиберальной политике в последние десятилетия, породило процессы, обогатившие содержание конституционализма в регионе в эгалитарном и демократическом плане. Путь этого нового латиноамериканского конституционализма [...] получил новый импульс благодаря недавно открывшимся процессам в таких странах, как Венесуэла, Эквадор и Боливия. Эти процессы были отмечены, помимо прочего, появлением субъектов (крестьянские и коренные движения, женские и феминистские организации, новые и старые профсоюзы, движения безработных, городской бедноты и выходцев из Африки, правозащитные организации), которые заставили включить новые вопросы в политико-конституционную повестку дня, а вместе с этим и разграничить модель с ее собственными характеристиками [...]. Избрание Х. Чавеса в Венесуэле, Л.И. Лулы да Силвы в Бразилии, Н. Киршнер в Аргентине и Т. Васкеса в Уругвае, а также победа социалистки М. Бачелет в чилийской Концернции ознаменовали поворотный момент в политической и конституционной повестке дня [...].

Сценарий, существовавший до этого момента, изменился. После десятилетия приватизации и политики корректировки, оправдываемой борьбой с инфляцией или необходимостью модернизации государственного аппарата, начал набирать силу новый здравый смысл, сосредоточенный на необходимости более широкого участия граждан, внимания к наиболее отверженным группам и постановки под сомнение некоторых основных вопросов, которые неолиберализм сделал табуированными, таких как государственное управление экономикой [...]. Эти преобразования, короче говоря, будут способствовать зарождению нового латиноамериканского социального конституционализма, который, хотя и не застрахован от авторитарных или элитарных регрессий, пробудил сильные демократизирующие и гарантирующие ожидания" ³⁷.

Последним сыном (или дочерью) отпрыска NCL стал проект конституции Чили, который был окончательно отвергнут неожиданно большим большинством голосов (в подавляющем большинстве среди представителей низших слоев населения) на референдуме, состоявшемся 4 сентября 2022 года. Этот проект должен был завершить судорожный учредительный процесс, начатый в 2020 году, как способ урегулирования насильственных социальных волнений в стране в конце 2019 года; он также должен был удовлетворить стремление многих социальных слоев Чили преодолеть конституционные "замки", наложенные режимом Пиночета и препятствовавшие построению социального государства в Чили с момента принятия действующей Конституции 1980 года - текста, лишь "дарованного" и имеющего лишь видимую конституционность, согласно анализу чилийского конституционалиста Фернандо Атрия. ³⁸ Ее составитель, Хайме Гусман, не смог бы более точно выразить то, как Конституция Пиночета оставила все связанным и хорошо завязанным, если использовать известное обобщение о преемственности режима Франко. По словам Гусмана, идея заключалась в том, что противники, если они придут к власти, будут "вынуждены следовать действиям, не сильно отличающимся от тех, которых хотелось бы для себя, потому что - если можно использовать метафору - пределы альтернатив, которые поле накладывает, фактически, на

тех, кто в нее играет, достаточно мала [чтобы] было крайне сложно утверждать обратное". ³⁹

Здесь нет необходимости проводить исчерпывающий анализ, чтобы объяснить неудачу чилийского учредительного процесса. Политический парадокс конституционной реформы, сформулированный конституционалистом Паоло Кароцца, похоже, стал явью: "[...] чем более необходима конституционная реформа, тем более неспособна политическая система найти необходимый консенсус по содержанию реформы". ⁴⁰ На самом деле, по мере того как приближалась дата плебисцита и предзнаменования "Я одобряю" становились все более мрачными, силы, выступающие за проект, активизировали кампанию, пообещав, что в случае одобрения Конституция будет немедленно реформирована в тех аспектах, которые способствовали возможности ее отклонения. Что-то вроде: "Любовь моя, выходи за меня замуж, и я изменю те черты своего характера, которые ты отвергаешь". ⁴¹ На самом деле, как пронизательно заметил политический аналитик Джон Мюллер, если бы "отказ" победил, это значительно облегчило бы изменение отвергнутой Пиночетом Конституции 1980 года, что в конечном итоге и было приоритетной целью. ⁴² Именно об этом и пойдет речь в данной книге: Экспертная комиссия, назначенная Национальным конгрессом в марте 2023 года, представит Конституционному совету (орган, состоящий из 50 членов) предварительный проект Конституции, который будет окончательно доработан и утвержден этим органом 7 ноября 2023 года и представлен на всенародную ратификацию 17 декабря следующего года. На данный момент на выборах в Конституционный совет 7 мая 2023 года правая Республиканская партия одержала оглушительную победу, которая гарантирует ей блокирующее меньшинство и значительный контроль над окончательным содержанием того, что в итоге станет новой Конституцией Чили.

В любом случае, мне интересно посмотреть, как окончательно расстроенный проект чилийской Конституции 2022 года согласуется с предположениями и основами NCL, учитывая некоторые из его основных составляющих: внимание к требованиям коренных народов и секторов радикального феминизма и коллектива ЛГТБИ (вплоть до требования паритета и принуждения к резервированию мест для коренных народов и наций); ⁴³ "сентиментальные" прокламации бессмысленного содержания ("Люди и народы взаимозависимы с природой и образуют неразрывное целое [...]") ⁽⁴⁴⁾ [...]") ⁴⁴ или просто поражающие своей конкретизацией или конституционным положением ("Чилийские пожарные бригады представляют собой учреждение, входящее в систему гражданской обороны, цель которого - реагировать на чрезвычайные ситуации, вызванные людьми [...]") ⁴⁵.

Та социальная, народная, плюринациональная, феминистская и экологическая повестка дня NCL, о которой я говорил ранее, была конституционно воплощена путем "накопления", в терминах Роберто Гаргареллы, т.е. посредством обнародования очень обширных и очень многословных конституционных текстов (боливийская конституция содержит 411 статей, венесуэльская - 350, а чилийский проект - 388 статей и 57 переходных положений), Венесуэльская конституция состоит из 350 статей, а чилийский проект конституции состоял из 388 статей и 57 переходных положений), которые включают в себя богатые каталоги прав и в которых процветают расплывчатые, по сути противоречивые и семантически "пристрастные" термины, не имеющие консолидированного значения и склонные противоречить друг другу. ⁴⁶ Мексиканский конституционалист и политолог Педро Салазар справедливо утверждает, что конституции NCL являются подлинными. "Это, конечно, подрывает ценность правовой определенности и предсказуемости и увеличивает вероятность произвольного осуществления государственной власти". Что является критерием

"Культурная значимость" закрепления права на достаточное питание в проекте конституции Чили ⁴⁸ или "деколонизация" образования [Статьи 78 и 80 конституции Боливии] отнюдь не является интуитивной или непосредственной. ⁴⁹ Но, как отмечает Роберто Гаргарелла, этот расширительный и "регулятивный" характер конституций NCL обратно пропорционален возможности присоединения граждан. ⁵⁰ Гаргарелла справедливо отмечает, что

