

“Человеческий дух не созрел еще для того, чтобы управляющие делали то, что должны, а управляемые - то, что хотят”.

Наполеон Бонапарт [46, с.85]

Введение

Нет пророков в своем отечестве.

“Большая часть всей совокупности идей, господствовавших в умах французов этого века просвещения, несомненно была заимствована из “Духа законов” Монтескье и “Общественного договора” Руссо... Где та книга, которая была бы способна пробудить при посредстве этих идей правосознание нашей интеллигенции?” - вопрошал Б.А.Кистяковский в “Вехах” в начале XX века. “Где наш “Дух законов”, наш “Общественный договор?” [32, с.111-113].

Весь характер, весь пафос статьи Б.А.Кистяковского говорит о том, что для него эти вопросы - риторические. А между тем, на них есть вполне конкретные ответы. Эти “наши книги”: “Право естественное” Александра Петровича Куницына (1818 г.) и “Энциклопедия права” Евгения Николаевича Трубецкого (1901 г.).

Эти книги “наши” только потому, что они написаны в России на русском языке. Но, к сожалению, они не стали “нашими” в том смысле, что идеи, заложенные в этих книгах, не стали господствовать в русских умах ни в веке XIX, ни в веке XX. Но в этом, и здесь Б.А.Кистяковский безусловно прав, вина не А.П.Куницына и Е.Н.Трубецкого, а “нашей интеллигенции”, которая “никогда не уважала права, никогда не видела в нем ценности” [32, с.110]. Однако, эту вину нам придется вменить не ей одной. В 1822 году книга А.П.Куницына была изъята и уничтожена, преподавание по ней - запрещено.

Написанная почти двести лет назад книга А.П.Куницына не только тогда, но, пожалуй, и сегодня является лучшей книгой о праве как о должном, о том, каким должно быть право и почему оно должно быть именно таким. Нельзя сказать, чтобы понимания важности этой задачи совсем не было. “Необходимо, чтобы закон, - а в тех случаях, которые не могут быть предметом закона, необходимо, чтобы общественное мнение обязывало людей исполнять известные правила поведения. Но какие же должны быть эти правила, - вот в чём *самый важный* для людей вопрос, а между тем, за весьма немногими только исключениями, это один из тех вопросов, в разрешении которых сделано наименее успеха”. [49, с.291]. Еще 150 лет назад великий пропагандист свободы - Д.С.Милль понимал её важность, но вынужден был констатировать печальный факт: именно на этом пути “сделано наименее успеха”.

С тех пор прошло полтора столетия и, может быть, сегодня человечество уже добилось успеха, пришло к выводу о том, какие же **должны быть** эти правила? К сожалению, нет. “Авторы многих работ по “общественным наукам”, появившихся за последние полвека, впадают в многословие, отдают дань схоластике в своей методологии и упражняются в остроумии, перетолковывая смысл общеупотребительных слов, а также без конца цитируют друг друга, не приходя ни к каким определённым выводам” [57, с. 129]. Сказано в самом конце XX века, следовательно, к *определённым выводам* общественные науки так и не пришли. Это делает еще более важным, непреходящим то, что сделано А.П.Куницыным уже как двести лет. И если бы эти двести лет человечество не потратило столь неэффективно, продолжило бы углублять и расширять дело, начатое А.П.Куницыным, сегодня мы продвинулись бы очень далеко по пути совершенствования нашего сосуществования. Прорыв в этой области возможен только на строгой теоретической основе.

А.П.Куницын заложил такие основы почти по всем необходимым направлениям. Для того, чтобы сделанное им обрело завершенность, ему не хватило последнего шага, не хватило создания того стержня, на котором разработанные им основы обрели бы окончательную стройность.

Таким стержнем может быть только правильное осмысление, а, следовательно, определение понятия “право”. Соотнесение права как видового понятия с чем-то еще более фундаментальным - понятием родовым. Многие исследователи пытались в качестве такого родового понятия приспособить разное: волю, правило, интерес, порядок и т.п. Однако, ни одно из них не могло выдержать обрушивавшейся на него нагрузки, стать тем стержнем, на котором можно было бы собрать воедино все основы, создать теорию права. Выковать такой стержень удалось только Е.Н.Трубецкому.

В качестве такого стержня Е.Н.Трубецкой использовал понятие “внешняя свобода”. Не *свобода* вообще по причине её неопределимости. Не *свобода внутренняя* - свобода воли, которую безуспешно пытался использовать Гегель, а именно *свобода внешняя* как возможность человека действовать в обществе себе подобных. Внешняя свобода, осуществляемая в рамках “правил поведения”, и есть содержание права. Не сами “правила поведения”, которые могут быть любыми, что делает содержание права размытым, неопределенным, а именно внешняя свобода, этими правилами предоставляемая и ограничиваемая.

Остается только удивляться, как эти две книги могли появиться в России, ведь по словам Е.Н.Тарновского, современника Е.Н.Трубецкого, “Россия и личная свобода - это два прекрасных незнакомца, которые до сих пор не видались друг с другом и ничего друг про друга не знают” [84, с.66]. И нас несколько не удивляет, что они пока так и не узнали друг друга, что свобода так и не стала господствовать в русских умах.

Такой подход к праву как к внешней свободе, подчиненной определенным правилам, оказывается очень плодотворным. Сразу становится ясно, о чем должны быть эти правила - о границах внешней свободы. Тут же возникает и центральный вопрос теории права: какие принципы нужно соблюсти (или цели достигнуть), формулируя эти ограничения. Иначе говоря, каковы должны быть правила формулирования этих правил-ограничений. Вот эти-то принципы, “правила правил” и составляют содержание теории права. Она (теория) должна быть практичной, то есть говорить нам о том, каково должно быть наше право, наши законы.

Принципы ограничения внешней свободы не могут иметь непреложности законов природы. Они должны (и могут) быть установлены в зависимости от того, чего мы хотим добиться, формулируя правила поведения, нормы права. От наших целей. А цели могут быть разными. Такая возможность разного целеполагания приводит к тому, что возможны и различные теории права.

В настоящей работе представлена попытка подступить к разработке одного из вариантов такой теории права.