"Может случиться так, что в одной и той же Конституции (тем более в одной из четырехсот статей) мы найдем положения, которые нас восхищают, и другие, которые нам отвратительны [...] ему [избирателю] придется мириться с конституционными положениями, которые он категорически отвергает, [...] одобрение того, что он отвергает, будет осуществляться путем ссылки на его предполагаемую поддержку". ⁵¹

Такое расширение прав также приведет к умножению конфликтов, как уже говорилось выше. Для примера рассмотрим статью 10 Конституции Эквадора, которая приписывает права "лицам, сообществам, народам, национальностям и коллективам". Что отличает "коллектив" от "сообщества"? Права

Как должны разрешаться эти конфликты?". Давайте также отметим, что, по словам Писарелло: "Все эти права закреплены как права без внутренней иерархии, подчиняются эквивалентной системе гарантий и закреплены в соответствии с самыми передовыми стандартами, установленными сравнительным конституционализмом и международным и региональным правом прав человека (от Международных пактов о гражданских и политических правах и экономических, социальных и культурных правах 1966 года до Пакта Сан-Хосе де),

1969 года или Сан-Сальвадорский протокол 1988 года)". ⁵² Поистине, задача не из легких, если это вообще возможно.

Рассмотрим, например, случай с решением ампаро Верховного суда Мексики 584/2016 по делу девочки из Идальго (Мексика), которая требовала двуязычного культурного образования для сохранения и развития своей культуры и языка как члена коренного народа Nñāññi Otomí из Сан-Ильдефонсо. Каков объем этого экономического, социального и культурного права, которое, по мнению многих юристов, является не более чем аспектом права на образование и права на равенство и недискриминацию? ⁵³ Для Суда такое признание важно, и оно выражается в следующем:

"[...культурного и языкового многообразия нации и уважения культурной самобытности, истории, языка, ценностей и обычаев каждого коренного народа и общины, но также и признания важности национального единства, что подразумевает содействие интеграции представителей этих народов и общин в производственную и демократическую жизнь страны, без каких-либо различий по признаку языка, культуры, религии, расовой или этнической группы, не для того, чтобы ассимилировать, исчезнуть или подчинить себе эти культуры и их языки, а для того, чтобы на основе признания их существования и уважения их самобытности, культуры, языка и традиций они могли стать частью экономического и культурного развития нации и получить доступ к нему как способ преодоления дефицита и отсталости, в которых они оказались, и улучшения условий их жизни. ⁵⁴

Вряд ли достойный возражений, но подозрительно недейственный вывод.

И добавьте ко всем вышеперечисленным трудностям возможное неясное измерение расширения основных прав, вызванного НКЛ. Ведь, как предупреждала Розалинд Диксон, права могли в конечном итоге функционировать как

"Шантаж" в политических переговорах с целью обеспечить поддержку националистических движений и успех учредительного процесса, если

или с недемократическим результатом. Именно это, по ее мнению, произошло бы в Эквадоре в 2008 году: ценой за придание конституционного статуса "Pacha Mama" и правам природы стало неограниченное избрание президента Корреа, президента, который, будучи кандидатом и говоря об экологических правах, называл лидеров-экологов прошлого инфантильными и фундаменталистскими и критически относился к самоопределению коренных народов.⁵⁵ На самом деле, как вспоминает Марк Беккер, в споре об эксплуатации ресурсов в Национальном парке Ясуни и о сфере действия экологической конституции Эквадора президент Корреа встал на сторону тех, кто отдавал предпочтение экономическим интересам.⁵⁶

Те, кто защищает NCL, утверждают, что конституциям подобает быть обширными и даже технически импровизированными, что является приемлемой ценой, поскольку они "исходят от народа".⁵⁷ В этом смысле Роберто Висиано и Рубен Мартинес Дальмау ссылаются на способность этих конституций сочетать техническую сложность с доступным языком, который включает в себя инклюзивный язык или включение терминов коренных народов, и, с другой стороны, нежелание использовать латинизмы. В отличие от номинализма и краткости, характерных для американского конституционализма, длина и сложность конституций NCL, по мнению Висиано и Мартинеса Дальмау, являются преднамеренными действиями со стороны избирателей, чтобы лучше контролировать конституционную власть и обеспечить эффективное соблюдение ее соображений в деталях и со всеми вытекающими последствиями в ее стремлении к тому, чтобы Конституция выполняла свою освободительную функцию.⁵⁸ В том же ключе Писарелло заявил: "Мы также не должны забывать, что конституционные тексты, особенно когда они являются результатом

интенсивных процессов участия, они не просто технические инструменты, разработанные для удовлетворения строгих требований юриста. Это также, и прежде всего, политические документы, обладающие легитимирующей и педагогической функцией, которую нельзя игнорировать".⁵⁹ В этой защите Писарелло опирается на презентацию испанской Конституции Второй Республики, сделанную Луисом Хименесом де Асуа в его речи от 27 августа 1931 года, в которой он сказал: "Прежде всего, я хотел бы заявить, что разработанная нами Конституция не является чрезмерной в своих статьях, поскольку она содержит всего 121 статью. Фактическая действующая часть Конституции Германии содержит 165 статей, Конституция Австрии - 150, и не забывайте, что Конституция Кадиса состояла из 384 статей; потому что опыт учит нас, что народные Конституции всегда длинные, а то, что мы собираемся сделать здесь - это народная Конституция". Верно, но конституции, охватывающие NCL, вдвое или втрое длиннее среднего показателя.

Ана Микаэла Альтерио также защищала изобилие. Он утверждает, что с помощью каталогов прав NCL приходит на помощь тем, кто "еще не имеет прав", тем, кто исключен. Расширение или включение "новых прав" - это то, что следует отметить, поскольку настаивание на абсолютном основании прав было своего рода консервативным, *iusnaturalist*ским оправданием перед лицом достижений в области социальных прав. Писарелло придерживается того же мнения: "Это всеобщее и неделимое признание некоторых основных прав человека тесно связано с установлением ограничений на антисоциальное осуществление экономических прав, начиная с права на собственность".⁶⁰

Время шипучей энергии NCL прошло, и, как и в прошлом, наступило предсказанное уныние; магия якобы волшебного конституционализма не сработала. Широким слоям населения в Латинской Америке не гарантированы минимальные условия для осуществления их моральной автономии. Напыщенное провозглашение прав природы или коренных принципов достойной жизни не помешало Конституционному суду , как эквадорскому , выдать фабулу проектам "добытки", которых защищает президент Кореа. Разочарование порождается неисполнимостью социальных прав и чрезмерным судейством политических и социальных требований с последующей эрозией демократии.

NCL родилась из желания преодолеть классические возражения против демократического конституционализма, подозрения, которые, как мы видели ранее, витают над органами, отвечающими за контроль конституционности закона, так называемую "контр-мажоритарную трудность". ⁶¹ Путь к преодолению этой трудности лежал именно в углублении демократических элементов и

"Самым важным примером этого стали вышеупомянутые всенародные выборы конституционных судей в Боливии. Но когда дело дошло до перехода от муз к театру, результат оказался весьма неутешительным: на первых выборах 60 процентов голосов были недействительными или незаполненными. Во втором случае, через четыре дня после того, как Многонациональный конституционный суд признал переизбрание Эво Моралеса, результат был еще хуже.

Именно такие решения, как карт-бланш, выданный Многонациональным конституционным судом Боливии на переизбрание Моралеса, противоречат самому конституционному положению [Статья 52 Конституции] с аргументом, что права человека - включая право на жизнь, свободу и личную неприкосновенность] - это не только нарушение прав человека, но и нарушение права на жизнь.

⁶² и то, что международные обязательства Боливии в этой области имеют приоритет над Конституцией⁶³ вызвало обоснованную и порой яростную критику разработки NCL ⁶⁴.

Нет Немногоученых о феномена уже утверждают что надежда, на сайте строго говоря никогда не могла никогда не затаилась.Некоторые утверждают это, потому что радикально не доверяют институтам конституционной демократии. "Ничто в обществе не изменится, - отмечает Ногуэра, если не будут преобразованы и механизмы власти, которые функционируют вне государственного аппарата, *на уровне каждой минуты повседневной жизни*". ⁶⁴ Другие, не заходя так далеко, указывают в том же направлении.

Это характерно для Роберто Гаргареллы, одного из самых известных латиноамериканских конституционалистов. В книге *"El derecho como una conversación entre iguales"* Гаргарелла утверждает, что идеал демократического конституционализма пришел в Латинскую Америку слишком поздно, оснащенный механизмами, которые уже доказали свою контрпродуктивность и на которых висело вполне обоснованное подозрение в том, что в нелегитимности; на сайте в частности, что конституционное верховенство которое повлекло за собой на правило от . конституционных судей, элитарный, антидемократический компонент, который

Некоторое время назад Гаргарелла сам осветил этот вопрос ⁶⁵.

НКЛ, говорит нам Гаргарелла, родилась слишком старой и не смогла развеять демократические возражения. ⁶⁶ Кажется, что она даже сочетает в себе худший из возможных конституционных миров. Гаргарелла утверждает, что мы сталкиваемся с конституциями, которые поддерживают гиперпрезиденциализм, доверяют судьям и судам принятие самых важных решений и не способны удовлетворить требования и ожидания социальных реформ и демократического участия. Проблема, утверждает Гаргарелла уже некоторое время, кроется в "палате".

⁶⁷⁾ "Кто бы мог подумать, что в свете нового списка социальных прав консервативная судебная система окажется в авангарде эгалитарных преобразований [...]", - спрашивает Гаргарелла. ⁶⁸ Конституция, подобная эквадорской, может принимать принципы благосостояния коренных народов или радикальной защиты природы по инициативе индигенизма, но "машинный зал", в котором доминируют элиты и экономические интересы, благоприятствует толкованию конституции в интересах добывающих компаний, что также приводит в пример Гаргарелла. ⁶⁹ В заключение он заявляет:

Мы должны оставить в стороне попытки возродить, восстановить, починить то, что у нас есть, потому что в значительной степени это безжизненные институты, которые потеряли свое направление, которые не служат тем целям, которые оправдывали их публично и узаконивали их демократическим путем в момент их рождения [...], становится необходимым не настаивать на корректировке институциональной структуры, а, насколько это возможно, работать над ее демонтажем и заменой на другую [...] нам нужно заложить институциональные основы для демократической, достойной жизни. ⁷⁰

А для этого, предупреждает Гаргарелла, мы должны восстановить то, что

"разговор между равными", который предполагает механизм демократии, правильно понятый. Таким образом, воссоздавая оправдательный механизм общественного договора, Гаргарелла предлагает нам представить, как иммигранты, прибывшие на неоккупированную территорию, где они селятся и регулируют свое сосуществование с помощью набора правил, которые они сами себе устанавливают (возможно, не углубляясь, *пилигримы*, прибывшие в "Новый Свет" и вынужденные разрешать свои споры), решали бы свои интерпретационные проблемы. По мнению Гаргареллы, эти разногласия никогда не должны закрывать

"разговора", и не передавать последнее слово органу, который не имеет

это сам демос. Конечно, Гаргарелла осознает, что такой диалог, стилизованный таким образом, нереализуем в таких обширных и плюралистических обществах, как наше, в которых можно говорить о "большинство" и "меньшинство" - это абсурдное упрощение; ⁷¹ тем не менее, "разговор на равных" должен функционировать как наш идеал политического регулирования. Как это произошло, приводит он пример, с партисипативными движениями в Ирландии и Исландии, а также с реформой законодательства об абортах в Аргентине, ставшей результатом массового "народного" процесса.

Но не всегда "машинный зал" - то есть глубинный механизм, препятствующий продвижению или гарантированию определенных прав - формируется элитарной или консервативной судебной системой перед лицом молчаливого или подчиненного "социального большинства". Может оказаться, что именно "большинство" в сговоре с законодателем, исполнительной властью и силой влияния, которое может оказывать академия в сговоре с администрацией, срывает или нарушает интересы и права, которым можно служить. Может ли это не описывать испытания, выпавшие на долю нескольких родителей в Каталонии, которые хотят, чтобы конституционный мандат на создание подлинно двуязычной школы в их автономном сообществе был выполнен? Это требование, которое в любой другой конституционной демократии было бы "легким делом": чтобы официальный язык на всей территории и со-официальный в Каталонии составлял не менее 25 процентов от языка общения в каталонских государственных школах. Этот процент был установлен "машинным отделением" судей и судов в попытке обеспечить соблюдение, хотя и в минимальной степени, требований действующего законодательства, т.е. свода правил разного ранга в интерпретации, данной Конституционным и Верховным судами. Эти окончательные решения неоднократно и систематически игнорируются администрацией.

Каталонское правительство в сговоре с государством. Таким образом, "машинный зал", который приходит на помощь меньшинству, сталкивается с еще более мощным "машинным залом" остальных властей государства (центральное правительство, парламенты, администрации, государственная прокуратура). И, кроме того, она также сталкивается с "доктриной" значительной части "академии", которая в любой другой сфере праздновала бы тот факт, что судьи выполняют свою главную миссию по защите прав меньшинств. Но не в этом случае: установление судами этих процентов или минимумов является недопустимым судебным вмешательством вопреки желанию большинства - каталонских националистов, если быть точным, - представленного в парламенте. Как отметила испанский административист Альба Ногейра:

Устанавливать процентное соотношение использования испанского языка в образовании - это глубоко аномально и выходит за рамки судебной функции. Суды не принимают законов, они выносят решения по искам конкретных семей, признающих индивидуальные правовые ситуации, которые затрагивают только и исключительно классы и занятия их детей [...]. Как бы мы посмотрели на то, чтобы суд разрешил требование семьи о том, чтобы все ученики в классе перестали изучать биологию?

Или что заставит суд применить ко всему классу учебные адаптации для детей с особыми образовательными потребностями (высокая успеваемость, инвалидность...)? Попытка законодательной инициативы со стороны судов, когда демократическое большинство не может изменить нормы без такта судов.

Конституционность - это глубокая ошибка. ⁷²

Я также спрашиваю себя: применили бы мы те же самые рассуждения, если бы речь шла о том, что большинство населения может "Либертарианец" не захочет оплачивать базовую иммунизацию для всех детей в Мексике, когда их конституция гарантирует право на медицинское обслуживание? например.

В дополнение к вышесказанному - характеру "машинного отделения" - существует парадоксальный, самопротиворечивый воздух в подходе

Гаргарелла, как в своем диагнозе, так и в своей терапии. Когда мечту о латиноамериканском конституционализме критикуют за то, что в "моторном отсеке", где доминируют консервативные и элитарные силы, социальная справедливость может быть достигнута простым институциональным закреплением обширных списков прав всех поколений (существующих и будущих: социальных, экономических, культурных, экологических...) и созданием органов, ответственных за их применение, это, по сути, означает, что при "другом моторном отсеке" такие ожидания могли бы быть оправданы.

Это предположение, однако, имеет два недостатка: оно скорее презирует, чем подтверждает демократический идеал (поскольку мы должны приветствовать тот факт, что в конечном итоге государственную политику определяют непредставительные органы или органы, обладающие меньшей легитимностью, чем парламентское большинство), и оно скорее игнорирует, чем предполагает, факт разумного плюрализма в отношении результатов, которых мы должны достичь в этих областях и которые, за неимением лучшего синтагма, мы охватываем термином *социальная* (или экологическая, или феминистская, если на то пошло) *справедливость*. Демократия, конституционная или иная, - это случай "несовершенной процедурной справедливости", в терминах Джона Роулза, потому что процедура не гарантирует желаемого, справедливого результата. Большинство, будь то гражданское, парламентское или в самом конституционном суде или трибунале, "ошибается". ⁷³

Гаргарелла прекрасно понимает, что ограничения любого "Машинное отделение", особенно то, которое призвано разрешать социальные конфликты, связанные с трудными сделками между различными интересами или требующие знания очень сложных реалий, неопределенных в своем будущем. Подумайте о страховании здоровья, жилье, защите окружающей среды..... ⁷⁴ Сознательный,

Как я уже сказал, Гаргарелла берет за образец те судебные процессы, в которых суды давали общие критерии, чтобы побудить администрацию или парламент к действиям, или те судебные споры, которые побуждали граждан к участию в жизни общества; например, суд Grootboom в Южной Африке, давший более определенные рамки, чем просто риторическая апелляция к конституционному праву на жилье в деле о незаконном захвате земли; или дело Mendoza в Аргентине, в котором были оглашены требования о возмещении ущерба, нанесенного загрязнением реки, и проведены общественные слушания. ⁷⁵

Но из верности демократическому идеалу остается вопрос: когда речь не идет о конкретных спорах, почему бы не перенести эти "разговорные" механизмы в парламент, "естественное" место политического представительства? Давайте рассмотрим вопрос, который не требует - точно так же, как в случае с надзором или эффективным обеспечением социальных, экономических или экологических прав - специальных *знаний* или бюджетного контроля для достижения таких целей, как всеобщее здравоохранение, достойное жилье или устойчивое развитие; поэтому давайте рассмотрим случай аборта.....

Каким образом аборт должен стать предметом "разговора равных"? Как я уже отмечал ранее, Гаргарелла проиллюстрировал свою модель диалоговой демократии на примере очень широкого процесса участия, так называемого "зеленого прилива", который в Аргентине привел в конце 2020 года к реформе декриминализации добровольного прерывания беременности в окончательном решении, которое последовало за почти двенадцатичасовым обсуждением в Сенате. ⁷⁶

Это было решение, которое нельзя было откладывать, утверждает Гаргарелла, потому что отказ от принятия решения не означает нейтралитета, "а означает принятие чьей-либо стороны в пользу одних и в ущерб другим". Он добавляет:

Таким образом, когда государство не принимает активных мер в отношении аборт, оно фактически позволяет многим людям умирать в результате плохих условий, в которых проводятся нелегальные аборты, многие люди не получают медицинской помощи, которой они заслуживают, и не находят защиты и признания, в которых они нуждаются. Точно так же, когда государство не вмешивается в проблему изменения климата, оно позволяет крупному бизнесу продолжать наносить ущерб планете загрязнением, производимым его компаниями. ⁷⁷

В Аргентине, как и во многих других странах Латинской Америки, этот вопрос был давно решен: согласно Уголовному кодексу 1921 года, аборт считался преступлением, за исключением случаев, когда можно было избежать опасности для жизни или здоровья матери, и если беременность была результатом изнасилования "или непристойного нападения, совершенного на идиотку или безумную женщину [...]" (78) На практике аборты по закону в Аргентине были редкостью, а подпольные аборты составляли подавляющее большинство, и количество подпольных абортов было очень высоким.⁷⁸⁾ На практике аборты по закону в Аргентине были редкостью, а подпольные аборты составляли подавляющее большинство, и число женщин, умерших во время таких абортов, было очень велико. Начиная с 1984 года, в стране принимались законопроекты о декриминализации, которые не дошли до парламентских дебатов.

Строго говоря, речь шла не о том, чтобы "не принимать решение", а о том, чтобы не принимать решение о более широкой декриминализации добровольного прерывания беременности, за которую выступали многие, включая Роберто Гаргареллу. Аргентинское государство было не "нейтральным", а совершенно "про-лайф", как называл себя "другой прилив", светло-голубой прилив, который, чтобы противостоять декриминализации, также апеллировал к неконституционному характеру решения, подобного тому, которое в конце концов восторжествовало. По мнению противников а декриминализации абортов, Аргентина была

обязана соблюдать стандарт защиты человеческой жизни, закрепленный в Статье 4.1 Американской конвенции по правам человека,⁷⁹ а также в интерпретирующем заявлении, которое она сделала при ратификации Конвенции ООН о правах ребенка.⁸⁰ Таким образом, права человека, которые превалируют над Конституцией Боливии, чтобы Эво Моралес мог быть переизбран президентом, могут быть также использованы для победы над целью гарантировать то, что для многих является сексуальными и репродуктивными правами женщин, но подразумевает жертвование правом на жизнь нерожденных детей. Законно ли тогда, что светло-голубой прилив восторжествовал, или же в "машинном отделении" "народа" или "социального большинства" на самом деле есть скрытая кнопка? Делает ли разговор между равными по вопросу об абортах всех равными, или, снова перефразируя Джорджа Оруэлла, некоторые в разговоре более равны, чем другие?

По мнению Гаргареллы, этот "аборт еще не решен". означает, что она "должна быть разрешена", поскольку, когда решение было принято в запретительном смысле, эта практика, отнюдь не исчезая, преобладает или увеличивается, и, более того, она осуществляется в худших условиях здоровья и безопасности для женщин. Однако это, являясь поддающимся проверке эмпирическим вопросом, не может служить убедительной нормативной причиной для того, чтобы разрешить ее в любом случае. В 1981 году, по случаю итальянского референдума о ратификации Закона 194, декриминализирующего аборт, великий итальянский философ права Норберто Боббио дал интервью Джулио Насимбени, и по поводу декриминализации абортов, оправданной аргументом "безопасность", он сказал: "Мужчины такие, какие они есть, но мораль и закон существуют для этого. Кража

автомобили... это очень распространено, это почти безнаказанно, но узаконивает ли это воровство?" ⁸¹

такие рассуждения, как у Боббио, во многом легли в основу решения Конституционного суда Колумбии в его постановлении от 21 февраля 2022 года, в котором он вынес решение по иску о неконституционности (публичном действии неконституционного характера) статьи 122 Уголовного кодекса. Это решение было принято с очень небольшим перевесом и вызвало много споров (девять судей "за" и четыре "против"). Давайте остановимся на этом подробнее.

Уже в 2006 году Конституционный суд Колумбии в своем постановлении С-355 вынес решение о конституционности этого же предписания, постановив (законодательно закрепив?), что криминализация абортов по обоюдному согласию является конституционно обоснованной ("exequible") при условии наличия трех оснований для декриминализации: "(i) если продолжение беременности представляет опасность для жизни или здоровья женщины, подтвержденную врачом; (ii) если имеется серьезный порок развития плода, делающий его жизнь нежизнеспособной, подтвержденный врачом; и (iii) если беременность наступила в результате поведения, о котором было должным образом сообщено, представляющего собой плотский доступ или сексуальный акт без согласия, неправомерное или неконсенсуальное искусственное оплодотворение или пересадку оплодотворенной яйцеклетки, или инцест".

[illegible]

по соображениям совести); непрекращающееся количество подпольных аборт, приводящих к смерти, и неспособность колумбийского государства предотвратить их. Все это означает нарушение прав женщин на сексуальное и репродуктивное здоровье, равенство, совесть и репродуктивную автономию. Суд считает, что криминализация аборт по согласию "вступает в сильное противоречие" со всеми этими правами. Криминализация является препятствием для репродуктивного здоровья женщин, поскольку она небезопасные аборт", - постановил суд.

-Кроме того, согласно данным, он не оказывает желаемого сдерживающего или превентивного эффекта. По словам самого суда:

Несмотря на то, что статья 122 Уголовного кодекса преследует убедительную конституционную цель, которая заключается в защите жизни в период беременности - правового блага, охраняемого данной нормой, - существующая форма криминализации преступления аборт по согласию не является адекватной для достижения целей наказания, поскольку, несмотря на то, что уголовное преступление направлено на выполнение этого конституционного императива, не ясно, что эта форма криминализации эффективно способствует - то есть, подходит - для достижения этих целей, особенно общего предупреждения. Неясно, что эта форма криминализации эффективно способствует - то есть подходит - достижению этих целей, в частности, общей превенции, как это видно из того сильного воздействия, которое она оказывает на права на здоровье и репродуктивные права, равенство и свободу совести, о которых говорилось выше. Другими словами, не очевидно, что криминализация аборт с согласия эффективно способствует защите жизни в период беременности, если принять во внимание ее незначительное влияние на выполнение общей превентивной цели наказания, назначаемого за его криминализацию. Отсюда очевидное конституционное противоречие, возникающее между оспариваемым положением и превентивной целью наказания.⁸²

Суть рассуждений, как я уже отмечал выше, сводится к следующему: нецелесообразно наказывать поведение X, потому что при этом поведение X сохраняется или развивается в худших условиях. Предположим, что телесные наказания несовершеннолетних криминализированы: расширим ли мы условия, при которых такое поведение допустимо, или даже декриминализируем его, если детей будут бить?

Или подумайте о детоубийстве или калечащих операциях на женских половых органах. Или подумайте о детоубийстве или калечащих операциях на женских половых органах: следует ли смягчить наказание за это преступление, поскольку оно может практиковаться в менее безопасных условиях? По сути, как я уже говорил, мы предполагаем, что аборт в некоторых случаях является морально оправданным действием, которое должно быть разрешено законом.

Конституционный суд Колумбии считает, что его задача - найти "конституционный оптимум", промежуточную формулу, которая не жертвует полностью двумя полюсами, находящимися в напряжении: защитой *нерожденного ребенка*, его существованием и личной автономией и правами беременных женщин. Суд приходит к выводу, что таким оптимумом является

Получается", когда аборт остается безнаказанным до внеутробной жизнеспособности плода, 24-й недели беременности - порога, установленного в знаменитом решении Верховного суда США по делу *Roe v. Wade* (1973). ⁸³

Это решение о конституционности в значительной степени является результатом очень долгого разговора (почти четыреста страниц решения), разговора, в котором, кстати, Гаргарелла участвовал в качестве "эксперта суда". Вопрос, который можно задать Гаргарелле, заключается в том, является ли этот тип легитимирующего "разговора" "между равными" тем, что мы должны поощрять и праздновать: почему бы ему не стать еще одним примером "разговора" между равными?

"Конституционный элитизм", который, по мнению Гаргареллы, присущ конституционализму, который, к тому же, он хочет считать недействующим?

Давайте немного подумаем о решении Конституционного суда Эквадора от 2019 года относительно так называемых равных браков ⁸⁴, т.е. между лицами одного пола. Конституция Эквадора гласит в Статье 67: "Брак - это союз между мужчиной и женщиной". Поскольку

Консультативное заключение Межамериканского суда по правам человека (ОС-24/17), которое послужило поводом для судебного разбирательства о конституционности, более тонкое понимание принципа равенства может не допустить такой дискриминации. Возможно, консультативное заключение Суда является одним из тех "международных инструментов", которым Эквадор, согласно его собственной Конституции, подчиняется. Сейчас неинтересно останавливаться на этом юридическом изыске, а скорее на его тревожном следствии : через интерпретации "креатив",

"систематический", "обширный" или основанный на принципе "propersona", ⁸⁵ то в конечном итоге именно конституционные судьи ставят себя в положение "равных собеседников", а не те, за кем должно оставаться последнее слово: граждане (по крайней мере, таково было главное обещание нового латиноамериканского конституционализма, как мы видели несколько страниц назад). И в связи с этим вспомните, что Конституция Эквадора была принята не так (в 2008 году), и что решения Конституционного суда о равных браках были приняты при положительном голосовании пяти судей против четырех.

Выступая в качестве эксперта-свидетеля по делу об абортах в Колумбии, Гаргарелла заявил: "Суды должны играть центральную роль в коллективном обсуждении прав, их интерпретации и способов их защиты перед лицом нарушений, которым они могут подвергнуться в результате действий или бездействия политических органов". Он добавил: "Конституция не навязывает конкретное и существенное решение по данному вопросу, касающееся ограничений основных прав, но устанавливает процедуру для выработки такого решения".

Гаргарелла не ошибается: можно подумать, что решение наших разногласий по поводу прав на аборт уже найдено в

"Составляющий момент", который должен быть "разговором между

равный" *par excellence*. На самом деле, в Колумбии было много попыток "конститутировать" этот вопрос и, после решения Суда в 2006 году, закрепить его законодательно. Национальное учредительное собрание Колумбии в итоге не включило "право на свободное материнство", которое привело бы к декриминализации аборт, и впоследствии включение в Конституцию статьи, гласящей: "[Добровольное] прерывание беременности может быть осуществлено в случаях, разрешенных законом" [Статья 11], было усечено; также были законодательные инициативы по принятию закона о сроках или по приданию более точного содержания основаниям, установленным в решении C-355 от 2006 года. В ходе этих "законодательных переговоров" были выдвинуты все вышеупомянутые права, касающиеся достоинства и автономии женщин, но также было предложено закрепить абсолютность права на жизнь нерожденного ребенка с момента оплодотворения до естественной смерти; усовершенствовать механизмы усыновления; разработать программы экономической помощи беременным женщинам, чтобы они не делали аборт; или установить один день в году "как национальный день "нерожденного ребенка и беременной женщины", направленный на повышение осведомленности о рисках для физического и психического здоровья, которым подвергаются женщины, делающие аборт". ⁸⁶

В Испании во время разработки испанской Конституции он был заменен на первоначальную формулировку статьи 15, предложенную PSOE ("*Все люди имеют право на жизнь...*") на нынешнюю формулировку "*Каждый человек имеет право на жизнь*". На более консервативных избирателей повлиял недавний прецедент - решение Конституционного суда Германии, который отменил уголовную ответственность за аборт на том основании, что гарантия права на жизнь относится к "лицам" (а человек не является лицом до рождения). Таким образом, вопрос был оставлен открытым для будущего законодателя, для демократической игры. Этот конституционный "оптимум", на который ссылается Суд

Колумбийский конституционный суд в Испании установил этот срок на 14 неделе беременности, ⁸⁷ а не на 24 неделе, как я указал выше; в других странах или юрисдикциях он был установлен на другом пороге.

Например, в штате Миссисипи (США) в 2018 году законодательное собрание предложило декриминализацию до 15 недель, ⁸⁸ тем самым нарушив доктрину Верховного суда в деле Ро против Уэйда (1973), что привело к возвращению вопроса об абортах на эту площадку. Всего через несколько месяцев после "революционного" колумбийского постановления Верховный суд США отменил прецедент Роу в решении по делу Доббс против Джексона. ⁸⁹ Колумбийское постановление не является оптимальным в Миссисипи, и об этом говорит тот же Верховный суд, на который опирается Конституционный суд Колумбии.

Дело Доббс против Джексона также можно рассматривать как плод долгого "разговора", грозной политической битвы, которая велась на различных форумах с самого момента принятия решения Roe v. Wade и имела несколько судебных продолжений ⁹⁰, в которых всегда существовала вероятность того, что Роу, наконец, будет объявлена прецедентом, от которого можно отступать. Именно это в итоге и произошло, когда после президентства Дональда Трампа в Верховном суде сформировалось большинство, менее *про-хоккейное*, чем в прошлом. Это большинство из шести судей считает, что решение Roe v. Wade было "*вопиюще ошибочным*". Почему?

По мнению Верховного суда, право на аборт не является частью Конституции США (от 1787 г.), поскольку оно прямо не перечислено ни в списке первых десяти поправок, ни в последующих поправках "Реконструкции". Одна из, XIV-я, гласит, что

никто не может быть лишен жизни, свободы или собственности без "надлежащей *правовой процедуры*". Согласно "содержательной" интерпретации этого положения, которую неоднократно использовал Верховный суд, определенные права людей гарантированы - законодательные действия штата не могут их нарушать - даже если они прямо не упомянуты в Конституции, при условии, что они "глубоко укоренены в истории и традициях нации" или в концепции "упорядоченной свободы".

В соответствии с этой интерпретацией Верховный суд США признал неконституционными законы, криминализирующие продажу контрацептивов или содомию между взрослыми по обоюдному согласию, или препятствующие праву на равный брак, то есть между лицами одного пола, поскольку они нарушают "*право на частную жизнь*". ⁹¹ Они также препятствуют добровольному прерыванию беременности, но, как теперь отмечает большинство членов Верховного суда, аборт заметно отличается, поскольку он затрагивает жизнь другого человека, даже если она еще находится в процессе формирования. ⁹²

Именно поэтому *Roe v. Wade* было неправильным решением, как теперь отмечает большинство членов Суда. А также потому, определение жизнеспособности как момента, с которого аборт может быть уголовно запрещен, является произвольным: поскольку жизнеспособность плода зависит от условных обстоятельств - доступа к технологическим возможностям - 26-недельный плод в Техасе в 1973 году был пригоден для аборта, а сегодня - нет. Такая же ситуация, кстати, существует и для женщин в сельской местности Колумбии. "Как можно конституционно обосновать, что статус плода зависит от местонахождения беременной женщины", - спрашивает Верховный суд.

Но что примечательно во всем вышесказанном, так это то, что Верховный суд не заявляет, что аборты запрещены Конституцией, а говорит, что это вопрос, который Конституция делегирует законодателям штатов для окончательного решения. Таким образом, большинство членов Суда заявляют:

При толковании того, что в Конституции называется "Конституцией Соединенных Штатов Америки", в

"Мы должны остерегаться естественной человеческой тенденции путать то, что защищает поправка, с нашими собственными энергичными представлениями о свободах, которыми должны пользоваться граждане [...]. Упорядоченная свобода устанавливает пределы и определяет границы между конкурирующими интересами [...]. Ро и Кейси устанавливают определенные весовые коэффициенты [...], но граждане разных штатов могут оценивать их по-разному. В некоторых штатах избиратели могут считать, что право на аборт *должно быть даже более далеко идущим, чем право, признанное в Roe и Casey* [т.е., что аборты после 24 недель]. Избиратели в других штатах могут стремиться к введению более жестких ограничений, основываясь на своей вере в то, что аборт уничтожает нерожденное человеческое существо. Исторически сложившаяся в стране концепция упорядоченной свободы не препятствует тому, чтобы представители народа решали, как следует регулировать аборты [...]. Суд [приняв решение по делу Роэ] заблокировал демократический процесс, закрыв его для большого количества граждан, которые были категорически не согласны с решением Роэ [...]. Наше решение возвращает вопрос об абортах на рассмотрение законодателей и позволяет женщинам с обеих сторон влиять на законодательный процесс, воздействуя на общественное мнение, лоббируя интересы законодателей, голосуя или выдвигая свою кандидатуру на выборах" ⁽⁹³⁾.

Таким образом, получается, что Верховный суд, принявший решение по делу Доббса, является "гаргареллианским" судом, хотя сам Роберто Гаргарелла отрицает, что это так. ⁹⁴

В основе споров о том, обоснованно ли Roe v. Wade провозглашает существование конституционного права на аборт, лежат два радикально противоположных представления о том, что такое сама Конституция.

Мы верим в Конституцию, - говорят судьи меньшинства в деле Доббса, - которая выводит некоторые вопросы из-под контроля большинства. Даже перед лицом общественного противодействия мы право людей [да, и женщин тоже] принимать собственные решения и строить свое будущее". Или мы так считаем. ⁹⁵ Легион конституционалистов и политических теоретиков также верят в это, как, например, аргентинский философ права Эрнесто Гарсон Вальдес, когда считает, что определенные интересы защищены в "заповеднике", защищенном от большинства; или Луиджи Ферраджоли, когда апеллирует к "сфере нерешаемого". ⁹⁶

Но вопрос о значении и объеме элементов, составляющих эти сферы, - прав - это миссия, от которой не может уклониться ни один Конституционный суд. Поэтому вопрос не : в каком смысле права могут быть описаны как права?

-Кто должен определять периметр заповедника, размер сферы неопределимого, размер сферы неопределимого? Джереми Уолдрон утверждает, что "каждое политическое сообщество, в котором "право на X" институционально выведено из-под власти большинства, должно было пройти через время, когда судьба этого права была, поневоле, в руках чьей-то власти, принимающей решения" (97). ⁹⁷

То, что эта миссия соответствует активным или деятельным Конституционным судам, таким как новые латиноамериканские конституционалисты, а также американский конституционализм, который существует уже много лет, не является необходимым следствием какой-либо приверженности правам, как утверждал сам Рональд Дворкин. ⁹⁸ Если мы посмотрим на

Если мы относимся к демократии (более) серьезно и принимаем разнообразие и моральный плюрализм наших обществ (более) серьезно, конституционные суды могут быть почтительными - как это было в Соединенных Штатах в решении по делу Доббса - не будучи абсолютно бесполезными: Они могут быть в первую очередь заинтересованы в обеспечении условий самой демократической процедуры, ⁹⁹ не всегда оставляя за собой последнее слово ¹⁰⁰ или применяя правило "презумпции конституционности закона", ¹⁰¹ для чего можно было бы даже рассмотреть необходимость требовать усиленного большинства в самом суде, когда речь идет об отмене решения законодателя. ¹⁰²

Как отметил Хуан Карлос Байон, вопрос о том, является ли конструкция демократического конституционализма, в которой есть "контр-мажоритарные" механизмы, такие как жесткая Конституция и орган, отвечающий за контроль конституционности закона, наиболее подходящей для обеспечения соблюдения прав, является спорным. Если общее обоснование процедуры принятия решений является результатом сопоставления ее внутренней ценности - возможности диалога, даже если результат этого диалога не является желаемым - с ее инструментальной ценностью - защитой основных благ и интересов индивидуумов - и если этот баланс зависит от контекстуальных факторов - культурных, социальных, экономических - то отнюдь не исключено, что по причинам, также основанным на основном праве - участии в решении вопросов, которые нас касаются, - последнее слово будет сказано не Верховным судом или Верховным трибуналом, а обычным парламентским большинством. ¹⁰³

Эпилог

Границы права: серьезное отношение к морали

29 августа 2019 г. в испанском парламенте состоялось внеочередное пленарное заседание, на котором правительство рассказало о кризисе, вызванном отказом Италии разрешить судну *Open Arms*, управляемому испанской НПО и перевозящему десятки мигрантов, пришвартоваться в итальянском порту. Итальянские власти во главе с министром Сальвини надеялись, что судно пришвартуется в испанском порту, как это произошло ранее, в июне 2018 года с судном *Aquarius*, вскоре после прихода правительства к власти, в ходе операции, которая широко освещалась в СМИ и вызвала бурные аплодисменты и похвалу. "Мы обязаны предложить этим людям безопасный порт. Мы выполняем международные обязательства в отношении гуманитарных кризисов", - заявил премьер-министр Педро Санчес в своем твите 11 июня 2018 года.¹ Но в августе 2019 года нежелание превращать испанские порты в убежище для спасения мигрантов, дрейфующих в Средиземном море, усилилось. К тому времени с начала этого года уже утонуло более 850 человек, пытавшихся добраться до европейских берегов.

Герардо Писарелло, член Европейского парламента, воскликнул с трибуны: "[...] по

Оставлять людей, потерпевших кораблекрушение в море, умирать - это не вариант, это обязанность, и это юридическая обязанность, и это обязательство.

мораль". ² "Не существует закона..., повторяю, не существует закона, постановления, договора, соглашения..., ничего, что было бы выше человеческой жизни", - сказала депутат Мария Карвальо Дантас. ³

В августе 2014 года (пять лет назад) гражданин Мали (N. D.) и гражданин Берега Слоновой Кости (N. T.) попытались проникнуть на территорию Испании вместе с сотнями других африканцев через забор в Мелилье, но были немедленно возвращены - "сгоряча" - как только, после столкновения с гражданской гвардией и нанесения некоторого физического ущерба, им удалось проникнуть в эту своего рода "сумеречную зону", псевдограницу, которая представляет собой верхнюю часть забора и внутренние коридоры. Оба гражданина, подав ходатайство о предоставлении статуса беженца и исчерпав внутренние судебные каналы, подали иск против испанского государства в Европейский суд по правам человека за нарушение нескольких норм Европейской конвенции по правам человека, а также других норм законодательства Европейского Союза, в частности, за то, что коллективная "горячая высылка", без какой-либо возможности индивидуальной оценки условий, на которые можно ссылаться в поисках убежища ⁴.

Были ли они "высланы" или "отказаны во въезде", как утверждала Испания, и является ли нарушением прав человека, закрепленных в Конвенции, отсутствие "судебного средства защиты" от такой немедленной высылки, как утверждали апеллянты? В решении Европейского суда по правам человека по делу "Н. Д. и Н. Т. против Испании" от 13 февраля 2020 года дается ответ "да" на первый вопрос и "нет" на второй: "[...] Суд считает, что апеллянты поставили себя в незаконную ситуацию, намеренно стремясь въехать на Испанию, пересекая защиты.

границе Мелильи [...]. Таким образом, они предпочли не использовать существовавшие юридические процедуры для законного въезда на территорию Испании, тем самым не выполнив соответствующие правила, касающиеся транзита на внешних границах Шенгенской зоны". ⁵

24 июня 2022 г. марокканская жандармерия помешала большой группе мигрантов пересечь забор в Мелилье. Двадцать три из них погибли, и, несмотря на несколько графических и устных свидетельств, которые говорят о том, что некоторые из погибших были убиты на испанской территории и позже "перевезены" на территорию Марокко, или что раненым не оказывали помощь в Испании, а "выдворили в самый разгар событий", правительство отрицает это. "Я не знаю ни одной страны, которая признала бы факт насильственного нападения на своих границах", ⁶ заявил министр внутренних дел в парламенте 30 ноября 2022 года, чтобы объяснить эту трагедию, одну из многих.

Несмотря на их якобы прочный и детерминированный характер, границы между государствами, как мы видим, проницаемы и неоднозначны в своих пределах. Они становятся еще более проницательными, если мы подумаем о границах между правом, политикой и моралью. Их связи, какими бы непрочными они ни были, или какими бы слабыми мы ни хотели их видеть, очевидны. Нашими обществами управляет система норм, выявление и признание которых доступно и должно быть доступно любому; нормы, которые реформируются или отменяются, нормы, которые в какой-то мере также доступны общему знанию, "рождаются" и "умирают" в пылу социальных изменений, идеологических ориентаций или разрушительных научных или технологических инноваций. Они не являются вечными нормами, как, например, законы естественного права. Именно авторитет, а не "истина", формирует закон, знаменито сказал Томас Гоббс, один из предшественников

юридический позитивизм. И в этом смысле между правом и политикой существует глубокая, неизбежная связь.

Наши правовые системы, системы конституционной демократии, сильно "морализированы", как показал Мануэль Атьенза, как никто другой.

⁷ Они включают в себя принципы, ценности, цели, права и мандат, возложенный на суды, особенно на Конституционные суды или трибуналы, разрешать все дела, какими бы сложными с моральной точки зрения они ни были. Конституции, международные конвенции и договоры провозглашают достоинство всех людей и закрепляют основные свободы и права, которые, само собой разумеется, являются абсолютными, универсальными и неотъемлемыми.

Как мы можем серьезно относиться к этим правам, принципу достоинства всех людей, их базовому равенству и допускать высылку, холодную или горячую, тех, кто пересекает наши границы только потому, что они не "отсюда"? Либерализм, как справедливо сказала Мария Хосе Герра, предает свой моральный и правовой универсализм, когда держит границы закрытыми или практически закрытыми. ⁸ В том же ключе Джозеф Каренс показал, что, если серьезно отнестись к подходам либертарианцев, таких как Нозик, или эгалитарных либералов, таких как Роулз, право всех на свободу трансграничного перемещения исключает существование ограничений на эмиграцию человеческих существ. Серьезное отношение к их равному статусу как моральных агентов не допускает нынешнего

⁹ Апеллируя к ученому-естествоиспытателю Франсиско де Витории, Ферраджоли утверждает, что "[...] воспринимать основные права всерьез означает иметь мужество отмежевать их от гражданства: осознать, что гражданство - это не "феодализм", а "феодализм".

в наших богатых странах представляет собой последнюю *статусную* привилегию, последний досовременный остаток личной дифференциации, последний фактор исключения и дискриминации [...]" ¹⁰.

В этой связи Мануэль Атьенса справедливо считает, что иностранца нельзя выслать с территории страны, не нарушив его достоинство и принцип базового равенства всех людей, но судья, который избегает принятия решения о высылке, не может оправдать его с точки зрения закона. ¹¹

Правовая система, либеральная и конституционная демократия, осмелюсь сказать *mutatis mutandis*, совершенно нечувствительная к массовой и безжалостной эксплуатации, которой мы регулярно и без различий подвергаем все виды животных, также предаёт свои глубокие принципы; но и судья не может оправдать, согласно испанскому законодательству, запрет корриды, ритуального заклания ягненка или многих и многих проявлений жесточайшего видоизменения.

В идеальном мире не существовало бы границ, не было бы пыток, не обсуждалась бы презумпция невиновности, с нечеловеческими животными обращались бы гораздо лучше, предварительное заключение было бы редкостью, а заключенные, которых в конце концов оправдали, получали бы значительную компенсацию; в идеальном мире все неравенство было бы обусловлено только безответственностью, осуществлением индивидуальной свободы после того, как были бы устранены тирании, связанные с происхождением.

"Так в чем же заключается Ваша ссора с морализаторством либеральных демократий, друг Де Лора?" - полагаю, Вы уже задаетесь вопросом, дорогой читатель? Пожалуйста, позвольте мне последнее многоточие.

В книге *"Политический либерализм"* (1993) Джон Ролз отстаивает концепцию "общественного разума" как характеристику демократических обществ, где мировоззрение или "всеобъемлющая доктрина" не навязывается всем ценным аспектам человеческой жизни в политической сфере. В этом контексте "политические" ценности имеют приоритет, когда речь идет о решении фундаментальных вопросов сосуществования. Например, вопросы о том, кто является субъектом прав, какова ценность пренатальной человеческой жизни или насколько доступна собственная жизнь на последних этапах нашего существования. Чтобы разрешить такие споры, нам необходимо использовать причины и аргументы, способные воззвать к совести и разуму тех, кто не разделяет нашу религию или наши глубочайшие философские взгляды. Разум, или общественный разум, должен особенно сильно преобладать в институтах власти и, в частности, в верховных судах, а также в гражданах, в их участии в общественных форумах и в осуществлении ими своих политических прав. Всеобъемлющие доктрины, несовместимые с общественным разумом, предупреждает Роулз, "это те, которые не могут поддерживать разумный баланс политических ценностей". ¹²

Морализаторство, которым заражены наши либеральные демократии, является, в

В лучшем случае, это результат того, что Вы не прислушались к вышеупомянутому роулсианскому предупреждению; то есть, это результат детской веры в то, что в разумно плюралистических обществах, таких как наше, было и есть возможность "штурмовать небеса" с помощью закона, или конституционного правосудия, и что первое, как только

"Конституционализированный" мир - это лестница прямого доступа к идеальному миру; что для этого достаточно вставить нужные слова в КТУ, игнорируя принцип реальности, согласно которому

навязанной политикой. Но, более того, именно потому, что это не так, потому что закон не исчерпывает мораль и справедливость несправедливость закона все еще может быть отмечена в тех областях, которые я упомянул выше, и во многих других.

Серьезное отношение к морали в таких конституционных демократиях, как наша, украшенных юридическими призывами к достоинству, миру и благополучию, а также цветистыми каталогами основных прав и нескромными судьями в их работе, - это не более чем попытка сохранить границу, ограниченное пространство для сопротивления: критическая мораль, где права - это не только риторика, которая функционирует как оправдание или оправдание установленной власти, но и продолжают служить параметром стремления и осуждения.